# IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES E DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS QUE PRATICAREM OU INSTIGAREM ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS

Parecer n.º 76/2023/DJLC/SCAD/CONJUR/PRES-EBSERH[1]

Leonardo Borsa[2]
Bárbara Dantas Neri[3]
Pollyana da Silva Alcântara[4]
Thiago Lopes Cardoso Campos[5]

## Sumário Executivo

Este processo administrativo foi autuado de ofício pela Divisão Jurídica de Licitações e Contratos para avaliar a aplicação, no âmbito da Ebserh, do Parecer n.º 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, aprovado por Despacho do Presidente da República, que trata do impedimento de participação em licitações e da contratação de pessoas físicas ou jurídicas que praticarem ou instigarem atos antidemocráticos.
Concluiu-se que o Parecer nº 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU

[1] Parecer emitido no processo administrativo SEI n.º 23477.007082/2023-17, em versão adaptada para publicação.

[2] Pós-graduado em Direito Público pela ESMAFE/PR, Direito Previdenciário pela PUC/PR e Direito Público pela Faculdade Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela PUC/PR. Advogado da Ebserh e Chefe do Setor Jurídico de Contratações Estratégicas. E-mail: leonardo.borsa@ebserh.gov.br.

[3] Pós-graduada, em nível de especialização, em Direito Administrativo, Direito Empresarial e Gestão Pública e de Pessoas, pela UCAM/RJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada da Ebserh e Chefe da Divisão Jurídica de Licitações e Contratos. E-mail: barbara.neri@ebserh.gov.br

[4] Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento pelo IPEA. Pós-graduanda em Licitações e Contratações Públicas pela Faculdades CERS. MBA em Gestão Pública pela ENAP. Especialista em LGPD pela UCAM/RJ, em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen, em Direito Público pela PUC Minas e em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada da Ebserh e Chefe do Serviço Jurídico de Consultivo. EbserhE-mail: pollyana.alcantara@ebserh.gov.br

[5]Advogado Sanitarista, especialista em direito sanitário pelo IDISA-Sírio Libanês e mestrando em Saúde Coletiva na Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Sanitário Aplicado - IDISA e Consultor Jurídico da Ebserh. E-mail: thiago.lccampos@ebserh.gov.br

da Advocacia-Geral da União (AGU), aprovado pelo Presidente da República, vincula a Ebserh, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n.º 73/1993, bem como que a prática ou a instigação de atos antidemocráticos é conduta passível de caracterizar ato inidôneo, sujeito à aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora por prazo não superior a 2 (dois) anos, em razão da previsão contida no art. 83, inciso III, e no art. 84, inciso III, da Lei n.º 13.303/2016, e no art. 178, inciso III e § 5º, inciso X, do Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 2.0 (RLCE 2.0).

## 1 FUNDAMENTAÇÃO

Em 10/04/2023, o Presidente da República aprovou, por meio de despacho presidencial, o Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, que veicula o entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU) acerca da possibilidade de impedimento de participação em licitações e da contratação de pessoas físicas ou jurídicas que praticarem ou instigarem atos antidemocráticos.

A aprovação realizada pelo dirigente máximo do Poder Executivo Federal torna o parecer vinculante para toda a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n.º 73/1993:

> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
> § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Diante da natureza jurídica da Ebserh, empresa pública federal vinculada ao Ministério da Educação, nos termos da Lei n.º 12.550/2011, o conteúdo do parecer alcança, no que for aplicável, esta estatal.

Nesse viés, as conclusões do Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU foram as seguintes:

a) A prática de desenvolver, ou ainda, de estimular ações atentatórias aos Poderes da República consubstancia violação ao Estado Democrático de Direito e ao princípio "**republicano**", ambos valores que lastreiam a Ordem Jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, consubstanciando, à luz desta, condutas eivadas de alta carga de reprovabilidade do ordenamento jurídico pátrio;
b) A contratação administrativa de agentes que praticaram ou incentivaram atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito pode ser interpretada como situação incompatível com o princípio da "**moralidade**" estabelecido no art. 37, caput, da Constituição Federal;
c) A contratação administrativa de agentes que praticaram ou estimularam atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito pode ser interpretada como situação incompatível com os princípios do "**interesse público**", da "**segurança jurídica**" e do "**desenvolvimento sustentável**", estabelecidos no art. 5º, da Lei nº 14.133/21;
d) É possível desenvolver leitura da Lei nº 14.133/21 que comporte a interpretação de que a prática ou a instigação de atos antidemocráticos é conduta passível de caracterização da ação de "**comportar-se de modo inidôneo**", prevista no seu art. 155, inciso X como infração administrativa;
e) Encampada a intelecção do item "d", as pessoas físicas ou jurídicas que praticaram ou incentivaram atos antidemocráticos, quando figurarem como licitantes ou contratadas no regime jurídico estabelecido pela Lei nº 14.133/21, estarão sujeitas à responsabilização administrativa, mediante a aplicação da penalidade de "**declaração de inidoneidade para licitar ou contratar**", prevista no inciso IV, do art. 156, da Nova Lei de Licitações;
f) A aplicação da penalidade de "**declaração de**

**inidoneidade para licitar ou contratar**" pressupõe a realização do devido processo legal, nos termos do disposto, nos termos do disposto no art. 158 da Lei nº 14.133/21, com a devida oportunização ao administrado do exercício dos direitos ao "**contraditório**" e à "**ampla defesa**";

g) A aplicação da sanção de "**declaração de inidoneidade para licitar ou contratar**" não exclui a obrigação das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis de ressarcir a Administração Pública dos prejuízos sofridos em decorrência de atos antidemocráticos;

h) A Administração Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos, contados da ciência do fato para instaurar o devido processo administrativo com o desiderato de apurá-lo;

i) A instauração do processo administrativo para a apuração do fato demarca a interrupção do lapso temporal prescricional quinquenal para a responsabilização do agente licitante ou contratado em razão da prática de infração administrativa, nos termos do art. 158, § 4º, da Lei nº 14.133/21;

j) A aplicação das sanções de "**declaração de inidoneidade para licitar ou contratar**", bem como a de "**impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública**" não possui efeito rescisório automático dos contratos em curso, impedindo tão somente a sua prorrogação;

l) É possível interpretar que a prática ou o incentivo de atos antidemocráticos são condutas passíveis de caracterizar a infração administrativa de "**comportar-se de modo inidôneo**", prevista no art. 47, inciso VI, da Lei nº 12.462/11, por parte do licitante submetido ao regime jurídico daquele diploma normativo;

m) A conduta de "**comportar-se de modo inidôneo**" é sancionada com a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, nos termos do art.

47, caput c/c inciso Vl, da Lei nº 12.462/11, desde que comprovada em devido processo legal administrativo, com "**contraditório**" e "**ampla defesa**";

n) O prazo prescricional aplicável à pretensão de penalizar o "**comportamento inidôneo**" desenvolvido pelo licitante submetido ao Regime Diferenciado de Contratações Administrativas é de cinco anos contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a conduta do agente;

o) É competente para aplicar a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública prevista no art. 47, caput, da Lei nº 12.462/11, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento, a depender do caso concreto;

p) A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública tem eficácia no âmbito do ente federativo em que foi aplicada e, na esfera federal, enseja o registro da penalidade do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF;

q) O reconhecimento da prática ou o incentivo de atos antidemocráticos por parte do contratado é passível caracterizar interesse público hábil a ensejar a rescisão do contrato administrativo, nos termos dos arts. 78, inciso XII, da Lei nº 8.666/93; e 137, inciso VIII, da Lei nº 14.133/21, desde que observadas as seguintes condicionantes:

I.1) a realização do devido processo administrativo legal, com a devida observância dos direitos ao contraditório e à ampla defesa do administrado contratante;

I.2) A efetiva comprovação da prática ou do incentivo de atos antidemocráticos por parte do contratado;

I.3) Decisão administrativa explicitamente justificada declinando as razões de interesse

público a ensejar a rescisão administrativa;
I.4) O respeito aos direitos porventura adquiridos em decorrência do contrato administrativo;
I.5) a avaliação da proporcionalidade das consequências práticas possíveis da rescisão da avença para a Administração Pública.
r) A restrição do direito de pessoas físicas ou jurídicas de participar de licitações ou contratações com a Administração Pública é medida de caráter excepcional no ordenamento jurídico pátrio, porquanto a regra é justamente a ampla possibilidade de competição para negociar com o Estado;
s) É possível a utilização, em processo administrativo sancionatório, da prova emprestada que tenha sido licitamente produzida em processo judicial, desde que a sua apreciação tenha sido precedida da observância dos direitos ao "contraditório" e à "ampla defesa" do administrado;
t) A aplicação de medida ou sanção que venha a restringir ou impedir a participação de pessoas físicas ou jurídicas em licitações ou contratações públicas, caso não precedida da efetiva comprovação da conduta ilícita - no caso, a prática ou o estímulo de atos antidemocráticos - poderá vir a configurar desvio de finalidade;
u) A "**atuação antidemocrática**" tratada no presente parecer, não se confunde com o regular exercício do direito de crítica decorrente do direito fundamental à "**liberdade de expressão**", previsto no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

Nota-se que as conclusões fazem referência expressa à Constituição Federal de 1988, bem como a dispositivos da Lei n.º 14.133/2021 e da Lei n.º 12.462/2011, sendo que essas normas legais, salvo em situações pontuais, não são aplicáveis à Ebserh, porque as licitações e contratações públicas desta estatal são regidas pela Lei n.º 13.303/2016 e pelo Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 2.0 (RLCE 2.0). Por esse motivo, o conteúdo do Parecer n.º

000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU deve ser analisado à luz desses diplomas normativos.

Tendo em vista que a Lei n.º 13.303/2016 previu um regime sancionatório próprio e diverso da Lei n.º 14.133/2021 e da Lei n.º 12.462/2011, não é possível, no âmbito da Ebserh, a aplicação de sanções administrativas que não possuam correspondência com o art. 83 da Lei n.º 13.303/2016, o que inviabiliza a aplicação pela Ebserh das sanções de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar", prevista no art. 156, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021, e de "impedimento de licitar e contratar", prevista no art. 47, caput c/c inciso VI, da Lei n.º 12.462/2011, mencionadas no Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU.

Entretanto, ao se considerar que a sanção de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar", prevista no art. 156, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021, possui abrangência no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, os efeitos dessa sanção alcançam a Ebserh. Também alcança a Ebserh a sanção de "impedimento de licitar e contratar" prevista no art. 47, caput c/c inciso VI, da Lei n.º 12.462/2011, quando aplicada por outros entes públicos no âmbito da União, uma vez que os efeitos dessa sanção se irradiam para a esfera federativa do ente que a aplicar.

Nesses casos, a sanção de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar" não gera efeito rescisório automático nos contratos administrativos em curso, mas impede a empresa, nos termos do art. 69, incisos II e III, do RLCE 2.0, de participar de licitações e de ser contratada pela Ebserh, assim como de prorrogar a vigência dos contratos em que a Ebserh for parte, enquanto perdurarem os efeitos da sanção.

Em relação às penalidades da Lei n.º 13.303/2016, a prática ou a instigação de atos antidemocráticos é conduta passível de caracterizar ato inidôneo, sujeito à aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos, em razão da previsão contida no art. 83, inciso III, e no art. 84, inciso III, da Lei. Veja-se:

> 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.
> [...]
> Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
> [...]
> III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

O RLCE 2.0, nessa mesma linha, previu a possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Ebserh nos casos de comportamento inidôneo, conforme previsão do art. 178, inciso III e § 5º, inciso X:

> Art. 178. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Ebserh poderá, garantido o regular processo administrativo, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> [...]
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Ebserh, por prazo não superior a 2 (dois) anos.
> [...]
> § 5º A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar poderá também ser aplicada à empresa ou ao profissional que:
> [...]
> X - comportar-se de modo inidôneo, inclusive com a prática de atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei n.º 12.846/2013.

De todo modo, a aplicação da penalidade de "suspensão

temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos" pressupõe também o atendimento do devido processo legal, nos termos da Lei n.º 13.303/2016 e do RLCE 2.0, com a devida oportunização do exercício dos direitos ao "contraditório" e à "ampla defesa". Além disso, não exclui a obrigação das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis ressarcirem a Administração Pública dos prejuízos sofridos em decorrência de atos antidemocráticos. Já quanto à competência para a sua aplicação no âmbito da Ebserh, deve ser observado o art. 180 do RLCE 2.0. Veja-se:

> Art. 180. A aplicação de sanções às empresas contratadas, após o devido processo administrativo, será decidida:
> I - na Administração Central, pelo Diretor de Administração e Infraestrutura, em primeira instância, e pelo Presidente, em última instância;
> II - nas unidades hospitalares, pelo Gerente Administrativo, em primeira instância, e pelo Superintendente, em última instância.

No tocante à prescrição, a Lei n.º 13.303/2016 e o RLCE 2.0 não trouxeram disciplina específica a respeito dos prazos aplicáveis à pretensão punitiva relativa ao sancionamento das condutas previstas nesses diplomas normativos. Por esse motivo, é cabível a aplicação do prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, previsto na Lei n.º 9.873/1999, nos seguintes termos:

> Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
> § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante

> requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
> § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

A necessidade de observância do prazo quinquenal de prescrição é reforçada pelo art. 21, §§ 3º e 4º, da Norma Operacional - SEI n.º 2/2021/SL/CAD/DAI-EBSERH, que trata especificamente da apuração de irregularidades e aplicação de sanções a licitantes no âmbito da Ebserh:

> Art. 21. [...]
> § 3º O prazo prescricional para aplicação de sanções a licitantes é de 5 (cinco) anos.
> § 4º O marco inicial da contagem da prescrição será a data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que ver cessado.

Já em relação às hipóteses de interrupção do prazo prescricional, diante da omissão da Lei n.º 13.303/2016 e do RLCE 2.0, deve ser observado o art. 2º da Lei n.º 9.873/1999, com o seguinte teor:

> Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
> I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
> II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
> III - pela decisão condenatória recorrível.

No mais, a aplicação da sanção de "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos" no âmbito da Ebserh também não possui efeito rescisório automático dos contratos em curso, impedindo tão somente a sua prorrogação, o que encontra respaldo na alínea "b" do item 11 do Anexo IX da Instrução Normativa

SEGES/MPDG n.º 05/2017.

Sobre a rescisão dos contratos administrativos aludida no Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, a prática ou o incentivo de atos antidemocráticos por parte do contratado não é passível de motivar a rescisão contratual por razões de interesse público, haja vista que, diversamente da Lei n.º 14.133/2021, a Lei n.º 13.303/2016 relegou ao próprio contrato a estipulação das hipóteses de rescisão (art. 69, inciso VII, da Lei n.º 13.303/2016).

Assim, o RLCE 2.0 previu hipóteses específicas para a rescisão unilateral dos contratos administrativos no art. 184, nos seguintes termos:

> Art. 184. Constituem motivo para a rescisão unilateral do contrato:
> I - O não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
> II - A decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
> III - O descumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos;
> IV - A prática de atos previstos na Lei nº 12.846/2013;
> V - A inobservância da vedação ao nepotismo, nos termos do Decreto nº 7.203/2010;
> VI - A prática de atos que prejudiquem ou comprometam a imagem ou reputação das partes, direta ou indiretamente.

Vê-se que, apesar de inexistir hipótese específica no RLCE 2.0 quanto à possibilidade de rescisão unilateral do instrumento contratual por razões de interesse público, tal como apresentado no Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, há a possibilidade de rescisão contratual quando da prática de atos que, direta ou indiretamente, prejudiquem ou comprometam a imagem ou reputação das partes.

Consequentemente, é possível que a prática ou o incentivo de atos antidemocráticos venha a prejudicar ou comprometer a imagem ou

a reputação das partes, situação que, em sendo o caso, possibilitará a rescisão contratual de modo unilateral, com fundamento no art. 184, inciso VI, do RLCE 2.0.

Nesse caso, a rescisão somente será possível após a regular instauração de processo administrativo (art. 184, § 1º, do RLCE 2.0), com a devida observância dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Durante a instrução processual deverá também ser evidenciada, de modo claro e objetivo, a prática ou o incentivo de atos antidemocráticos e, após, deverá ser prolatada decisão administrativa pela autoridade competente que, de maneira fundamentada, justifique as razões que motivam a rescisão contratual.

Como regra, ainda, a rescisão unilateral deverá ser precedida de comunicação escrita e fundamentada da parte interessada e ser enviada à outra parte com antecedência mínima de 90 (noventa) dias (art. 184, § 2º, do RLCE 2.0). Entretanto, a critério da Ebserh, caso exista risco ao regular funcionamento das atividades, tal prazo poderá ser reduzido ou ampliado (art. 184, § 3º, do RLCE 2.0).

Já os efeitos da rescisão do contrato deverão ser operados a partir da comunicação escrita sobre o julgamento do processo administrativo, preferencialmente por meio eletrônico, ou, na impossibilidade de notificação do interessado, por meio de publicação no Diário Oficial da União (art. 184, § 4º, do RLCE 2.0). Porém, caso a imediata solução de continuidade do contrato traga prejuízos à Ebserh, a comunicação sobre o julgamento do processo administrativo poderá prever que os efeitos da rescisão serão operados em data futura (art. 184, § 5º, do RLCE 2.0).

## 2 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o Parecer n.º 000001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União (AGU), aprovado pelo Presidente da República, vincula a Ebserh, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n.º 73/1993, bem como que a prática ou a instigação de atos antidemocráticos é conduta passível de caracterizar ato inidôneo, sujeito à aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora por prazo não superior a 2 (dois) anos, em razão da previsão contida no art. 83, inciso III, e no art. 84, inciso III, da Lei n.º 13.303/2016 e no art. 178, inciso

III e § 5º, inciso X, do RLCE 2.0.