

A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO, A INATIVAÇÃO DO CADASTRO DO SICAF E NOVA DISCIPLINA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA MPOG/SLTI Nº 2/10

Aniello dos Reis Parziale

Advogado, membro da Consultoria da NDJ

Desde 18 de janeiro de 2011, quando a Instrução Normativa nº 2, de 11.10.10, entrou em vigor, estabelecendo as novas normas para o funcionamento do Sicafe, por força do seu art. 54,¹ foi corrigida uma distorção jurídica que durou mais de quinze anos, a qual já deve ter prejudicado muitos particulares que se relacionam comercialmente com a Administração Pública federal.

Isso porque a redação do item 6.4² da Instrução Normativa nº 5/95, revogada pela Instrução Normativa nº 2/10, determinava, além da aplicação da penalidade de *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*, constante do inc. III do art. 87 do Estatuto federal Licitatório, a *inativação* do cadastro no Sicafe do particular apenado.³

Assim, o administrador público, subordinado à diretriz fixada na Instrução Normativa nº 5/95, hoje revogada, tinha o dever funcional de cumprir a determinação constante nesse dispositivo regulamentador, inativando o cadastro do particular, sem adentrar na legalidade do seu conteúdo.

Nesse passo, na ocasião da aplicação da *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração* por órgão ou entidade vinculado ao SISG,

na medida em que determinava a inativação do cadastro do apenado no sistema, tal expediente acabava, na prática, por ter os efeitos da penalidade denominada *declaração de inidoneidade* (inc. IV do art. 87 da Lei de Licitações) no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Federal integrantes do SISG e dos demais órgãos/entidades que, eventualmente, aderiram ao Sicafe, uma vez que impossibilitava o particular de contratar com tais unidades, independentemente do órgão/entidade aplicador, vale dizer, impossibilitava-o de participar de certames licitatórios e/ou de celebrar contratos com a Administração Pública federal integrantes do sistema SISG e com demais órgãos/entidades que, eventualmente, aderiram ao Sicafe.

Depreende-se, por conseguinte, que o contorno sancionatório que surge da *inativação do sistema*, o qual impossibilitava o apenado de relacionar-se com toda a Administração Federal integrante do sistema SISG, e com demais órgãos/entidades que, eventualmente, aderiram ao Sicafe, não estabeleceu uma relação com a abrangência da *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*, constante do inc. III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, uma vez que esta penalidade, conforme estabelece o dispositivo supramencionado, deveria limitar-se apenas ao órgão sancionador.

1. Art. 54. Esta Instrução Normativa entra em vigor a partir do dia 18 de janeiro de 2011.

2. "6.4. A aplicação das sanções de suspensão e declaração de inidoneidade *implicam na inativação do cadastro*, impossibilitando o fornecedor ou interessado de relacionar-se comercialmente com a Administração Federal, no âmbito do SISG e dos demais órgãos/entidades que, eventualmente, aderirem ao Sicafe, na forma prevista nesta IN." Texto alterado pela IN nº 7/95.

3. Poderíamos até aventar que a regulamentação acima delineada foi inspirada na disciplina constante do art. 7º da Lei federal nº 10.520/02, que, concomitante à aplicação de penalidade lá estabelecida, determina, também, o descredenciamento junto ao Sicafe. Todavia, a modalidade pregão, devidamente criada pela MP nº 2.026, de 4.5.00, que detinha redação no sentido de determinar o descredenciamento (inativação), somente veio surgir após aproximadamente cinco anos da edição da IN nº 5/95.

Isso porque adota-se a posição de quase toda a doutrina do eg. Tribunal de Contas da União e agora constante do atual regulamento do Sicaf, que:

“Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a ‘Administração’ está impedida de fazê-lo tão-somente perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a ‘Administração Pública’, vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I). E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa” (cf. Jessé Torres Pereira Junior, *in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 861).

Ilustrando melhormente o assunto, salienta o jurista Antonio Cecílio Moreira Pires:

“É perfeitamente possível, do ponto estritamente jurídico fazer algumas diferenciações entre as penas em comento. A declaração de inidoneidade, ao determinar a impossibilidade de licitar ou contratar com a ‘Administração Pública’, concede uma abrangência maior que aquela determinada pela suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a ‘Administração’.

No nosso entender, há de se diferenciar ‘Administração Pública’ de ‘Administração’. Um breve exame das disposições do art. 6º da Lei nº 8.666/93, em seus incs. XI e XII, é suficiente para se chegar a essa conclusão. O primeiro, inciso define ‘Administração Pública’ como 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. Por sua vez, o segundo inciso define ‘Administração’ como entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (cf. *in Direito Administrativo*, Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka (Coord.), São Paulo, Malheiros, 2008, p. 349).

Desta forma, tal dispositivo regulamentar, o qual deveria apenas reproduzir o escopo da disciplina legal acima aposta, ultrapassou os limites da regulamentação, intrometendo-se num campo que apenas a lei poderia disciplinar, o que acabou por desbordar-se dos limites fixados na Lei federal nº 8.666/93.

Nessa toada, verifica-se que o tal item 6.4 da instrução normativa revogada acabou por violar o *princípio da proporcionalidade*,⁴ relacionado à necessidade da observância da graduação das penas, bem como sua circunscrição (alcance) legalmente estabelecida, além do *princípio da tipicidade*, proveniente do Direito Penal,⁵ de observância obrigatória nos processos administrativos sancionatórios, já que a noticiada inativação do sistema não estava consignada no inc. III do art. 87 da norma supramencionada.⁶

Acerca da necessidade de observância do *princípio da proporcionalidade* nos processos administrativos sancionatórios, salienta Marçal Justen Filho, *in verbis*:

4. Muito embora o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na Lei federal de Licitações, a sua observância é obrigatória na condução dos processos administrativos federais, esfera que a problemática em estudo ocorre, conforme estabeleceu a Lei federal nº 9.784/99, no seu art. 2º.

5. Nesse sentido, assevera a jurista Lúcia Valle Figueiredo que: “Nos procedimentos disciplinares ou sancionatórios há aplicação dos princípios do Direito Penal: a) verdade material; b) indisponibilidade; c) impossibilidade de *reformatio in pejus*; d) retroatividade da legislação mais benigna; e) necessidade de defensor *ad hoc*; f) direito de estar presente aos depoimentos; g) duplicidade de instância ou direito de reexame” (cf. *in Direito de Licitantes*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 87).

6. Observe-se que a violação a tais princípios não ocorre quando da implementação das sanções administrativas constantes do art. 7º da Lei federal nº 10.520/02, já que o legislador expressamente fixou que o particular apenado seria descredenciado do Sicaf.

“Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidades apurados” (cf. *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 849).

Nesse sentido, o magistrado federal Heraldo Garcia Vitta, em sua excelente monografia, salienta:

“(...) o ato irrazoável e desproporcional é *ilegal*, pois o fim da lei é aquele interesse público específico, protegido pela norma, de *correspondência à providência tomada* pela Administração, a qual deve ser capilada, precisa, para atingir aquela finalidade legal” (cf. *in Sanções no Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 98).

Assim, ante a necessidade da observância deste princípio no âmbito dos processos administrativos sancionatórios, o rigor na aplicação da penalidade deveria ser apenas e tão somente majorado ante a conduta reprovável observada, não devendo ser ampliado por força de determinação regulamentar infralegal.

Ainda sobre o tema, colacionamos trecho de decisão do STJ que aborda expediente. Vejamos:

“2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

(...)

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade”.⁷

Se assim não fosse, esclareça-se, o legislador determinaria, na ocasião da elaboração da Lei nº 8.666/93, para qualquer espécie de descumprimento contratual, inicialmente, a sanção de *declaração de inidoneidade*, inexistindo nos incisos do art. 87 da Lei federal nº 8.666/93 a previsão da aplicação de advertência, multa e suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração aos particulares que inexecutaram o ajuste.

Também verificamos a violação ao princípio da tipicidade (*lex certa*), já que a exacerbação da pena (inativação do sistema) foi fixada por um regulamento e não constou da lei, como bem fez o art. 7º da Lei federal nº 10.520/02,⁸ que expressamente consignou descredenciamento do particular do Sicaf.

Sobre tal princípio, que deve ser observado nos processos administrativos sancionatórios, salienta Eduardo Rocha Dias, *in verbis*:

“No Brasil, o fundamento do princípio da legalidade das infrações e das sanções administrativas deve ser buscado no art. 37 da Constituição. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), em seus arts. 86, 87 e 88, trata das infrações administrativas e das sanções aplicáveis aos contratados pelo Poder Público. Posteriormente far-se-á alusão às peculiaridades decorrentes de tal lei, especificamente o papel do edital e do contrato administrativo na especificação dos pressupostos de sancionamento previstos na Lei. *Mas tendo em vista as garantias decorrentes da*

7. STJ, REsp. nº 914087-RJ, 2007/0001490-6.

8. 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 inc. 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 (grifos nossos).

adoção pelo constituinte brasileiro de 1988 da fórmula de um Estado Democrático de Direito, principalmente a exigência de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não seja mediante lei, somente a lei, em sentido formal e material, e não decreto ou ato normativo de inferior hierarquia, pode instituir infrações e cominar-lhe as respectivas sanções” (cf. *in Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 38/39) (grifos nossos).

Não é de outra forma que se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

“A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador” (REsp. nº 940629–DF, 2006/0148069-5, rel. Ministro Teori Albino Zavascki).

Mas o que se observa no dispositivo estudado, constante do item 6.4 da Instrução Normativa nº 5/95, é a total ignorância das premissas acima insculpidas, ou seja, o afastamento do sistema de graduação das sanções administrativas aos licitantes e aos contratados, calcada no *princípio da proporcionalidade*, bem como a ampliação da sanção legalmente prevista, por meio de regulamento, o que acabou por violar o *princípio da tipicidade*, já que se determina a mesma conduta (inativação do cadastro) àqueles apenados com *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração* e *declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública*, o que não ocorre no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/93, já que as penas são claramente distintas.

Ante a nova regulamentação constante da Instrução Normativa nº 2/10, todavia, devidamente fixada no seu art. 40, inc. III c/c o seu § 2º, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Adminis-

tração, como lá expressamente preconiza, *soamente* “impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção” (grifos nossos). Ademais, não reproduz, no seu bojo, o item 6.4 condenado.

Destarte, caiu por terra o dispositivo estudado que prezava a existência dos princípios da proporcionalidade e tipicidade nos processos administrativos sancionatórios, o qual determinava a inativação do cadastro daquele particular apenado com a *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*, observado outrora.

Por conseguinte, esclareça-se que o regulamento atual do Sicaf se coaduna com a moldura constante do inc. XII do art. 6º c/c o inc. III do art. 87, ambos dispositivos da Lei nº 8.666/93, além do posicionamento da melhor doutrina, bem como aquele externado pelo eg. Tribunal de Contas da União.⁹

Nesta oportunidade, indagamos: e aqueles particulares, apenados com a *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*, que estão impedidos atualmente de licitar e contratar com toda a Administração Pública federal integrante do sistema SISG, por terem seus cadastros inativados no passado, ante a determinação constante do item 6.4 da Instrução Normativa nº 5/95, hoje revogada?

Em resposta, cremos que tais pessoas, se assim quiserem, deverão ter o seu cadastro devidamente ativado, desde que preenchidos os demais requisitos impostos pela competente resolução, podendo continuar relacionando-se com a Administração federal, com exceção, é claro, daquele ente ou órgão penalizador.

Assim, ocorrendo a competente reativação do sistema, a proporcionalidade e a tipicidade violada no dispositivo estudado, hoje revogado,

9. TCU, Acórdão nº 538/2009 – Primeira Câmara: “1.6.1. à entidade, com fulcro no art. 43, I, da Lei nº 8.443/92, que, em futuras licitações com fonte de recursos federais, atente para a correta interpretação deste Tribunal quanto à aplicabilidade do inc. III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, haja vista que a suspensão temporária para participar em licitações ou contratar com a administração (inc. III) deverá ficar adstrita tão-somente ao órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicou, não podendo lhe ser aplicado o mesmo tratamento da declaração de inidoneidade (inc. IV), sanção que veda participação em licitações e contratações com toda a Administração Pública (Decisão nº 52/1999 – Plenário, Decisão nº 302/2001 – Plenário; e Acórdão 1533/2006 – Plenário)”.

que deve permear a atividade administrativa, em especial os processos administrativos sancionatórios, serão restauradas.

Ademais, temos que essa reativação é necessária a fim de fazer valer o princípio da *retroação benigna*, constante do Direito Penal, aplicável aos processos administrativos sancionatórios,¹⁰ já que a matéria relacionada à aplicação de penalidade, constante no atual regulamento, é benévola em relação ao texto revogado. Sobre tal garantia constitucional preleciona o eminente jurista Régis Fernandes de Oliveira, *in verbis*:

“Caso haja alteração do regime jurídico, pode beneficiar-se o infrator com a retroação benigna. Aplica-se o § 6º do art. 153 da CF, porque a norma constitui-se em garantia constitucional, não se limitando seu conteúdo a albergar o *fato criminal*, mas também o *administrativo*. É dedutível do ordenamento jurídico o entendimento. Isto é, se houver redução da penalidade imposta, beneficiar-se-á o infrator, ou, então, quando a infração legal deixar de existir. Por exemplo, se alguém foi multado pela venda de remédio nocivo à saúde e, posteriormente, a própria Administração entende que o mesmo remédio não produz qualquer dano, ao contrário, é até recomendável no tratamento de moléstia, poderá haver, também, a retroação da norma administrativa. Neste sentido o § 2º do art. 2º do CP.

Assim, se um fato era punido de certo modo pela lei vigente quando ocorrência e sobrevém norma mais rigorosa, prevalece a norma anterior, vigente ao tempo do cometimento da infração. Se a norma posterior é mais favorável, aplica-se esta. É o que de-

corre do preceito constitucional mencionado” (cf. *in Infrações e Sanções Administrativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, pp. 44/45).

Se assim não ocorrer, cremos que haverá a perpetuação da transgressão aos vetores principiológicos acima destacados, aos quais se deve respeito, uma vez que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...)” (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello *in Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 630).

Por ser oportuno, cremos que o sistema deverá franquear àqueles que detêm a competente autorização para manuseá-lo a possibilidade de reativar o cadastro do particular, tendo como arrimo o disposto no art. 42 do novo regulamento,¹¹ já que o seu bojo redacional poderia dar suporte à reativação/reabilitação, devendo ser processado pela unidade que efetivou a punição.

Na ocasião em que o particular apenado com a *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração* não conseguir ativar o seu cadastro poderá se socorrer ao Poder Judiciário a fim de fazer valer o seu direito. Isso porque, “se ao ilícito administrativo, que não pode ser considerado como o mais grave, foi imputada a sanção máxima [indiretamente, por meio da inativação do sistema], ferido está o princípio da proporcionalidade, razão pela qual a imposição da penalidade sujeita-se à revisão do Poder Judiciário”.¹²

10. Sobre o tema ensina Marçal Justen Filho: “Embora não seja possível confundir o Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos. Como ensina George Dellis, reconhece-se que a ‘idéia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção da unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno’. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias em face das peculiaridades do ilícito no domínio da atividade administrativa. Mas a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais. Daí o acerto da lição de Lúcia Valle Figueredo, quando afirma que os procedimentos sancionatórios caracterizam-se precisamente pela aplicação dos princípios do processo penal. Isso propicia inúmeras decorrências” (cf. *in ob. cit.*, p. 847).

11. Art. 42. Decorrido o prazo de penalidade ou admitido que *cessaram os motivos que a impuseram*, o fornecedor somente poderá ser reabilitado pela unidade que efetivou a punição, permanecendo os registros anteriores (grifos nossos).

12. STJ, MS nº 7.311–DF.