



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Autos n° 2016.00282082

Assunto: Comportamento ilícito de sociedade empresária no bojo do procedimento licitatório. Frustração dos objetivos da licitação. Inabilitação ou desclassificação da licitante. Cabimento de penalidade.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ	
Processo nº	2016.00282082
Data	23/03/16 Fl. 24
Rubrica	

Exma. Sra. Secretaria-Geral,

I.

Vieram os autos a Assessoria Jurídica, com o objetivo de avaliar a incidência do regime sancionatório estabelecido na Lei n° 8.666/93, com a consequente aplicação de penalidades em face de sociedade empresária que, na condição de arrematante ou não, obrou de forma aparentemente ilícita no curso da licitação, não apresentando documentos indispensáveis exigidos no edital, sem qualquer justificativa.

Essa prática por parte de algumas licitantes tem se tornado comum no contexto de outra série de comportamentos abusivos, tais como: a não apresentação da proposta; a não apresentação de amostras exigidas; o abandono do certame; a solicitação de auto-desclassificação, por considerar seu próprio preço inexequível; participação com sócios comuns em sociedades diversas; a apresentação de proposta com valor superior ao estimado, dentre outras.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ
Processo nº 2016.01282052
Data 31/03/16 Fl. 22
Assinatura

São hipóteses recorrentes que justificam a uniformização de procedimentos e soluções no âmbito interno, por isso, ensejam a fixação de parâmetros jurídicos gerais, norteadores de casos futuros, como forma de racionalizar as atividades de assessoramento, evitar o retrabalho e otimizar o empenho de recursos públicos sem a movimentação desnecessária da máquina administrativa.

Essa perspectiva importa, também, uma reflexão inicial sobre o papel intrainstitucional da Assessoria Jurídica, cujo desenho vigente - que inclui o enfrentamento casuístico e pontual de controvérsias adstritas aos fatos, ou a imersão operacional nos juízos de subsunção dos fatos em relação à norma aplicável - merece um pincel de novas tintas com vistas ao deslinde satisfatório, não apenas sob a ótica *particularizada*, mas, sobretudo, quanto à integridade do regime no qual se enquadra o litígio administrativo, por meio de teses e padrões gerais, aplicáveis aos casos semelhantes.

Essa forma redesenhada de enxergar a função de assessoramento jurídico, nesses casos que envolvem juízos valorativos e interpretativos de fatos e provas, por outro lado, preserva as capacidades institucionais das autoridades administrativas às quais a lei confere atribuição para a livre tomada da decisão. Livre no que tange à apreciação dos elementos fáticos reconstruídos segundo a modelagem normativa estabelecida.

Assim, a abordagem jurídica deve enveredar, em primeiro lugar, para o esclarecimento a respeito do procedimento formal para apuração e aplicação da sanção; em segundo lugar, será preciso avaliar o cabimento legal da imposição de pena no bojo de processo licitatório; em terceiro lugar, se aquelas práticas acima relatadas configuram em si violações sancionáveis e, no caso afirmativo, quais os padrões legais e valorativos que devem orientar o juízo a ser



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

formulado pela autoridade decisória; e, quarto lugar, quais as penalidades cabíveis e os requisitos materiais de aplicação.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ	
Processo nº	2016.00282082
Data	23/03/16 Fl. 23
Assinatura	(S)

II.

Nessa trilha metodológica, torna-se imperioso considerar que a incidência do regime punitivo na Lei nº 8.666/93, como em qualquer outro campo, embora sem previsão específica, depende da rigorosa observância dos princípios e garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal.

Dessa forma, à luz da notícia de possível ocorrência da infração, caberá a autoridade competente, no exercício dos poderes da Secretaria-Geral, instaurar formalmente o devido processo sancionatório por meio de portaria fundamentada e descritiva dos fatos puníveis, com a convocação do particular para apresentação de defesa, no prazo de 05 (cinco) dias, *ex vi* dos art. 87, §2º da Lei nº 8.666/93.

Angularizada, desse modo, a relação jusadministrativa, inicia-se a **fase instrutória**, com o impulso oficial das medidas necessárias à prova e contraprova dos fatos investigados, atividade que, na ausência de disciplina específica, deve observar as prescrições estabelecidas na lei do processo administrativo em geral, do Estado do Rio de Janeiro (cap. X da Lei nº 5.427/09), em especial os enunciados normativos abaixo sintetizados.

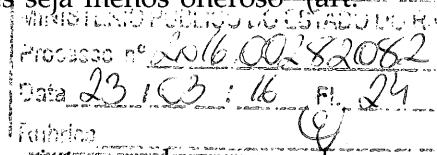
Assim, "as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os elementos necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício, sem prejuízo do direito dos interessados de requerer a produção de provas e a realização de diligências", sendo que "os atos de instrução que exijam a atuação



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

dos interessados devem realizar-se do modo que lhes ~~seja menos oneroso~~ (art. 25, Lei nº 5.427/09).



Na divisão do ônus probatório, "cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado", sem prejuízo do dever da Administração de apresentar os dados e documentos registrados em seu poder (art. 26 e 33, Lei nº 5.427/09), sendo inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Além disso, "o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo". E "somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas ou manifestamente impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (art. 34, Lei nº 5.427/09).

Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se, em alegações finais no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 40, Lei nº 5.427/09).

A nosso ver, embora a Lei nº 8.666/93 somente preveja a oferta de alegações finais pelo interessado nas hipóteses de sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, entendemos que a providência deverá ser sempre observada, ou seja, **em todos os casos, deverá ser franqueada ao particular a possibilidade de apresentação de alegações finais no prazo de 10 (dez) dias**, em vista do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.

Ingressando o feito na **etapa decisória**, "quando o órgão de instrução não for o competente para emitir a decisão final, elaborará relatório



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

circunstanciado indicando a pretensão deduzida, o resumo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade com competência decisória" (art. 40, Lei nº 5.427/09), tarefa que poderá, na estrutura do Ministério Público, ser afetada à Comissão Permanente de Procedimentos Apuratórios (CPPA), instituída pela Portaria SGMP nº 157, de 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ	
Processo nº	23.103.16
Data	23/03/16
Folha	25
Assinado	

Quanto à forma e conteúdo material da decisão sancionatória, pela própria natureza, a "motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato e deverão compor a instrução do processo" (art. 48, Lei nº 5.427/09), fórmula doutrinariamente conhecida como fundamentação *per relationem*.

Interessante notar que, "na solução de vários assuntos da mesma natureza, poderão ser utilizados recursos de tecnologia que reproduzam os fundamentos das decisões, desde que este procedimento não prejudique direito ou garantia dos interessados e individualize o caso que se está decidindo" (art. 48, § 2º, Lei nº 5.427/09).

III.

Vistas, em linhas gerais, as formalidades inerentes ao procedimento, podemos, agora, avaliar o cabimento legal da imposição de pena no bojo dos certames licitatórios, tópico que assume alguma relevância na medida em que se poderia circunscrever o regime de penalidades à esfera do contrato resultante da licitação, mas não à licitação propriamente dita, por força da técnica legislativa empregada.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Note-se que a Lei prescreve, na regra central do sistema punitivo, que "pela inexecução total ou parcial do *contrato* a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao *contratado*" determinadas sanções especificadas no mesmo dispositivo (art. 87, Lei nº 8.666/93).

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Processo nº	2016.00282082
Data	23/03/16 Fl. 26
Folha	9

Apesar da referência semântica ao *contrato* e ao *contratado*, no *caput* do dispositivo, a imediata especificação das penalidades já permite entrever o seu alcance quanto à fase licitatória ao aludir, dentre as sanções, à multa, na forma prevista no *instrumento convocatório* ou no contrato (art. 87, II, Lei nº 8.666/93). Essa alusão ao instrumento convocatório - alternativamente ao contrato - induz a interpretação textual, no que concerne a incidência da pena de multa, de forma extensiva ao certame licitatório.

Uma objeção poderia ser levantada no que tange à ampliação do alcance das fórmulas restritivas de direito, máxime quando envolve a aplicação de penalidades; desse modo, o argumento se reverteria na circunscrição apenas da pena de multa à fase licitatória, afastadas as demais espécies sancionatórias daquelas fronteiras normativas. Diriam os clássicos hermeneutas que a regra penal deve ser interpretada restritivamente.

Não obstante, logo no passo seguinte, a Lei apressa em dizer que outras sanções - como a de suspensão ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público -, podem ser aplicadas às empresas que, *em razão dos contratos*, 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* (art. 88, Lei nº 8.666/93).



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Processo nº 2016.00292082
Data 23/03/16
Fl. 27

Parece concebível que as prescrições punitivas relacionadas à prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou à não idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, pela própria semântica, compreendam justamente a fase licitatória: quem pode frustrar os objetivos da licitação são os licitantes, no curso da licitação; quem demonstra não possuir idoneidade para contratar *pro futuro* com a Administração em virtude de atos ilícitos, demonstra-o no bojo da licitação.

Como leciona **Marçal Justen Filho**, “embora as condutas arroladas no art. 88 não se vinculem à atividade executória do contrato administrativo, deve haver um vínculo com um contrato administrativo ou com uma licitação. A existência anterior, contemporânea ou posterior de um contrato administrativo seria condição indispensável para o sancionamento. Podem imaginar-se inúmeras situações, tal como irregularidades praticadas no curso da licitação (fornecimento de declarações falsas de capacidade técnica) ou, mesmo, no curso de um contrato (fornecimento de documentos falsos para tentar caracterizar caso fortuito)”.¹

Mais clara, ainda, a esse respeito é a Lei do Pregão nº 10.520/20 ao estabelecer que “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

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1027



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Processo nº 2016.00282082
Data 31/03/16 Fl. 28
Publica

previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais" (art. 7º), práticas que iniludivelmente **se reportam ao processo licitatório**.

Na mesma esteira, a recente Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, introduziu novas figuras administrativo-penais expressas no tocante à licitações e contratos, quais sejam: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública (arts. 5º e 6º).

Logo, a interpretação sistemática dos arts. 87 e 88 da Lei de Licitações, 7º da Lei do Pregão e 5º e 6º da Lei nº 12.846/13 **revela o sentido normativo de que a prática de infrações a propósito de contratações públicas, na licitação ou no contrato, compreendendo todo o procedimento inerente àquela ação administrativa, atrai a incidência do regime punitivo previsto em Lei.**

Nessa toada, a disposição dos editais de contratações levadas a efeito pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, vinculantes como são, refletem e interpretam o que vem estatuído no sistema punitivo das Leis nsº 10.520/02 e



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

8.666/93, ao dispor que “as **penalidades** previstas nos incisos I e II do subitem 15.1, bem como no subitem 15.3² **poderão ser aplicadas às licitantes que, mesmo antes de iniciada a execução do objeto da licitação, na fase licitatória, se comportarem de modo irregular, não cumprirem o compromisso assumido, não mantiverem sua proposta, não observarem as condições de participação, ou cometerem quaisquer outras faltas que venham a frustrar os objetivos da licitação e contrariar os princípios da licitação pública**”.

IV.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Processo nº	2016.00262082
Data	23/03/16 Fl. 29
Fórmula	

Diante da viabilidade jurídica de apuração e imposição de penalidade por ilícitos praticados por licitantes no curso do processo licitatório, torna-se necessário averiguar se aquelas práticas acima relatadas - *v.g.*, não apresentação documentos indispensáveis exigidos no edital, sem qualquer justificativa; a não apresentação da proposta, etc. - configuram em si violações sancionáveis. E, se for o caso, quais os padrões legais e valorativos que devem orientar o juízo a ser formulado pela autoridade decisória.

Nesse contexto, o exercício de subsunção dos fatos, cometido pela lei à autoridade decisória, deverá levar em conta, inicialmente, as hipóteses, noções e conceitos encartados nas disposições normativas de regência, acima colacionadas.

Assim, a legislação prevê expressamente **hipóteses exemplificativas**, incidentes na formulação de juízos subsuntivos, de atos ilícitos que podem gerar o sancionamento, tais como **a)** a não celebração do contrato dentro do prazo de validade; **b)** não retirada do instrumento equivalente; **c)** não assinatura da ata; **d)** não entrega de documentação exigida; **e)** entrega de

² Analisaremos em tópico separado as penalidades cabíveis e os requisitos legais de aplicação.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

documentação falsa; f) retardamento da execução do objeto; g) não manutenção da proposta.

Processo nº	2016.00282082
Data	23/03/16
Folha	30

Paralelamente, a legislação se utiliza de noções indeterminadas que servem aos propósitos não somente de comprovar a natureza exemplificativa dos tipos infracionais especificamente construídos, como norte da interpretação extensiva, a serem considerados na decisão, mas, também, de adscrever a autoridade administrativa aos valores jurídicos exprimidos naqueles conceitos.

Dessa ótica, a prática de *atos ilícitos* visando a *frustrar os objetivos da licitação*, a falta de *idoneidade* para contratar com a Administração em virtude de *atos ilícitos praticados* e o *comportar-se de modo inidôneo* são cláusulas indeterminadas que podem autorizar a sanção.

Quanto ao *ato ilícito*, pode ser aproveitada, aqui, a ideia jurídica geral segundo a qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186, CC). E de que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187, CC).

No campo da licitação, transportando essa ideia, podemos afirmar que a infração de regra legal ou editalícia, por licitante, viola direito da Administração e dos demais licitantes e causa dano à Administração, ao erário e aos demais licitantes, configurando ato ilícito, sendo que também o comete aquele que exceda tais limites impostos com o fim de frustrar os *objetivos* da licitação.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Os objetivos da licitação, em linhas gerais, são o de assegurar a escolha da melhor proposta dentro das especificações exigidas pela natureza da contratação, como também garantir a isonomia de direitos a todos os interessados em contratar, expressões do princípio da igualdade.

Processo nº	2016.002462082
Data	23/03/16
Folha	31
Assinatura	(E)

Nesse sentido, o princípio da igualdade visa, portanto, não apenas permitir à Administração Pública a escolha da melhor proposta, como também assegurar a isonomia de direitos a todos os interessados em contratar, vedando-se o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais (art. 37, XII, CR).

Como desdobramentos aplicáveis aos *objetivos* da licitação, tem-se o subprincípio da vinculação ao instrumento convocatório mencionado na lei (art. 3º, Lei 8.666/90) e, tal como nela exposto, estabelece que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (art. 41, Lei 8666.90). E o subprincípio do julgamento objetivo impõe que o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital, estando consagrado na lei, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle” (art. 45, Lei 8666/93).

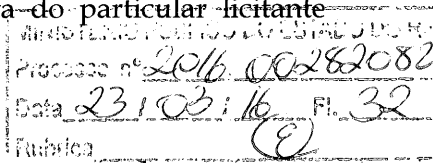
Esses princípios conformam parâmetros normativos a serem utilizados na apreciação da fórmula legal sancionatória da *frustração dos objetivos da licitação*, desde que devidamente justificados pela autoridade decisória ou comissão que lhe faça às vezes: é preciso que se exponha argumentativamente de



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

de que forma, em face daqueles contornos, a conduta do particular licitante contribuiu para a frustração dos objetivos da licitação.



Na outra frente jusvalorativa, a *idoneidade*, empregada no contexto sancionatório em duas passagens, parece diluir-se harmoniosamente no princípio da moralidade administrativa.

Visto o conceito dessa forma, não podemos esquecer que o princípio da moralidade administrativa impõe um dever de honestidade da Administração em face dos administrados, mas, não só isso, na via oposta, exige um dever de honestidade do administrado em relação à Administração. O princípio da moralidade implica uma convergência de interesses honestos e da boa administração, reciprocamente, entre Administração e administrados.

Uma boa orientação será considerar-se na moral administrativa, conforme preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[...] o resultado, desvinculadamente da intenção de produzi-lo, pois se está diante de um conceito orientado pela finalidade. Não se quer julgar, aqui, a atitude de um agente administrativo, mas a sua conduta. A atitude não conduz a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade institucional da Pública Administração; mas a conduta, sim, produz resultados sadios ou viciados em termos de moralidade administrativa”.³

Prosegue o autor, argumentando que “[...] esse bom resultado, objetivamente considerado, a que moralmente deve tender a Administração Pública, só pode ser o que concorra para a realização da boa administração,

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

inegavelmente o que satisfaz o direcionamento aos interesses públicos, o que vem a ser seu *fim institucional*".⁴

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ	
Processo nº	2016-00282062
Data	23/03/16 Fl. 33
Fabrica	(assinatura)

É claro que esse dever de moralidade ~~abrange, não apenas a~~ conduta dos agentes da Administração, mas também a de particulares que com ela travam as suas relações intersubjetivas, nessa via de mão dupla, sob os influxos da ética e da boa-fé em sede contratual: a atividade do particular deve concorrer para o bom resultado da licitação, consubstanciado na escolha da melhor pela Administração sob a égide da competição livre e igual, contribuindo para o direcionamento aos interesses públicos e realização de fins institucionais. O licitante participa do *público*; é parte dele.

Do **ponto de vista normativo**, pensamos que as **diretrizes para avaliação da moralidade administrativa** e julgamento dos casos, com vistas à aplicação de penalidades à licitantes, encontram boa fonte nos enunciados gerais constantes da nova Lei Anticorrupção.

Portanto, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; todas encerram exemplos de práticas

⁴ Idem.

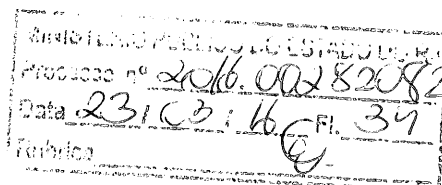


Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

puníveis que violam a **moralidade administrativa, frustram os objetivos da licitação e demonstram inidoneidade.**

V.



Antes de concluirmos, resta-nos, derradeiramente, verificar as penalidades cabíveis e a eventual correlação prefixada com os ilícitos descritos, além dos requisitos materiais de aplicação.

A Lei nº 8.666/93, como vimos, prevê que, pela inexecução total ou parcial do contrato, a Administração poderá aplicar ao licitante ou contratado as sanções de **a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária** de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e **d) 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 (art. 87); por sua vez, a Lei nº 10.520/02 prevê, ainda, a pena de **e) impedimento** de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos (art. 7º); e a recente Lei nº 12.846/13 acrescentou a penalidade de - além da multa - **f) publicação extraordinária** da decisão condenatória (art. 6º).

Nesse passo, caberá pesquisar, primeiro, se o ordenamento legal criou mais uma figura sancionatória, com a Lei do Pregão, consistente no *impedimento* de licitar e contratar com o Poder Público ou se essa modalidade constitui gênero do qual são espécies as penas de *suspensão temporária* e a *declaração de inidoneidade* e a posição da Lei Anticorrupção nesse contexto; depois,



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

será preciso saber se a legislação vinculou pré-determinados comportamentos às diversas espécies penais; e, por fim, verificar os requisitos materiais de aplicação das referidas penalidades.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Processo nº	206.00282082
Data	23/03/16 Fl. 35
Assinatura	(E)

Com relação ao primeiro problema, convém rememorar que a Lei nº 10.520/02 introduziu, no ordenamento brasileiro, a abrangente modalidade de licitação conhecida como 'pregão' para aquisição de bens e serviços comuns, a qual não segue o critério de valor estimado quanto ao objeto, para a sua adoção, tornando-se utilizada, em larga escala, pela Administração em geral, até mesmo pela racionalidade que procurou imprimir aos procedimentos.

Desse modo, não há como deixar de reconhecer que a referida Lei estabeleceu uma tópica disciplina legal sobreposta à matéria jurídica comum de contratação administrativa, de modo a atrair o velho brocardo, de solução intertemporal do Direito, segundo o qual a lei nova que estabeleça disposições especiais a par das existentes não revoga nem modifica a lei anterior.

Soa estranha ao Direito a ideia de que um diploma editado para instituir nova modalidade de licitação possa criar uma regra geral de punição a ser aplicada para modalidades previstas na Lei anterior. Isso significaria dizer, contraditoriamente, que a lei é *especial* em relação ao direito anterior – por isso, não o revoga, tampouco o modifica -, mas contém uma única regra – e, logo, de natureza punitiva – de alcance *geral*.

Daquele antigo brocardo, parece-nos que a cultura jurídica se direciona para o agrilhoar das leis especiais às especificidades de situações nelas próprias contempladas, com o aporte subsidiário de leis gerais comuns, ainda vigentes a despeito da *novatio legis*, e não o contrário. Por isso é que a Lei nº



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

10.520/02 encerra-se com a previsão de que se aplicam, subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666/93 (art. 9º).

Processo nº	2016.00282080
Data	23/03/16
Folha	36
Rubrica	(assinatura)

Nessa temática, afigura-se inteiramente pertinente o raciocínio jurídico de que as disposições penais devem ser interpretadas de forma restritiva, concluindo-se que a criação de uma nova penalidade deve circunscrever-se à modalidade licitatória nela estabelecida.

Ou seja, as sanções prescritas na Lei nº 8.666/93 aplicam-se ao pregão, porém, a penalidade determinada pela Lei nº 10.520/02 não se aplica às demais modalidades licitatórias (v.g., concorrência, tomada de preços, convite, etc).

Mas, por outro lado, torna-se relevante considerar que a Lei vinculou, de algum modo, certos comportamentos à determinadas sanções, vinculação que deverá ser observada nos editais de licitação, tendo em vista o princípio da legalidade estrita que, da remota parêmia do Direito Penal, *nullum crimen nulla poena sine lege*, desbordou-se para o Direito Administrativo sancionador, a significar que não há infração nem pena sem lei anterior que os definam.

Embora a tipicidade infracional administrativa não seja sobremodo exigente com relação à formulação das elementares, conformando-se, no mais das vezes, com cláusulas abertas, não parece jurídico ignorar a correlação, quando a lei assim o faça, entre a descrição dos comportamentos puníveis e a penalidade prevista.

Nesse sentido, as penas previstas na Lei nº 8.666/93 são gerais e aplicam-se às hipóteses de ilicitudes licitatórias e contratuais diversas, mas



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Processo nº	2016.00742082
Data	23/03/16
Folha	37
Assinatura	

quando o ato ilícito, por exemplo, importa fraude fiscal, frustração dos objetivos da licitação ou demonstra inidoneidade (art. 88), a regra positiva vinculou a Administração às penas de *suspensão temporária* e *declaração de inidoneidade*, tudo que deverá ser graduado justificadamente pela autoridade decisória.

Por outro lado, a **Lei nº 10.520/02** estabeleceu para os comportamentos específicos nela descritos (ou seja, 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 manter a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal) a pena de *impedimento para licitar e contratar*; não cabe para estes comportamentos as demais sanções.

Além disso, a Lei nº **12.846/13** criou uma **sobre-estrutura jurídica** de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, por atos contrários à Administração, em qualquer campo, especialmente, das licitações e contratos públicos, portanto, lei geral que gera o **cúmulo de sanções** relativas às práticas ilícitas nelas elencadas, quais sejam, *multa* e *publicação extraordinária* da decisão condenatória.

Dessa sorte, a Administração, na elaboração dos editais, deverá observar esses parâmetros legais vinculativos com relação aos comportamentos arrolados, remanescendo para a autoridade decisória obrar nesse espaço quanto aos tipos de penalidade e correspondente duração.

Por fim, não é ocioso lembrar os requisitos materiais de responsabilidade administrativa, os quais não destoam daqueles inerentes à



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ
Processo nº 2016.00282092
Data 23/03/16 Fl. 38
Rubrica

teoria geral, quais sejam: comportamento doloso ou culposo, nexo de causalidade e resultado, cuja presença deve estar delineada ou não e justificada na decisão.

Nessa linha, como se sabe, o comportamento envolve atos comissivos ou omissivos imputáveis à pessoa jurídica, realizados no curso da licitação ou a propósito de um contrato, que podem assumir formas diversas, por abusos ou violações às regras previstas no instrumento convocatório ou na legislação.

No que tange ao elemento subjetivo, como assevera Marçal Justen Filho, “a lei não distingue entre a atuação dolosa e a culposa. É irrelevante se a parte tem a intenção de atuar mal. É suficiente atuação eivada de imperícia, imprudência ou negligência”,⁵ mas que precisam ser delineados nos autos.

O nexo de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o resultado sofrido pela Administração, em seus interesses públicos primários e secundários.

O resultado é o dano ou prejuízo oriundo do comportamento da licitante, que não se limita ao aspecto financeiro da lesão ao erário em si, alcançando aspectos pragmáticos, como por exemplo, transtornos operacionais, atrasos no procedimento, prejuízos à competição, frustração dos objetivos da licitação, escolha de proposta qualitativamente desvantajosa, custos decorrentes de movimentação desnecessária da máquina, consequências para a atividade meio e fim da instituição, enfim, tudo aquilo que, mesmo sem causar prejuízo ao erário, reduza os níveis do interesse ou bem jurídico, primário e secundário, tutelado pela Administração.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 576



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

VI.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Processo nº	206.00242082
Data	23/03/16 Fl. 39
Incluído	(E)

Por todo o exposto, a ASSESSORIA JURÍDICA, **de forma que tais diretrizes sirvam para a solução de casos futuros, conclui que:**

- i) o processo sancionatório por ilícitos cometidos por licitantes, no curso do certame, deve obedecer os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, orientado pelas prescrições da Lei estadual nº 5.427/09 em apoio a Lei nº 8.666/93, notadamente: edição de portaria inaugural com descrição dos fatos e fundamentos legais; apresentação de defesa prévia, no prazo de 05 (cinco) dias e alegações finais, no prazo de 10 (dez) dias; obtenção de todas as provas juridicamente admissíveis; quanto à etapa decisória, é viável a elaboração de proposta de decisão devidamente motivada, pela CPPA, a ser homologada pela autoridade competente, *per relationem*;
- ii) a interpretação sistemática dos arts. 87 e 88 da Lei de Licitações, 7º da Lei do Pregão e 5º e 6º da Lei nº 12.846/13 revela o sentido normativo de que a prática de infrações a propósito de contratações públicas, seja na licitação seja no contrato, atrai a incidência do regime punitivo previsto em Lei;
- iii) a formulação dos juízos valorativos e interpretativos de fatos e provas quanto à responsabilidade administrativa foi conferido pela lei à autoridade decisória, cujo ato final deve observar padrões normativos estabelecidos;
- iv) os atos ilícitos tais como a) a não celebração do contrato dentro do prazo de validade; b) não retirada do instrumento



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Processo nº 2016.0026208-2
Data 23/03/16 Fl. 20
Rubrica

- equivalente; c) não assinatura da ata; d) não entrega de documentação exigida; e) entrega de documentação falsa; f) retardamento da execução do objeto; g) não manutenção da proposta, podem ensejar penalidades;
- v) a prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, a falta de idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados e o comportar-se de modo inidôneo são cláusulas indeterminadas que podem autorizar a sanção, de forma justificada;
- vi) a infração de regra legal ou editalícia, por licitante, viola direito da Administração e dos demais licitantes e causa dano à Administração, ao erário e aos demais licitantes, configurando ato ilícito, sendo que também o comete aquele que exceda tais limites impostos com o fim de frustrar os objetivos da licitação;
- vii) os objetivos da licitação são o de assegurar a escolha da melhor proposta dentro das especificações exigidas pela natureza da contratação, como também o de garantir a isonomia de direitos a todos os interessados em contratar, expressões do princípio da igualdade;
- viii) o comportamento inidôneo ensejador da penalidade deve ser interpretado em conformidade com o princípio da moralidade administrativa, cuja densificação concreta pode ser baseada nas previsões do art. 5º da nova Lei Anticorrupção;
- ix) as sanções prescritas na Lei nº 8.666/93 aplicam-se ao pregão, porém, a penalidade determinada pela Lei nº 10.520/02 não se



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ASSESSORIA JURÍDICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RJ
PROCESSO Nº 2016.00.8082
Data 23/03/16 Fl. 21
E

aplica às demais modalidades licitatórias (*v.g.*, concorrência, tomada de preços, convite, etc);

- x) há vinculação jurídica entre determinadas práticas ilícitas arroladas na lei e as sanções taxativamente previstas, nos moldes delineados no tópico V;
- xi) a Lei nº 12.846/13 criou uma sobre-estrutura jurídica de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, por atos contrários à Administração, gerando o cúmulo de sanções relativas às práticas ilícitas nelas elencadas, quais sejam, *multa* e *publicação extraordinária* da decisão condenatória;
- xii) a Administração, na elaboração dos editais, deverá observar esses parâmetros legais vinculativos com relação aos comportamentos arrolados, remanescendo para a autoridade decisória obrar, de forma argumentativa, nesse espaço quanto aos tipos de penalidade e correspondente duração;
- xiii) os requisitos materiais de responsabilidade administrativa referem-se ao comportamento doloso ou culposos, nexos de causalidade e resultado, cujos delineamentos devem ser justificados na decisão.

Rio de Janeiro, 06 de julho de 2016.


Tulio Caiban Bruno

Promotor de Justiça

Assessor Jurídico


André Farah Alves

Promotor de Justiça

Assessor Jurídico



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

MPRJ – 2016.00282082

fl. 42

Aprovo o parecer de fls. 21/41.

Encaminhem-se os autos à **Diretoria de Licitações e Contratos** para fazer constar da minuta de Resolução de que tratam os autos nº MPRJ-2016.00136337 as diretrizes delineadas pelo órgão jurídico desta Secretaria-Geral.

Após, e sem prejuízo da providência acima determinada, à **Comissão Permanente de Procedimentos Apuratórios** para:

- a) ciência do parecer de fls. 21/41;
- b) instrução dos procedimentos apuratórios que tratem das condutas abordadas pela Assessoria Jurídica com cópia do referido parecer;
- c) **observância imediata** das seguintes medidas quando da condução dos procedimentos apuratórios:
 - c.1) concessão do prazo de 05 (cinco) dias úteis para a defesa prévia e de 10 (dez) dias para as alegações finais (art. 87, § 2º, Lei n. 8.666/93 e art. 40, Lei Estadual n. 5.427/2009);
 - c.2) observância da vinculação jurídica entre as práticas ilícitas descritas no texto legal e as sanções taxativamente correspondentes;
 - c.3) abordagem expressa, no parecer final submetido à Secretaria-Geral, dos requisitos materiais da responsabilização administrativa, elencados no item XIII de fls. 41.

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2016.


ANA CAROLINA BARROSO DO AMARAL CAVALCANTE
Secretária-Geral do Ministério Público