



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LICITAÇÃO

Brasília
2007

JOSÉ ALEXANDRE LIMA GAZINEO

Das Sanções Administrativas na Licitação

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília
2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
Capítulo 1 - Sanção	10
1.1 Noção de sanção	10
1.1.1 Sanção consoante Hans Kelsen	12
1.1.2 Norberto Bobbio e sua concepção de sanção	14
1.1.3 A prática de ato ilícito como pressuposto de aplicação da sanção	15
1.2 Conceito de sanção	18
1.3 Espécies de sanção	19
1.4 Finalidades da sanção. A sanção no processo de licitação. Sentido e alcance	21
Capítulo 2 - Licitação	24
2.1 A licitação e sua previsão normativa. A licitação como intuito de cunho constitucional	24
2.1.1 A Lei nº 8.666/93 e o conceito de licitação	25
2.1.2 Princípios informadores da licitação	26
2.2 As novas modalidades de licitação. O pregão	29
Capítulo 3 - Sistema Sancionador da Lei de Licitação	31
3.1 A Lei nº 8.666/93 e seu sistema sancionador	31
3.2 As regras insertas nos artigos 81 a 85 da Lei nº 8.666/93	32
3.3 Das sanções administrativas insertas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93	34
Capítulo 4 - Das Penas de Advertência e Multa	:
4.1 Da pena de advertência. Campo de aplicação, condição e limite	37

	4
4.2 Da pena de multa. Necessidade de previsão no Edital ou no Contrato	39
4.2.1 Questões controvertidas	41
Capítulo 5 - Da Pena de Suspensão Temporária	44
5.1 Da pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Campo de aplicação, condições e limites	44
5.2 Distinção entre as figuras dos incisos III e IV do art. 87	46
5.3 Questões controvertidas	48
Capítulo 6 - Da Pena de Declaração de Inidoneidade	50
6.1 Da pena de declaração de inidoneidade. Campo de aplicação, extensão e limites	44
6.2 A sanção do inciso III e sua correlação com o art. 97 da Lei nº 8.666/93	52
6.3 Questões controvertidas	53
Capítulo 7 - Das Sanções Administrativas no Pregão	56
7.1 Do pregão. Características e princípios	56
7.2 Das sanções na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 3.555/2000	58
7.3 Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 ao pregão	61
7.3.1 Efeitos da aplicação subsidiária no regime sancionador do pregão	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o objetivo de apresentar uma análise acerca das sanções administrativas aplicáveis no curso ou em decorrência do processo de licitação contemplado pela Lei nº 8.666/93.

O intuito precípua deste trabalho é apresentar comentário geral detalhando-o em alguns pontos mais relevantes, sobre o elenco de sanções administrativas previstas no procedimento da licitação, não apenas na Lei nº 8.666/93, mas também na Lei nº 10.520 e no Decreto nº. 3.555/2000, que estabeleceram a figura do pregão como nova modalidade licitatória.

Em introdução necessária ao tema, apresenta-se breve estudo do conceito de sanção administrativa, suas características, os contornos doutrinários acerca do tema, ou seja, uma investigação sobre quais os pontos que delimitam e afirmam o regime jurídico das sanções administrativas.

Em seqüência o trabalho situa o procedimento da licitação dentro do ordenamento jurídico, com enfoque para a sua conceituação, fontes normativas principais e campo de abrangência.

Finalizando, tratar-se-á das espécies de sanções administrativas previstas na legislação de regência da licitação, visando oferecer breves conceituações de cada uma delas, suas hipóteses de incidência, as anotações e contribuições da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, e expressar nossas conclusões sobre cada aspecto do tema.

Atualmente a compreensão do Direito como um conjunto de normas de conduta humana, impostas coativamente pela força do Estado e que apresenta, por

esta razão, uma unidade indivisível e sistêmica, ainda não logrou superar a antiga classificação dicotômica do Direito em *público e privado*.

Esta forma de classificação de um fenômeno complexo como o Direito apresenta tradição milenar, encontrando suas origens no Direito Romano. Segundo o jurista Ulpiano, a quem se credita esta classificação, o direito público é aquele que rege a organização dos poderes públicos e as relações dos particulares com o Estado, e o direito privado o que tutela as relações dos particulares entre si.

Portanto, o ponto central da classificação de Ulpiano é o interesse: provada a presença do interesse do Estado em uma dada situação, a regra que a compõe pertencerá ao direito público; se o interesse, no entanto, for apenas de indivíduos, a regra será de direito privado.¹

Na esteira deste sistema classificatório, o Direito Administrativo afirma-se como um sub-ramo do Direito Público, porque nele se verifica não apenas a predominância do *interesse público*, mas também a presença de um *sujeito da relação jurídica com prerrogativas de autoridade*. Esta presença dúplice na gênese desta disciplina fez com que voz autorizada da doutrina conceituasse o Direito Administrativo como o *conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*.²

Esta definição permite refletir que na defesa dos interesses públicos e na regulação dos institutos que informam os fins do Estado, o Direito Administrativo trabalha com figuras jurídicas específicas que se afiguram indispensáveis à efetiva consecução destes objetivos. Dentre estas figuras destacam-se a do *ilícito*

¹ NÓBREGA, Vandick Londres da, in, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 3ª edição, 1962, pág. 119.

² MEIRELLES, Hely Lopes, in, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo, 24ª edição, 1999, atual, Eurico Andrade Azevedo et. al., pág. 34.

administrativo e a da *sanção administrativa*, como corolários que, de um lado, permitem a caracterização das ações antijurídicas praticadas contra o interesse público (*ilícito*) e, de outro lado, os remédios jurídicos postos à disposição da Administração Pública na defesa, correção e punição das condutas danosas (*sanção*).

Sobre o ilícito administrativo, pode-se notar que a sua ocorrência em concreto se opera em diversas áreas do Direito Administrativo.

Quando se cogita no exercício do poder de polícia, ou seja, a possibilidade que se reconhece ao Estado de limitar as atividades individuais em defesa do bem comum, recorre-se à noção de ilícito para definir a ação ou omissão dos particulares atentatórias à ordem pública.

Este ilícito administrativo que encontra fundamento no caráter coercitivo do poder de polícia, é que permite a aplicação da sanção administrativa correspondente. A sanção administrativa, no campo do exercício do poder de polícia, atua como um meio jurídico para operacionalizar a força coativa do Estado, na consecução do interesse público.

Mais além do campo específico da polícia administrativa, a noção de ilícito apresenta-se de relevante interesse. Neste sentido, detecta-se também o ilícito administrativo no campo das relações institucionais que preside o vínculo entre a Administração Pública e os seus servidores. Fala-se, neste terreno, em um *poder disciplinar* da Administração, o que conduziu a doutrina a identificar punições *internas* (aquelas aplicada a integrantes de órgãos da Administração Pública) e punições *externas* (as impostas aos particulares em geral).³

³ BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, in, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1979, volume 1, pág. 215.

Mas é indubitável que o conceito de ilícito administrativo como necessário pressuposto para a aplicação da sanção, afigura-se de extrema relevância no campo das licitações públicas. Basta considerar que o procedimento licitatório é o instrumento legal por meio do qual a Administração Pública adquire bens e serviços, indispensáveis ao seu regular funcionamento e à continuidade do serviço público, relacionando-se, neste diapasão, com um enorme número de pessoas físicas e jurídicas fornecedores destes bens e serviços.

O processo de licitação, portanto, apresenta-se como o pressuposto legal inafastável para que a Administração Pública possa celebrar contratos administrativos válidos com particulares visando aquisição de bens (compra de veículos, de materiais de expediente etc.) ou de serviços (manutenção de aparelhos, mão de obra de limpeza e conservação etc). Apenas as hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, que regulam, respectivamente, a *dispensa* e a *inexigibilidade* de licitação constituem exceção à regra geral da realização prévia de licitação.

Neste sentido, evidente a enorme soma de recursos públicos que envolvem a disciplina das licitações. O grande aporte de valores em tais operações, muitas vezes em contratações que atingem cifras bilionárias, exige que a legislação de regência apresente um sistema eficaz de repressão à prática de ilícitos por parte dos particulares, quer na fase do procedimento licitatório, quer depois de celebrado o correspondente contrato administrativo.

Por esta razão, a importância do estudo do sistema sancionador posto à disposição da Administração Pública em sede de licitação, para que, traçando-se as suas linhas gerais e enfrentando alguns pontos mais controvertidos, ressalte mais clara a disciplina legal, permitindo-se uma maior observância dos princípios

constitucionais e legais mais encarecidos nesta seara específica, a exemplo dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Capítulo 1

SANÇÃO

1.1. Noção de Sanção. A sanção e o ordenamento jurídico. 1.1.1. Sanção consoante Hans Kelsen. 1.1.2. Norberto Bobbio e sua concepção de sanção. Elemento integrante, mas não constitutivo do ordenamento jurídico. 1.1.3. A prática de ato ilícito como pressuposto de aplicação de sanção. 1.2. Conceito de sanção. 1.3. Espécies de sanção. 1.4. Finalidades da sanção. A sanção no processo de licitação. Sentido e alcance.

1.1. Noção de Sanção

Na construção da ciência jurídica ao longo dos séculos, diversos conceitos afirmaram-se como nucleares para uma correta compreensão do Direito.

O Direito Romano, desde seus primórdios, cuidou de estabelecer conceitos básicos que foram de extrema utilidade para a particularização da ciência jurídica em contraponto com outras dimensões da experiência humana, que, embora relevantes, como a religião e a moral, pareceu desde cedo ao pensamento jurídico romano como esferas que não se confundiam com o Direito.

Nesta vertente, o Direito Romano elaborou a distinção entre *moral (mores)* e *direito (jus)* valendo-se como critério distintivo da *coerção* que seria característica do direito. Deste modo, somente as normas jurídicas seriam *coercitivas* ou *cogentes*.

Sendo assim, e por conseqüência lógica, apenas a norma de direito seria capaz de impor uma *sanção* (*sanctio*) garantida sua efetiva aplicação pela coercitividade.⁴

Esta linha de separação introduzida pelo pensamento jurídico dos romanos permitiu que se estabelecesse a noção de sanção como conseqüência decorrente do descumprimento de uma norma que integrasse o campo específico do direito (*jus*) em contraposição ao menoscabo ou infringência de normas de cunho puramente *moral*, que impunham àqueles que a feriam um estado de mal-estar social ou psicológico, mas não uma pena ou sanção externa imposta coativamente pela força estatal.

André Franco Montoro caracteriza a sanção jurídica como a proteção conferida pelo Estado ao cidadão no sentido de garantir o cumprimento da norma jurídica. Assim, a sanção seria a conseqüência jurídica que atinge o sujeito passivo pelo não cumprimento da sua prestação. Já a coação é a aplicação forçada da sanção desrespeitada. Se o efeito psicológico da sanção, ou seja, a simples ameaça potencial de aplicação de uma pena não for o suficiente para garantir o cumprimento da norma, então a coação torna-se o meio recomendável para garantir o seu cumprimento⁵.

Para Godofredo Telles Junior, a sanção jurídica é uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica a fim de fazer cumprir a norma violada, reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A norma de direito, ao mesmo tempo em que estabelece a ordem desejada, sanciona a transgressão a esta ordem, a fim de que esta infração não se produza. Assim, é medida que a norma jurídica estabelece antes de ser violada. É um remédio colocado pelo direito à disposição do lesado para eventual uso, logo,

⁴ CANTALICE, Magela, *in, Noções de Direito Romano*, Editora Distribuidora de Livros Salvador Ltda, Salvador, 2ª edição, 1980, pág. 21.

⁵ FRANCO MONTORO, André, *in, Introdução à ciência do direito*. Livraria Martins Editora, São Paulo, 1972. vol.1 e 2.

este remédio não é empregado necessariamente. A sanção está sempre prescrita em norma jurídica antes mesmo que haja a sua violação. Não há sanção legítima sem norma jurídica que a institua regularmente⁶.

Estas definições permitem aferir o caráter amplo do conceito de sanção. Em termos gerais, portanto, pode-se definir a sanção como toda consequência desfavorável imposta pelo Direito em face de um evento de violação da norma jurídica. A este evento deflagrador da incidência sancionatória, alguns optam por denominar de *infração*, enquanto outros optam pela expressão *ilícito*.⁷

Vê-se que o conceito de sanção – assim como de ilícito – tem abrangência geral e pertine a todos os ramos do Direito, apresentando, aqui e ali, a depender da seara normativa em enfoque, algumas particularidades que, no entanto, não desmentem os traços conceituais básicos aqui expostos.

Em sede de Direito Administrativo, ramo do Direito ao qual se afilia este trabalho, identificam-se as chamadas sanções administrativas, que serão objeto de maior detalhamento em item posterior neste mesmo capítulo (item 1.3).

1.1.1. Sanção Consoante Hans Kelsen

Para Hans Kelsen não se pode conceber ordem jurídica desprovida de sanções, especialmente em face do caráter coativo e impositivo do ordenamento jurídico. Kelsen destaca que uma ordem social prescreve uma determinada conduta

⁶ TELLES JÚNIOR, Godofredo, *in, O Direito Quântico*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1971, pág. 100.

⁷ Para EDMIR NETTO DE ARAÚJO, o 'ilícito é uma categoria jurídica, ou seja, não é noção privativa de nenhum dos ramos do Direito, podendo assumir várias modalidades.' (*in, O Ilícito Administrativo e seu Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pág. 21). Para REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, ilícito pode ser compreendido como sendo todo 'comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção.' (*in, Infrações e Sanções Administrativas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 2005, pág. 17).

aos indivíduos justamente porque, de um lado, pode cobrar a observância deste preceito ligando à hipótese do seu descumprimento uma situação desvantajosa para aquele que o infrinja.⁸

O pensamento de Kelsen derredor da sanção conduz a uma conclusão de que a norma somente pode ser reputada como norma jurídica porque o seu descumprimento acarreta a aplicação de sanção. Neste sentido, é a sanção o ponto caracterizador de uma norma que se pretenda considerar como integrante de uma ordem normativa jurídica.

Tamanho relevo empresta Kelsen à sanção como elemento definidor da norma jurídica – em contraposição a quaisquer outras normas – que já se afirmou que Kelsen, na realidade, chega a propugnar que o que é efetivamente *devido* na ordem jurídica é a *sanção* e não a conduta prescrita.⁹

O resumo da concepção de Kelsen demonstra que a sanção apresenta-se como elemento inseparável da norma, tendo em vista que o Direito, concebido como ordem coativa, caracteriza-se pela possibilidade de aplicação da força contra a vontade do indivíduo quando a ação deste implicar em uma violação à regra prescrita como devida.

⁸ Na sua literal lição diz o mestre austríaco que: 'Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita – na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito)', *in*, Teoria Pura do Direito, Editora Martins Fontes, São Paulo, 3ª edição, 1991, pág. 28).

⁹ Cf., PACHECO, Ângela Maria da Motta Pacheco, *in*, Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributárias, Editora Max Limonad, São Paulo, 1997, pág. 52.

1.1.2. Norberto Bobbio e sua Concepção de Sanção

Norberto Bobbio filia-se em suas análises sobre a sanção, em um primeiro ponto, ao clássico ensinamento advindo do Direito Romano, que separa as esferas das chamadas normas morais e sociais, desprovidas de sanção coativa e objetiva, das normas de direito, estas passíveis de atrair a incidência de sanções coercitivamente aplicáveis, na hipótese de se verificar o seu descumprimento.

Deste modo, leciona Bobbio que seriam normas morais aquelas que acarretam ao seu infrator uma *sanção interior*, de cunho eminentemente *psicológico*. As normas sociais acarretam *sanções externas* emanadas do grupo ou da associação a qual pertence o infrator, e que podem se traduzir desde a reprovação pública, podendo chegar até a exclusão do infrator do grupo ou associação.

As normas jurídicas também apresentam um sistema sancionador externo, mas de caráter institucionalizado. As sanções jurídicas, dotadas de força coativa, exigem a prática de um ato ou conduta contrário à previsão normativa, a exata medida da sanção, o procedimento adequado para a sua imposição e a indicação do órgão competente para a sua aplicação.

A posição de Bobbio é bem mais consentânea com a visão ontológica do Direito enquanto conjunto complexo de normas. Em primeiro lugar, Bobbio admite a existência de normas jurídicas desprovidas de sanção, mas que, contempladas como partes integrantes de uma ordem normativa, não deixam, por esta razão, de serem efetivamente normas jurídicas.

A conexão entre normas e sanção levou a teoria clássica a fixar diversos tipos de normas jurídicas, consoante a diferente intensidade com que a sanção atua e a maior ou menor perfeição que ela revela como elemento coercitivo.

Nesses termos, têm-se as *leis mais que perfeitas*, que correspondem às normas cuja violação envolve uma sanção a um só tempo de caráter reparador e repressivo; as *leis perfeitas*, que prevêm uma sanção de cunho *reparador*, visando a repor a situação que existiria caso não tivesse ocorrido a violação; *leis menos que perfeitas*, que não assegura reparação da infração, pelo restabelecimento do estado anterior, apenas aplicando uma pena pela transgressão e *leis imperfeitas*, que não apresentam caráter reparador ou repressivo e nem fixam qualquer espécie de sanção ao seu eventual descumprimento.

Para Bobbio, reduz-se e até mesmo se anula a problemática da juridicidade das chamadas normas imperfeitas. Como bem salienta a doutrina, na esteira do pensamento do jurista italiano, a coercibilidade não pode ser vista como característica própria de cada norma jurídica em particular, mas sim da ordem jurídica enquanto sistema complexo de normas. Por esta razão, jurídicas as normas reputadas como *leis imperfeitas*.¹⁰

1.1.3. A Prática de ato ilícito como pressuposto de aplicação da sanção

Sendo a sanção um instrumento que efetiva o caráter coercitivo da norma jurídica, visando reprimir as hipóteses em descompasso com o determinado pelo direito, decorre daí que a aplicação de qualquer sanção não pode prescindir da ocorrência prévia de um ato ou conduta que resulte na infringência da prescrição normativa.

¹⁰ Cf. FERNANDES, Carvalho L., *Sanção Jurídica*, in, *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Editorial Verbo, Lisboa, 2000, Volume 5, pág. 600 e 601.

Para Kelsen a conduta humana que se insira em uma previsão juridicamente proibida, constitui um ilícito. Estabelece-se, deste modo, uma correlação inafastável entre *ilícito* e *sanção*. Nas exatas palavras do sempre lembrado jurista, *a sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção*.¹¹

Quer quando se pensa a sanção em seu caráter *preventivo* ou quando se sublinha o seu cunho *reparador*, não se pode afastar de tais considerações a potencial ocorrência de um ato ilícito (no primeiro caso, em que a sanção aparece como elemento desestimulador da conduta vedada) ou a efetiva prática de uma conduta em sentido contrário à norma (no segundo caso, quando, em face da ilicitude já adentrada ao mundo do direito, a aplicação da sanção surge como remédio corretivo). Em ambas as situações, a ilicitude do ato ou da conduta está sempre a embasar a deflagração da correspondente ação sancionadora.

Também em sede de Direito Administrativo, campo em que se situa a legislação de regência das licitações públicas, objeto primacial deste estudo, fala-se em *ilícito administrativo* como sendo o comportamento contrário ao previsto na norma, seja obrigatório ou proibido. O ilícito é pressuposto necessário da sanção administrativa.

Mas o ilícito não se verifica, tão só, quando a ação positiva do agente, dolosa ou culposamente, infringe expresso mandamento legal. Pode-se reconhecer a existência de ilícitos que decorrem de conduta *omissiva* do agente.

A identificação do ilícito administrativo que decorre de ação positiva do agente não oferece dificuldade. Em termos de licitação, pode-se exemplificar com o que prescreve o art. 14 da Lei nº 8.666/93, quando estatui que nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização do objeto e indicação dos recursos

¹¹ KELSEN, Hans, *op. cit.*, pgs. 42 e 43.

orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe der causa.

A norma aqui sublinhada é auto-explicativa. Condiciona qualquer aquisição no serviço público a uma prévia definição do objeto a ser adquirido e os recursos para fazer frente à despesa, que devem estar previstos e disponíveis antes da deflagração do processo de aquisição. Assim não sendo, o agente público que autorizar aquisição ao arrepio destas exigências, pratica, mediante ação positiva, ilícito administrativo punível.

Mas existem hipóteses em que a norma jurídica determina uma conduta obrigatória e o indivíduo não a pratica, mantendo-se inerte. A questão que surge é: há nesta omissão a prática de um ilícito administrativo.

A omissão capaz de configurar-se como causa de um ilícito administrativo não é apenas a inércia pura e simples, já que o não dinamismo, o não movimento, a rigor, não gera qualquer efeito, muito menos jurídico. Como bem salienta a doutrina, a omissão só se torna relevante para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir em determinado feito.¹²

Como bem salienta Regis Fernandes de Oliveira, a ilicitude deve ser procurada na ação omitida e não na própria omissão. Como salienta o eminente publicista, para que a omissão ganhe contornos normativos – e, portanto, capaz de engendrar um ilícito administrativo – é forçoso exprimi-la em função do bem jurídico violado, da conduta aguardada previamente e prevista na norma.¹³

¹² JESUS, Damásio Evangelista de, *in*, *Direito Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 20ª edição, 1997, volume 1, pág. 236.

¹³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *in*, *op. cit.*, pág. 30.

Pode-se exemplificar na lei de licitação com a exigência do § 2º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, que determina que todos os documentos e propostas devem ser rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão. Já se decidiu que a omissão deste procedimento pode ser causa de irregularidade do procedimento licitatório.¹⁴

1.2. Conceito de Sanção

A sanção pode ser concebida sob um prisma amplo, abrangendo tanto o significado negativo (castigo) como no sentido positivo (prêmio). Conquanto aprofundamento nesta perspectiva conceitual afaste-se um tanto da linha específica do presente trabalho, vale sublinhar que a idéia de sanção está ligada à idéia de *mérito*; ou seja, de acordo com as suas ações, as pessoas merecem a correspondente sanção de prêmio ou castigo.

A sanção jurídica, por sua vez, pode ser definida como toda a conseqüência desfavorável imposta pelo Direito no caso de violação de uma norma jurídica. A sanção constitui uma reação da ordem jurídica a comportamentos que constituem uma infração a um dever por ela imposto.

Para Norberto Bobbio sanção seria *l'espeditente com cui si cerca, in um sistema normativo, di salvaguardare le legge dall'erosione delle azioni contrarie...* Como se verifica desta definição, o mestre italiano destaca, em seu conceito, o caráter preventivo e propedêutico da sanção, como instrumento de preservação da ordem jurídica positivada.¹⁵

¹⁴ Neste sentido a seguinte decisão: 'É obrigatória a assinatura, pelos licitantes e pela comissão, dos atos, dos documentos e das propostas relativas à licitação' (Decisão nº 040/97, TCU, DOU de 25.02.1997, pág. 3.483).

¹⁵ BOBBIO, Norberto, *in*, Teoria della norma giuridica, Editora Giappichelli, Turim, Itália, 1958, pág. 188.

A definição de Bobbio fixa que a sanção jurídica não é, de modo algum, um elemento indispensável de toda e qualquer norma jurídica. Apresenta-a como um dado relevante na organização jurídica do Estado que, como entidade política, necessita de comandos e coerção sob os seus cidadãos, para que o bem comum possa ser alcançado. A sanção jurídica, portanto, é um dos elementos desse *poder* que, na expressão de François Geny, é o que confere *energia* ao Estado.

Para o jurista lusitano Carvalho Fernandes, a sanção jurídica se apresenta como um relevante elemento da norma, o que significa afirmar que a eficácia prática dos comandos jurídicos depende em larga escala da adequação das sanções que o acompanham à gravidade da violação dos interesses tutelados¹⁶.

1.3. Espécies de Sanção

O plexo sancionador do Direito apresenta uma diversidade de sanções que se caracterizam pela natureza da restrição imposta àquele que infringe a conduta indicada pela ordem jurídica.

Na lição de eminente doutrinador, as sanções, em sede de Direito Administrativo, dividir-se-iam em *sanções internas* (aquelas aplicáveis a titulares dos órgãos da Administração Pública) e *sanções externas* (aquelas impostas aos particulares em geral, sem qualquer vínculo prévio ou especial com a Administração Pública)¹⁷.

A divisão assim proposta, de fato, evidencia uma característica relevante das sanções administrativas, uma vez que o poder de controle da Administração Pública

¹⁶ FERNANDES, Carvalho L., *in*, op. cit., pág. 599.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *in*, Princípios gerais de Direito Administrativo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1979, volume 1, pág. 561, n. 51.8.

deve ser exercido em relação àqueles que integram os seus quadros funcionais (servidores públicos efetivos, servidores públicos comissionados etc), surgindo, assim, a sanção, nestas hipóteses, como um corolário do poder hierárquico. Porém, a ação repressora da Administração não pode, apenas, limitar-se à sua estrutura interna, surgindo casos em que os particulares, estranhos à máquina administrativa, podem e devem sofrer a ação restritiva e sancionadora, a exemplo do que acontece com o poder de polícia administrativa e com as sanções previstas na Lei nº 8.666/93, destinadas a penalizar os contratados inadimplentes com a Administração Pública.

O critério dicotômico proposta por Bandeira de Mello, no entanto, não chega à classificação das espécies de sanção passíveis de serem aplicados, quer sejam sanções internas ou externas.

Neste sentido, destaca-se aqui critério proposto pela doutrina mais recente, que analisa as sanções levando em conta os seus caracteres de repressão e o campo de restrição em que atuam. Neste sentido, pode-se falar em sanções que impõem:

- a) uma *restrição à liberdade* (pessoa física);
- b) uma *restrição à atividade* (pessoa física ou jurídica);
- c) uma *restrição ao patrimônio econômico* (pessoa física ou jurídica);
- d) uma *restrição ao patrimônio moral* (pessoa física ou jurídica) ¹⁸.

No campo das sanções administrativas em licitação, vê-se que as sanções classificadas nas alíneas *b* a *d* são plenamente admissíveis e se encontram capituladas na legislação de regência. Assim, por exemplo, a pena de multa prevista no inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666/93 (que impõe restrição ao patrimônio econômico do contratado) ou, ainda, a pena de advertência (inciso I do art. 87) que acarreta uma *capitis deminutio* à imagem moral do contratado, visto que a sua

¹⁸ FERREIRA, Daniel, in, Sanções Administrativas, Malheiros Editores, São Paulo, 1ª edição, 2001, pág. 29.

aplicação afasta a primariedade do infrator e, no caso de nova falta, permitirá a aplicação de sanção mais gravosa.

1.4. Finalidades da sanção. A sanção no processo de licitação. Sentido e alcance

Conquanto já abordado em itens anteriores, vale destacar que a finalidade precípua da sanção é atuar como um elemento desestimulador à prática de ações juridicamente reprováveis, mediante imposição de conseqüências desfavoráveis, danosas, a quem a lei previamente determinar.¹⁹

Este critério finalístico permite extremar as sanções administrativas das medidas decorrentes do exercício do poder de polícia, mesmo quando estas se voltam à repressão de ilícitos.

Isto porque as medidas de polícia administrativas encontram seu fundamento primeiro em um poder reconhecido à Administração Pública e dirigido contra a força particular para que se possa zelar e salvaguardar o interesse público e a ordem social. Não se podem conceber Estado e Administração sem que se defira a estes organismos este poder, esta força legitimamente organizada, para livrar os cidadãos da *vis inquietativa* que tornaria insuportável o convívio social.

Ademais, a ação da polícia administrativa tem por objetivo impedir as infrações das leis antes que se concretizem. Neste sentido, a polícia administrativa,

¹⁹ FERREIRA, Daniel, op. cit., pág. 30

a priori, tem nítido caráter *preventivo*, somente adotando um jaez *repressivo* quando investiga os delitos consumados²⁰

Em se tratando de licitação, relevante o sistema sancionador previsto na legislação, como meio de inibir a prática de ilícitos ou desvios na conduta dos particulares que ocorrem aos certames públicos e também os servidores públicos postos no exercício de funções administrativas correspondentes.

Vale frisar mais uma vez que o procedimento licitatório é instrumento que visa prestigiar os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da eficiência nas compras e aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, aquisições estas feitas com dinheiro público, resultado dos impostos e demais recursos carreados pelo Estado para o seu erário, afigurando-se, portanto, inaceitável que se possa ser leniente ou desidioso na guarda e tutela de tais valores.

Assim é que o sistema sancionador nas licitações apresenta-se informado por sanções *externas*, que são aquelas admitidas nos incisos I a IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, voltadas exclusivamente aos contratados, ou seja, aos particulares que, depois de superado o procedimento licitatório venham a celebrar contrato administrativo com a Administração Pública.

Mas também se pode identificar a chancela na mesma legislação a sanções de natureza *interna*, por meio de normas que apontam e fixam deveres a serem observados pelos servidores (público interno) que pratiquem atos em desacordo com os preceitos da Lei nº 8.666/93, conforme estatui o art. 82 da Lei de Licitações.

As sanções a serem aplicadas a tais servidores encontram-se definidas no art. 127 da Lei nº 8.112/1990 e na Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José, in, Manual de Direito Administrativo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 6ª edição, 1998, pág. 265.

aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Capítulo 2

LICITAÇÃO

2.1. Licitação e sua previsão normativa. A licitação como instituto de cunho constitucional. 2.1.1. A Lei nº 8.666/93 e o conceito de licitação. 2.1.2. Princípios informadores da licitação. 2.2. As novas modalidades de licitação. O pregão.

2.1. A licitação e sua previsão normativa. A licitação como instituto de cunho constitucional

A licitação é um dos procedimentos mais relevantes na seara do Direito Administrativo, pois tem como desiderato maior permitir a realização de despesas por parte da Administração Pública em condições mais vantajosas para o erário, ao mesmo tempo em que busca garantir a participação isonômica e competitiva dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) como potenciais contratados do Estado.

O cerne teleológico da licitação, conquanto seja esta um instituto de direito público (mas, costumeiramente, utilizado em relações de direito privado, quando grandes empresas procedem a tomadas de preços e seleção de propostas mais vantajosas no mercado) é a de propiciar à Administração condições mais criteriosas para fins de contratação, em certa medida estabelecendo um paralelo com as relações individuais e de direito privado, nas quais se espera do gestor de um patrimônio que atue com diligência e cuidado, observando, sempre, o *arbitrium boni viris*.

Não por outra razão a licitação, no sistema jurídico atual, mereceu assento constitucional, encontrando sua raiz normativa na própria Lei Maior. Neste sentido, a redação do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece a licitação como um procedimento obrigatório no âmbito da Administração Pública.²¹

Neste sentido, a Lei nº 8.666/93 não é a fonte normativa primária do procedimento licitatório em nosso Direito. Conquanto seja nesta norma infraconstitucional onde se encontram os principais contornos, definições, modalidades, exceções à exigibilidade de licitação prévia, sistema sancionador etc, a origem constitucional da licitação faz com que a compreensão correta da posição legislativa da Lei nº 8.666/93 a indique como *norma regulamentadora* ao que prescreve e exige o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

2.1.1. A Lei nº 8.666/93 e o conceito de licitação

A Lei nº 8.666 de 1993, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou

²¹ Esta é a exata redação do inciso XXI do art. 37 da CF: 'ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.

De acordo com a Lei das Licitações, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser necessariamente precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

2.1.2. Princípios informadores da licitação

Considerando o assento constitucional da licitação, de logo é de se frisar que se aplicam a este instituto – como a todos os demais do Direito Administrativo – os chamados princípios constitucionais ou princípios expressos elencados no *caput* do art. 37 da Lei Maior, quais sejam, os princípios da *legalidade*, *impressoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*.

Nos procedimentos de licitação, o princípio da legalidade vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas constitucionais e legais, aos princípios constitucionais e setoriais do Direito Administrativo e da licitação.

O princípio da legalidade ganha relevância no campo das sanções administrativas, porque informa uma discussão acerca da tipicidade da infração administrativa como pressuposto para aplicação da sanção.

Alguns autores defendem que a infração administrativa, na maior parte dos casos, não se submetem ao rígido princípio da tipicidade do Direito Penal, bastando à lei prever a falta de cumprimento dos deveres ou os procedimentos reputados como irregulares.²²

Outras vozes autorizadas da doutrina defendem que no direito administrativo não existe discricionariedade possível para a criação, pelo administrador, de uma certa infração, segundo o padrão de julgamento de cada julgador. Ou seja, a aplicação de qualquer sanção administrativa não prescinde de subsunção a uma norma de direito preexistente.²³

Esta, sem dúvida, a posição mais correta, não apenas porque se privilegia o princípio da legalidade e também o princípio da reserva legal, como, também, ao negar a discricionariedade, caso a caso, por parte do órgão administrativo incumbido de aplicar a pena, evita-se a consagração de situações que podem conduzir ao menosprezo de outros princípios igualmente relevantes, tais como os princípios da impessoalidade e da moralidade.

O princípio da isonomia exige seja dado tratamento igual a todos os interessados que participem do certame licitatório. É princípio essencial a ser observado em todas as fases da licitação.

A observância do princípio da impessoalidade obriga a Administração a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos da licitação.

O princípio da publicidade permite a qualquer interessado ter acesso às licitações públicas e seu controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação.

²² Este o entendimento esposado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em sua já clássica obra *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 14ª edição, 2002, pág. 496.

²³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *in*, op. cit., pág. 22.

O mais recente dos princípios inseridos na carta constitucional, o princípio da eficiência, implica em exigir, em todo o processo licitatório, uma atuação diligente e séria por parte de todos os agentes públicos envolvidos. O princípio da eficiência dirige-se, primordialmente, aos servidores da Administração, que devem atuar com profissionalismo, nos diversos órgãos que participam da licitação, tanto em suas fases preparatórias como em suas fases finais (órgão de pesquisa de preços, órgão de registro cadastral de fornecedores, comissão de licitação etc).

Além dos princípios constitucionais expressos, não se pode olvidar dos princípios específicos da licitação, contemplados no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Referido artigo, além de repetir princípios já mencionados na Lei Maior, aduz a estes alguns outros de particular pertinência com a licitação, quais sejam, os princípios da *probidade administrativa*, da *vinculação ao instrumento convocatório* e do *juízo objetivo*.

Pelo princípio da probidade administrativa infere-se que a conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem que ser, além de lícita, compatível com a moral, ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Edital) obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório.

Significa o princípio do julgamento objetivo que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração.

2.2. As novas modalidades de licitação. O pregão

O artigo 22 da Lei nº 8.666/1993 encerrava, até bem pouco tempo, todas as modalidades de licitação admitidas pelo direito positivo, definindo-as e caracterizando-as.

A estas consagradas modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) veio somar-se, por meio da Medida Provisória nº 2026/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.520/2002, a modalidade licitatória do pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública (cf. inciso VIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002).

O pregão ocorre em uma sessão pública, compondo-se a disputa entre os licitantes de propostas, lances e contra lances, até a obtenção do menor preço. O pregão se caracteriza por prestigiar aspectos de atuação administrativa como o da *concentração*, da *flexibilização* e da *desburocratização*.²⁴

No que tange ao regime sancionador, a legislação de regência do pregão – aqui compreendida a Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 3.555/2000 – apresenta um caráter mais gravoso do que aquele estabelecido na Lei nº 8.666/93.

Com efeito, dispõe o art. 14 do Decreto nº 3.555/2000 sobre a aplicação da sanção de *impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até cinco anos* ao licitante que *ensejar o retardamento do certame* e também *comportar-se de modo inidôneo*.

²⁴ PESSOA, Robertônio Santos, in, *Pregão: Nova modalidade de licitação (MP 2026/00)*, Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=423>. Acesso em: 25 abr. 2007.

A gravidade que aqui se afirma em relação ao que estatui a Lei nº 8.666/93 está no fato de que a pena prevista no art. 14 do Decreto nº 3555/2000 pode vir a ser aplicada independentemente de ter o particular firmado qualquer contrato com a Administração Pública.

Neste sentido, a aplicação da pena se justifica pela simples conduta do licitante no curso do procedimento do pregão, pelo uso de artifícios e demandas meramente protelatórias, que atentem contra o princípio da celeridade, declinado no *caput* do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000.²⁵

²⁵ GAZINEO, José Alexandre Lima, *in*, *Dos Recursos Administrativos na modalidade de Pregão*, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 756, 30 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7097>>. Acesso em 25. abr. 2007.

Capítulo 3

SISTEMA SANCIONADOR NA LEI DE LICITAÇÕES

3.1. A Lei nº 8.666/93 e seu sistema sancionador. 3.2. As regras insertas nos artigos 81 a 85 da Lei nº 8.666/93. 3.3. Das sanções administrativas insertas nos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93.

3.1. A Lei nº 8.666/93 e seu sistema sancionador

O sistema sancionador da Lei das Licitações, no que tange à esfera das penalidades administrativas, encontra-se exposto no Capítulo IV sob o título *Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial*, dividido referido capítulo em duas seções, a primeira sob o título *Disposições Gerais* e a segunda sob a rubrica *Das Sanções Administrativas*. A terceira Seção do Capítulo IV da Lei nº 8.666/93 não interessa ao presente estudo, já que ali se encontram previstos e tipificados os crimes contra o procedimento licitatório, sendo, portanto, matéria afeita ao campo do Direito Penal.

3.2. As regras insertas nos artigos 81 a 85 da Lei nº 8.666/93

Na primeira sessão do Capítulo IV sob o título *Disposições Gerais* a Lei nº 8.666/93 prevê em seu artigo 81 a aplicação de sanção ao adjudicatário que se

recusar sem justificativa a assinar o contrato dentro do prazo estabelecido pela Administração.

Esta hipótese permite seja aplicada sanção ao particular antes mesmo da assinatura do contrato administrativo. No entanto, e atento aos termos do artigo mencionado, cabe realçar que já não mais se está em face de um procedimento licitatório em curso, já que a adjudicação ao licitante vencedor encerra esta fase procedimental. Tanto é assim que a recusa do adjudicatário em celebrar o contrato, não obriga os licitantes remanescentes a aceitar as condições propostas pelo vencedor.²⁶

Regula, ainda, nos artigos 82 a 84, a disciplina sancionatória concernente aos agentes públicos que exerçam qualquer função na área licitatória, quando estes servidores praticarem atos visando frustrar os objetivos da licitação.

Neste sentido, são considerados como servidores públicos, passíveis de sofrer as sanções administrativas cabíveis, qualquer pessoa que exerça, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público (art. 83). Referido dispositivo também é válido para definir servidor público para fins de caracterização dos crimes previstos na Lei de Licitações (artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93).

São servidores públicos por equiparação quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim considerada, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do poder Público.

²⁶ MENDES, Renato Geraldo, in, Lei de Licitações e Contratos Anotada, Editora Zênite, Curitiba, 5ª edição, 2004, pág. 192.

Estabelece, ainda, o § 2º do art. 84 circunstância agravante de pena quando o autor dos crimes contra a licitação – definidos nos artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93 – for ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Sobre este artigo, mister esclarecer que por ocupante de cargo em comissão entendem-se os servidores de livre nomeação, demissíveis *ad nutum*, e que exercem cargos comissionados previstos nos quadros públicos. Já os ocupantes de função de confiança podem ser e geralmente são servidores efetivos que se encontram ocupando, por nomeação, cargos de confiança e de direção dentro da estrutura administrativa (diretores, chefes de serviço etc).

O artigo 85 estende as infrações penais previstas na Lei nº 8.666/93 a todos os procedimentos licitatórios celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e quaisquer outras entidades sob seu controle direto e indireto.

3.3. Das sanções administrativas insertas nos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93

A segunda seção do Capítulo IV da Lei nº 8.666/93 sob o título *Das Sanções Administrativas* é o núcleo principal da disciplina sancionadora, em nível de Direito Administrativo, englobando as modalidades de sanção que o Direito põe à mão da

Administração Pública para prevenir e reprimir as irregularidades praticadas pelos particulares.

De logo, é mister destacar que os artigos 86 e 87 voltam-se, com exclusividade, para o particular que já ostenta perante a Administração Pública a condição jurídica de *contratado*, isto é, como parte de um contrato administrativo já firmado e em plena vigência e execução.

Neste sentido, e considerando a classificação apresentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, já referenciada, as sanções elencadas nos incisos do art. 87 são *sanções externas*, visto que só podem ser aplicadas a particulares estranhos aos quadros funcionais da Administração Pública e que com esta mantém um vínculo jurídico especial.

A redação tanto do *caput* do art. 86 quanto do *caput* do art. 87 fazem expressa remissão à figura do *contrato administrativo*, para, de logo, definir como infrações administrativas o *atraso injustificado na execução do contrato* (art. 86) e também a *inexecução total ou parcial do contrato* (art. 87).

As figuras assim definidas merecem breve distinção. No caso do atraso injustificado na execução do contrato, o legislador refere-se à situação em que o contratado firmou o contrato, mas, sem qualquer justificativa hábil, retardou o início dos serviços ou o fornecimento dos bens adquiridos. Distingue-se da inexecução total porque nesta última o contratado descumpre totalmente com as obrigações contratadas, não prestando o serviço ou não fornecendo o bem objeto da licitação e do contrato. Já na inexecução parcial, o contratado atende parcialmente às obrigações assumidas, sendo inadimplente em parte do objeto contratado, quer seja este a prestação de um serviço ou a entrega de bens.

Vale ressaltar que no caso de atraso injustificado na execução do contrato, a única sanção administrativa admissível é a aplicação de multa. Esta limitação está claramente aposta pelo art. 87 da Lei nº 8.666/93, que especifica que tal situação *sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.*

Este aspecto é de suma relevância porque, caso o Edital e o contrato forem omissos quanto à multa de mora a ser aplicada, não será possível penalizar o contratado impontual com qualquer sanção pecuniária, por infringência ao princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. O máximo que poderá a Administração Pública fazer em tal hipótese seria aplicar a pena de *advertência*, em face do seu caráter menos gravoso, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa.

Já o art. 87 apresenta em seus incisos as sanções admitidas nos casos de inexecução parcial ou total do contrato administrativo. Tais sanções são a *advertência, multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e 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 e depois de decorrido o prazo de dois anos.*

Capítulo 4

DAS PENAS DE ADVERTÊNCIA E MULTA

4.1. Da Pena de Advertência. Campo de aplicação, condições e limites. 4.2. Da pena de multa. Necessidade de previsão no Edital ou no Contrato. 4.2.1. Questões controvertidas.

4.1. Da pena de Advertência. Campo de aplicação, condições e limites

A primeira das sanções prevista no art. 87 da Lei nº 8.666/93 é a pena de advertência. A sua posição logo no primeiro dos quatro incisos do art. 87, que apresentam em sua exposição um crescente grau de restrição ao direito dos contratados, demonstra a principal característica da advertência: a de ser a sanção de menor gravidade dentro do sistema sancionador da Lei de Licitações.

Por esta razão, o campo de aplicação da advertência, por excelência, é o de condutas de inexecução de menor monta. De logo, cabe ressaltar que embora o *caput* do art. 87 diga textualmente que as sanções ali previstas se aplicam tanto à inexecução total como à inexecução parcial do contrato, impõe-se esclarecer que a advertência, justamente por não se revestir de um gravame sancionador maior, no que tange, notadamente, ao seu potencial repressivo, afigura-se como modalidade de sanção absolutamente inadequada para os casos de inexecução total do acordado, porque significaria uma verdadeira *desídia* por parte do Administrador a imposição de sanção de tão leve repercussão diante de falta que, certamente, causa grandes transtornos à Administração e ao interesse público.

A aplicação da sanção de advertência tem, primordialmente, um caráter propedêutico, na medida em que demonstra ao contratado inadimplente que a Administração Pública encontra-se em postura vigilante e atenta quanto à execução do contrato administrativo. Como bem ressalta a doutrina, a advertência demonstra um *acompanhamento mais minucioso da atividade do particular, tendo em vista haver anteriormente descumprido seus deveres*.²⁷

Outro ponto de valia da advertência é servir de ciência ao contratado de que, em caso de reincidência, a Administração poderá aplicar-lhe pena mais grave. No entanto, isto não significa que, confrontada com uma infração de gravidade expressiva, não possa a Administração, de logo, penalizar o contratado com sanção mais grave (multa, por exemplo), apenas por não ser ele reincidente ou não ter sido previamente punido com advertência.

Para alguns doutrinadores, é inválida a aplicação de advertência se inexistir discriminação legal de seus pressupostos. Ademais, não poderá constar de quaisquer cadastros nem ser invocada para produzir efeitos negativos à reputação e a idoneidade do particular.²⁸

Não parece correto este entendimento. Em primeiro lugar, a pena de advertência, como medida preventiva e fiscalizadora por parte da Administração Pública, está prevista na Lei de Licitações. Não se há que exigir uma tipicidade expressa das hipóteses em que caberia a sua aplicação, até porque não seria possível ao legislador prever todo o campo fático de incidência de uma sanção.

Mais acertado, portanto, o magistério da doutrina estrangeira que sustenta que *em matéria de repressão administrativa, pode-se qualificar a infração, sem que*

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *in*, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 9ª edição, 2002, pág. 573.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *in*, *op. cit.*, pág. 573.

*os elementos constitutivos sejam fixados de antemão por uma disposição legislativa.*²⁹

O que não prescinde a aplicação da pena de advertência é da garantia ao contrato ao exercício do direito de defesa e do contraditório. A Constituição Federal consagra a cláusula do *due process of law* nos incisos LIV e LV do art. 5º e a Lei nº 8.666/93 tem exigência em idêntico sentido, conforme se verifica do § 2º do art. 86.

Nem poderia ser de outro modo porque a garantia do devido processo legal não estabelece, para a sua invocação, qualquer distinção quanto ao tipo de sanção que possa vir a ser aplicada ao suposto infrator. Trata-se de garantia que, vista sob este ângulo, atine quanto à garantia do processo e do contraditório como único meio para a correta aplicação de quaisquer medidas de cunho restritivo a direitos de outrem, independente de sua gravidade.

4.2. Da pena de multa. Necessidade de previsão no Edital ou no Contrato

A pena de multa, que impõe uma restrição de cunho econômica ao patrimônio do contratado inadimplente, é sanção que exige prévia e detalhada previsão no instrumento convocatório ou em cláusula específica do contrato administrativo. Na verdade, como é sabido, os Editais atualmente, quando publicados, já trazem como um dos seus anexos a minuta do futuro contrato a ser firmado.

A multa poderá ser compensatória, quando ocorrer inexecução parcial ou total do contrato por parte do Contratado. Nestes casos, o percentual fixado no

²⁹ PAPANICOLAIDIS, D., in, Introduction générale à la théorie de la police administrative, Atenas, 1960, pág. 77.

contrato para fins de cálculo da multa deverá e poderá ser aplicado sobre o valor total do contrato, admitindo-se, ainda, a cumulação da multa com sanção ainda mais grave – como a suspensão temporária de participação em licitação – a depender, é evidente, da gravidade da conduta do contratado, a ser verificada caso a caso.

A multa terá caráter moratório quando não ocorrer hipótese de inexecução parcial nem total do pactuado, mas, apenas, atraso na execução do avençado. Pela multa moratória, pune-se o atendimento tardio feito pelo particular à Administração Pública, muito embora cumprido o contrato.

A multa moratória pode ser afastada caso o contratado, antes de vencido o prazo fixado no contrato para entrega do bem ou realização do serviço, requerer formalmente à Administração a prorrogação do prazo pactuado e obtiver o deferimento. Esta possibilidade encontra-se prevista no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

A necessidade de previsão da multa no Edital ou na minuta do contrato prende-se ao fato de que, ocorrendo quaisquer das hipóteses que autorizem a imposição da sanção – quer com caráter compensatório ou moratório – deverá estar previamente definido, com absoluta segurança, os percentuais de cálculo do valor da pena, os critérios para o cálculo e outros aspectos relevantes. A particularidade destes dados impede que a Administração fixe, ao seu alvedrio, e em cada caso, o valor referente à multa, por não se reconhecer tamanha amplitude discricionária, que representaria, em linha final, um verdadeiro abuso de poder contra o contratado³⁰.

³⁰ O TCU entendeu que a fixação do percentual de multa, no ato convocatório, é obrigatória (Decisão nº 050/96, DOU de 03.04.1996, pág. 5.558). O Tribunal de Justiça de São Paulo também decidiu que 'Se não há previsão da cláusula penal nem no ato convocatório e nem no contrato, não há como exigí-la' (RT 734/325).

4.2.1. Questões Controvertidas

A sanção pecuniária da multa apresenta algumas questões particularmente contraditórias que merecem abordagem, ainda que de forma aligeirada.

Em primeiro ponto, entendemos que a multa é a única das sanções prevista no art. 87 da Lei nº 8.666/93 que reclama previsão no instrumento convocatório ou no contrato, para que possa ser regular sua aplicação. Isto porque o *caput* do art. 86 apenas menciona a multa como sanção que exige o atendimento deste pressuposto; por outro lado, apenas o inciso II do art. 87 é que faz remissão a esta exigência e o faz, justamente, ao dispor sobre a pena de multa, não a repetindo em relação às outras três sanções por ele reguladas.

Outra questão é saber se sobre o valor fixado a título de multa, depois de regular processo administrativo, garantida a ampla defesa e o contraditório, pode vir a incidir correção monetária, até a data do efetivo recolhimento pelo contratado.

A resposta é positiva uma vez que a correção monetária não significa uma 'punição a mais' ao contratado, mas, tão somente, simples atualização do valor monetário. Afastada a configuração jurídica de qualquer *bis in idem*, pode-se mesmo afirmar que a correção se impõe, como forma de manter íntegro o impacto sancionador da pena que, em não sendo assim, poder-se-ia reduzir

consideravelmente com a simples passagem do tempo, não raro por meio de medidas protelatórias do contratado faltante³¹.

É indubitável que a aplicação da sanção de multa ao contratado somente pode ser considerada regular quando antecedida de processo administrativo em que se garanta ao infrator o exercício da ampla defesa e do contraditório. A previsão constitucional da cláusula do devido processo legal, como já dito, impõe a observância desta garantia, sob pena de absoluta nulidade de quaisquer atos praticados, notadamente a aplicação de sanções.

Com relação à pena de multa esta exigência também se acha expressamente prevista no § 2º do art. 86 da Lei nº 8.666/93.

A questão que se estabelece é saber se para a aplicação da pena de multa torna-se preciso a abertura de processo administrativo específico, mediante nova autuação, ou se este procedimento pode ser adotado nos mesmos autos do processo administrativo que cuidou do procedimento de licitação.

Pela redação do § 2º do art. 86 da Lei de Licitações deflui-se que se torna necessária abertura de processo autônomo, desvinculado daquele que refletiu o procedimento licitatório, para a imposição da sanção de multa.³²

³¹ A jurisprudência endossa este entendimento, a exemplo de Acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região assim ementado: 'Descumprido o contrato, impõe-se o pagamento da multa pactuada, com juros e correção monetária, esta calculada a partir do ajuizamento da ação, ex vi do art. 1, parag. 2, da Lei 6899/81' (Ac. Nº 92.01.19548-6/MG, 3ª Turma, Relator Juiz VICENTE LEAL, publicado no DJ de 05/10/1992, pág. 31302). O Tribunal de Justiça de São Paulo também apresenta precedente nesta direção, com ligeira diferença na fundamentação da decisão, em acórdão assim ementado: 'Contrato administrativo. Rescisão. Multa. Incidência sobre todo contrato que não foi cumprido. Inadmissibilidade. Multa que deve ser calculada somente na proporção da parte não cumprida mais a correção monetária. Inteligência do art. 924 do Código Civil. Recurso parcialmente provido' (TJ/SP – Apelação Cível nº 221.867-1 – Rel. Toledo César – CCIV 3, 21.02.1995).

³² Esta a posição da jurisprudência como revela o seguinte Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim ementado 'Contrato Administrativo. Atraso na entrega do material. Aplicação de multa pela apelante. Ação para liberação de multa. Sentença que julga procedente o pedido. Apelação. 2. A multa somente pode ser imposta ou descontada das faturas da fornecedora após processo administrativo específico e não nos próprios autos do processo licitatório. Este é processo prévio que se encerra com a publicação do despacho homologatório. O §2º do art. 86 da Lei nº 8.666/93 exige 'regular processo administrativo' para a aplicação da multa. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.' (TJ/DF, Apelação Cível, Acórdão nº 106302, publicado no DJ de 05.08.1998 – 3ª Turma Cível – Rel Campos Amaral).

O mesmo raciocínio e a mesma conclusão devem conduzir a resposta no que diz respeito às demais sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93. Não se pode restringir este requisito apenas à pena de multa, quando se sabe que no mesmo escólio legal se encontram previstas sanções de uma ainda maior gravidade contra os interesses do contratado, a exemplo daquelas insertas nos incisos III e IV do aludido art. 87.

Capítulo 5

DA PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA

5.1. Da pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Campo de aplicação, condições e limites. 5.2. Distinção entre as figuras dos incisos III e IV do art. 87. 5.3. Questões controvertidas.

5.1.-Da pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Campo de aplicação, condições e limites

O inciso III do art. 87 prevê sanção descrita como sendo *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.*

A definição do tipo sancionador deixa entrever que esta sanção apresenta um campo de incidência de muito maior gravidade do que o reservado às duas sanções anteriormente reguladas (advertência e multa). Mas não é apenas o aspecto da gravidade que ressalta como um elemento diferenciador; percebe-se que o legislador, ao definir esta sanção, voltou os olhos para a repressão de infrações que, além de encerrarem conduta desidiosa ou impontual, demonstrem uma postura do contratado que o torne indesejável como eventual e futuro contratado perante a Administração Pública.

É inegável que esta sanção privilegia, dentre outros aspectos, o princípio da eficiência, porque permite que o Poder Público previna-se de manter relações

jurídicas conflituosas e capazes de gerar prejuízos ao erário. Assim como no Direito Privado não se retira do particular o direito de selecionar, averiguar e escolher com quem vai contratar, com muito mais razão há de se reconhecer à Administração Pública meios de impedir a contratação de pessoas físicas ou jurídicas comprovadamente inaptas a fornecer ao Estado uma contraprestação eficaz.

No entanto, vozes autorizadas da doutrina entendem que a aplicação das sanções dos incisos III e IV não é juridicamente possível, pois dependeria de discriminação precisa, através de lei, dos pressupostos de sua aplicação. Isto porque não seria possível admitir-se, no caso, qualquer juízo discricionário por parte da Administração³³.

Esta posição é contestada por outros doutrinadores que entendem plenamente aplicável a penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração Pública, não enxergando, na hipótese, qualquer necessidade de lei específica que regule detalhadamente os casos em que se justificaria esta sanção³⁴.

Este último entendimento afigura-se como o mais adequado e correto. Com efeito, retirar da Administração Pública o direito de impor sanções que a lei já descreve seria dar azo à impunidade.

Por outro lado, o argumento de que a preocupação com a impunidade de contratados faltosos fere o princípio da segurança jurídica e esconde uma legitimação do totalitarismo é, no mínimo, exagerado.

Com efeito, este pensamento traduz, em boa medida, a cultura jurídica cartesiana, burocrática e paternalista herdada das influências lusitanas. Em um

³³ JUSTEN FILHO, Marçal, *in*, op. cit., pág. 574

³⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *in*, *Eficácia nas Licitações e Contratos*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 7ª edição, 1998, pág. 316. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, *in*, *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1997, pág. 563.

mundo complexo, pretender a absoluta redução normativa do universo fenomênico já se revelou opção deveras equivocada, em um fenômeno que mereceu o epíteto pouco elogioso de *inflação legislativa*³⁵.

Por outro lado, caso a aplicação de sanções – qualquer que seja a sanção e qualquer que seja o seu espectro de gravidade – causar injusto prejuízo ao apenado, poderá este, em nível administrativo, interpor o competente recurso administrativo, ou, se for o caso, recorrer ao Poder Judiciário para sanar eventual ilegalidade.

5.2. Distinção entre as figuras dos incisos III e IV do art. 87

As duas figuras punitivas acarretam conseqüências similares. Em ambos os casos veda-se ao particular a participação em licitações e a celebração de contrato administrativo de fornecimento de bens ou serviços à Administração Pública.

Pode-se, no entanto, perceber que a sanção de declaração de idoneidade comporta a verificação de um prejuízo à Administração Pública como decorrência da infração cometida pelo particular. Não por outra razão a hipótese do inciso IV fala, textualmente, em uma *reabilitação* do contratado, figura que não está vinculada à descrição típica do inciso III. No entanto, esta não é uma característica determinante do tipo – embora a ele vinculada – uma vez que podem existir condutas graves que

³⁵ Como afirmou o eminente jurista ARNOLD WALD em palestra realizada no II Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em 29 de outubro de 1999, 'A primeira causa da insegurança jurídica é certamente o relativo caos legislativo no qual vivemos, caracterizando-se tanto pelo excesso de leis, como pela falta de coerência do sistema e, algumas vezes, até pela falta de racionalidade de alguns dos textos legais. Ora, a insegurança jurídica não se coaduna nem com o Estado de Direito nem com o desenvolvimento nacional. Ao contrário, a incerteza quanto ao direito vigente representa uma incontestável causa do chamado 'custo Brasil', risco interno e internacional, que onera o país e, conseqüentemente, todos os brasileiros. Já se disse que a inflação legislativa é tão perniciosa quanto a inflação monetária...'

não acarretem prejuízo direto ao erário, mas que ensejem a declaração de inidoneidade (p. ex., uso de documento falso em licitação).

Outro aspecto diferenciador é o do prazo de restrição decorrente da punição. A penalidade do inciso III fixa como prazo limite de restrição o patamar de 02 (dois) anos, ao passo que a pena do inciso seguinte pode atingir até 05 (cinco) anos, o que, por si só, já revela uma gravidade maior desta última penalidade.

Outra diferença a ser assinalada é a competência para aplicação da sanção ao particular. A pena prevista no inciso III do art. 87 não indica, em sua definição legal, qual seria a autoridade administrativa competente para tanto, sendo, portanto, matéria passível de regulamentação por cada uma das entidades administrativas, por meio da edição de normas administrativas internas (resoluções, portarias, atos normativos etc).

Já o inciso IV do art. 87 diz que a aplicação da sanção ali definida é da competência dos Ministros de Estado, dos Secretários Estaduais e Municipais, conforme o caso, ou seja, busca-se um maior controle sobre a aplicação desta pena, deslocando a competência para as esferas mais altas da Administração, o que, por um lado, também permite ao particular maior amplitude de defesa, inclusive com um arsenal maior de recursos administrativos.

Outra distinção que reforça a maior gravidade da sanção prevista no inciso IV do art. 87 é o prazo deferido ao contratado para apresentação da defesa administrativa. A pena de suspensão temporária enseja um prazo de defesa de 05 (cinco) dias úteis (§ 2º do art. 87), enquanto que a pena de declaração de inidoneidade exige um prazo de 10 (dez) dias, a contar da abertura de vista do respectivo processo ao contratado.

5.3. Questões controvertidas

A sanção de suspensão temporária apresenta algumas questões controvertidas que demandam uma breve análise.

A primeira destas questões diz respeito sobre a necessidade de abertura de processo específico para a imposição desta sanção. A resposta é positiva, louvando-se, para tanto, de uma análise sistêmica e lógica da Lei nº 8.666/93. Com efeito, a Lei de Licitações, no § 2º do art. 86, exige a instauração de processo administrativo específico para a aplicação da sanção de multa, de menor efeito gravoso. Logo, com muito mais razão, há de se estender esta exigência para o caso de aplicação de sanção mais gravosa como a prevista no inciso III do art. 87.

Outra controvérsia acentuada diz respeito à extensão dos efeitos da suspensão de licitar e contratar com relação à Administração Pública, ou seja, se os efeitos desta pena apenas se circunscreveriam ao órgão administrativo que a aplicou ou se, caso contrário, aplicar-se-ia a todos os entes da Administração Pública.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União entende que a suspensão do direito de licitar abrangerá apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade.³⁶

A doutrina censura este entendimento por entender que *não haveria sentido em circunscrever os efeitos da “suspensão de participação de licitação” a apenas um órgão específico afirmando, ainda, que nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar “suspenso”*³⁷.

³⁶ Decisão nº 352/98 – DOU nº 116-E, de 22.06.1998, pág. 19.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *in*, op. cit., pág. 574

A amplitude maior dos efeitos da sanção de suspensão de licitar e de contratar com a Administração Pública é a conclusão que vem sendo acolhida, com inegável acerto, pela jurisprudência mais recente, como atestam diversas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados³⁸, pelos Tribunais Regionais Federais³⁹ e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça⁴⁰.

Outra não poderia ser a tese predominante. A aplicação por um determinado órgão público da sanção prevista no inciso III do art. 87 demonstra que o contratado, no mínimo, atuou com baixo índice de profissionalismo e eficiência. A não extensão dos efeitos da penalidade implicaria em uma drástica diminuição dos efeitos repressivos e preventivos da sanção.

³⁸ *A empresa que teve suspensão temporária de participar de licitação junto a determinado órgão da Administração Pública não fica com essa penalidade restrita somente àquele órgão, mas se estende a qualquer órgão, conforme o disposto nos arts. 87, inc. III e 88, incs. II e III da Lei nº 8.666/93. (TJ/PR Mandado de Segurança – Acórdão nº 3143, publicado no DJ de 29.12.1997 – I Grupo de Câmaras Cíveis – Desembargador LUIZ PEROTTI.).*

³⁹ *A penalidade administrativa de suspensão do direito de licitar, por até 2 (dois) anos, com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, surte seus efeitos com relação a todos os órgãos da Administração Pública, e não tão somente com relação ao ente que aplicou a sanção. (TRF – 1ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.01.00.076244-6/DF, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, publicado no DJ, edição de 16/04/2007, pág. 85.).*

⁴⁰ *É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é uma, sendo descentralizada as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. (RESP 151567/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, publicado no DJ, edição de 14.04.2003, pág. 208.*

Capítulo 6

DA PENA DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

6.1 Da pena de declaração de inidoneidade. Campo de aplicação, extensão e limites. 6.2 A sanção do inciso III e sua correlação com o art. 97 da Lei nº 8.666/93. 6.3 Questões controvertidas.

6.1. Da pena de declaração de inidoneidade. Campo de aplicação, extensão e limites

A sanção prevista no inciso IV do art. 87 afigura-se como a mais grave e séria sanção prevista na Lei de Licitações, bem assim em todo o sistema sancionador objetivo aplicável ao procedimento licitatório.

De logo, cabe ressaltar que a sanção em análise possui um caráter sancionador duplo.

Em primeiro lugar, ela implica em um desprestígio moral ao contratado que, mediante a sua imposição, vê a sua boa fama e imagem profissional seriamente alvejada pela ação punitiva da Administração Pública.

Em segundo lugar, a sanção apresenta um marcado conteúdo econômico, na medida em que ao declarar inidôneo o particular, fecha-lhe a porta de contratações futuras com o Poder Público por um prazo que pode atingir os 05 (cinco) anos, ou seja, praticamente implica em uma drástica limitação das condições operacionais e de mercado de qualquer empresa.

Por esta razão é que se trata de sanção que exige ampla análise, discussão e temperamento por parte da Administração, quando da sua aplicação, inclusive com a mais ampla observância do direito de defesa e do contraditório ao particular. Qualquer deficiência no processo administrativo, imputável à Administração (ausência de notificação ao contratado para apresentar defesa, ausência de fundamentação na decisão administrativa sancionatória, etc) acarretam, inapelavelmente, a nulidade do processo administrativo e, conseqüentemente, da sanção aplicada⁴¹.

O Tribunal de Contas de União chegou a apresentar um elenco de situações que autorizariam a imposição da sanção de declaração de inidoneidade. Conquanto não se possa entender como taxativas as hipóteses apresentadas, servem, no entanto, como um precioso roteiro à Administração para que, de logo, possa afastar do pálio de tão grave reprimenda infrações que não ostentem o mesmo nível de gravidade das ali apresentadas.

Segundo o Tribunal de Contas da União, a sanção prevista no inciso IV do art. 87 poderia ser licitamente aplicada nos seguintes casos:

- a) *deixar de celebrar ou de assinar o contrato ao ser convocado dentro do prazo de validade da proposta ou da ata de registro de preços;*
- b) *deixar de entregar documentação exigida no edital;*
- c) *apresentar documentação falsa exigida para o certame;*
- d) *fazer declaração falsa;*
- e) *ensejar o retardamento da execução do objeto do contrato;*
- f) *não manter a proposta;*
- g) *falhar na execução do contrato;*
- h) *fraudar a execução do contrato*
- i) *comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal*⁴²

⁴¹ Neste sentido, já deixou assentado o Tribunal de Contas da União que “A declaração de inidoneidade é medida punitiva drástica, que, dependendo do porte e da atuação da empresa, pode levar ao seu fechamento. Por essa razão, a adoção da referida sanção não deve prescindir de medidas que assegurem aos por ela atingidos os meios necessários à apresentação de suas justificativas, em nome do princípio constitucional da ampla defesa”. (TC-350.176/95-7 – TCU, DOU nº 162-E, de 25.08.1998, pág. 26.).

⁴² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, in, Licitações e Contratos – Orientações Básicas, Editora do TCU, Brasília/DF, 3ª edição, 2006, pág. 322.

6.2. A sanção do inciso III e sua correlação com o art. 97 da Lei nº 8.666/93

A sanção de declaração de inidoneidade, uma vez aplicada pela Administração, gera efeitos relevantes para o Poder Público, que se vê impedido de manter qualquer relação jurídica futura contra o particular sancionado, salvo se promovida a reabilitação perante o órgão que aplicou a punição e depois de decorridos dois anos da aplicação da sanção.

O descumprimento desta exigência por parte de qualquer órgão público constitui *crime contra a licitação*, assim definido no art. 97 da Lei nº 8.666/93: *admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo*.

O *caput* do art. 97 pune com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa o servidor público que admitir ao processo de licitação qualquer licitante que tenha sido punido anteriormente com a sanção descrita no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Cabe realçar, no entanto, que os crimes contra a licitação, descritos nos artigos 89 a 99 da Lei de Licitações, não admite a modalidade culposa. Portanto, a condenação do servidor público no crime definido no art. 97 dependerá da ação consciente e dolosa do servidor, e não de mero equívoco ou deficiência de informação.

O parágrafo único do art. 97 estende a mesma pena ao contratado inidôneo que venha a licitar ou a contratar com a Administração. Também aqui necessário será o dolo por parte do particular para a configuração da figura típica.

6.3. Questões controvertidas

A sanção de declaração de inidoneidade tem amplitude elástica. Aplicada por determinado órgão ou entidade da Administração Pública federal, estadual ou municipal, seus efeitos expandem-se para todas as esferas da Administração Pública.

Assim, caso uma determinada empresa seja declarada inidônea para licitar e contratar com o Distrito Federal, os efeitos desta sanção se estendem e apresentam caráter obrigatório para todos os demais órgãos públicos das diversas esferas da administração (União Federal, Municípios etc).

No entendimento da doutrina, este efeito tão amplo se dá justamente porque a sanção funda-se sempre em situação ou fato de caráter delituoso⁴³.

Nesta vertente, somente se justificaria a aplicação desta sanção quando a ação do particular fosse, antes de tudo, dolosa e constituísse a prática de um delito penal tipificado. Assim, poderia ser aplicada quando o licitante praticasse algumas das condutas descritas nos artigos 89 a 98 da Lei nº 8.666/93, bem assim condutas tipificadas no Código Penal ou em legislação extravagante cabíveis de verificação em um processo de licitação (v.g, art. 171, 205, 293, 296 e 297 do Código Penal).

Não parece correta esta exegese. Conquanto grave a sanção em apreço, não se pode limitar a sua aplicação apenas aos casos em que o particular praticou infração que também constitua crime. Isto porque infrações administrativas gravíssimas existem, a demandar sanção grave do Estado, sem que se possa nelas enxergar a prática de um delito.

⁴³ MENDES, Renato Geraldo, *in*, op. cit., pág. 195.

Tanto isto é verdade que o inciso IV do art. 87 prevê a figura da 'reabilitação' como maneira de restituir-se o particular penalizado a uma condição de normalidade perante a Administração Pública. Neste sentido, fosse a declaração de inidoneidade aplicável, apenas, a situações definidas como crimes, difícil seria conceber a 'reabilitação' do criminoso perante a Administração Pública, enquanto continuasse o mesmo condenado por meio de sentença judicial proferida no juízo penal.

Outro ponto que gera reflexão é a indicação das autoridades competentes para aplicação da sanção. O § 3º do art. 87 diz que competirá aos Ministros de Estado, aos Secretários Estaduais e aos Secretários Municipais a competência exclusiva para aplicar a sanção prevista no inciso IV do art. 87.

A norma em comento não traz dificuldades quando se vislumbra a matéria apenas na esfera da Administração Pública Direta e, ainda assim, quando em linha de mira apenas o Poder Executivo, já que todas as autoridades mencionadas no § 3º do art. 87 são agentes políticos do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal.

Mas qual a solução a se adotar, em face do silêncio da lei, com relação aos órgãos da Administração Pública Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista etc) e também com relação aos demais poderes do Estado (Poder Legislativo e Poder Judiciário) que também praticam atos administrativos, notadamente aqueles vinculados ao processo de licitação?

Parece que a melhor solução para o primeiro caso será admitir que os dirigentes das entidades da Administração Indireta, sempre vinculada a um determinado Ministério, não possuem competência para aplicar a sanção em estudo. Deste modo, caso se entenda que a hipótese é de aplicação da pena de declaração de inidoneidade de contratado de empresa pública ou sociedade de economia mista,

deverá o processo administrativo ser encaminhado à esfera ministerial correspondente para decisão.

Quanto aos órgãos que integram os demais Poderes da República (Legislativo e Judiciário) cumpre, de logo, destacar a regra constitucional que lhes confere autonomia para organizar-se internamente, dispor sobre seus cargos e funções, sobre o funcionamento de seus órgãos etc, podendo, no exercício desta reserva constitucional, expedir normas internas e regimentos.⁴⁴

Estas normas permitem ao Poder Legislativo e Judiciário disciplinar com autonomia a matéria relativa à competência para aplicação da sanção regulada no inciso IV do art. 87. Não estão, portanto, vinculados à regra do §2º do mesmo art. 87, porque destinada esta ao Poder Executivo.

No entanto, nota-se uma tendência de acompanhar a previsão do §2º do art. 87 da Lei nº. 8.666/93 no âmbito do Legislativo e do Judiciário.

Neste sentido, a Câmara dos Deputados, em seu Ato nº. 80/2001 fixa como sendo da competência do Presidente da Câmara dos Deputados a aplicação da referida sanção (cf.art. 135, §3º do Ato 80/2001, de 07/06/2001).

No Tribunal de Contas da União o artigo 70 da Lei nº. 8443/92 estabelece que a competência para aplicação dessa sanção é do Presidente do TCU.

⁴⁴ Esta autonomia está garantida ao Poder Judiciário pela alínea a do inciso I do art. 96 e ao Poder Legislativo pelo inciso IV do art. 51 (com relação à Câmara dos Deputados) e no inciso XIII do art. 52 (com relação ao Senado Federal).

Capítulo 7

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO PREGÃO

7.1. Do Pregão. Características e princípios. 7.2. Das sanções na Lei nº. 10.520/2002 e no Decreto nº. 3.555/2000. 7.3 Aplicação subsidiária da Lei nº. 8.666/1993 ao Pregão. 7.3.1 Efeitos da aplicação subsidiária no regime sancionador do Pregão.

7.1. Do pregão. Características e princípios

Nova modalidade de licitação, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos aqueles que não estejam relacionados no art. 13 da Lei nº. 8.666/93 e que não exijam, para sua execução, maior qualificação do executor.

O pregão apresenta como princípios norteadores a *celeridade*, ou seja, a utilização de um procedimento menos burocratizado, com maior agilidade de atuação por parte da Administração Pública, sem significar, no entanto, a quebra absoluta do requisito da formalidade, sempre exigível quando se trata da prática de atos administrativos.

Como exemplo da celeridade processual no pregão, pode-se citar a regra do inciso V do art. 4º da Lei nº. 10.520/2002 que fixa o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas, depois da data de publicação do edital. Este prazo na Concorrência e na Tomada de Preços será de, no mínimo, 30 (trinta)

dias para a primeira (alínea *a* do inciso II do art. 21 da Lei 8.666/93) e de 15 (quinze) dias para a segunda (inciso III do art. 21 da Lei de Licitações).

Outro princípio norteador do pregão é o princípio da concentração. Nesta modalidade de licitação, verifica-se uma concentração dos atos de instrução e de decisão na sessão pública de recebimento das propostas. Deste modo, extrai-se tanto da Lei 10.520/2002 como do Decreto 3.555/2002 uma clara intenção do legislador de dar destaque à sessão pública como momento por excelência para a resolução de todo o procedimento do pregão, chegando, inclusive, à adjudicação do objeto licitado ao licitante vencedor.

São exemplos desse princípio o disposto nos incisos VIII, IX, XI, XII e XVI do art. 4º da Lei 10.520/2002.

O princípio da economicidade é outro que informa necessariamente a figura do pregão. Conquanto as demais modalidades licitatórias observem também este princípio, a distinção, quando se cuida de pregão, é que o critério de julgamento deverá sempre e em qualquer caso repousar sobre o *menor preço* obtido.

Neste sentido, não há espaço no pregão para o critério misto de *melhor técnica e preço*, admitidos quando se trata de Concorrência ou Tomada de Preços. Com efeito, este critério afigura-se estranho ao pregão, já que se destina esta modalidade a aquisição de bens e serviços comuns, definição esta, por si só, incompatível com o critério selecionador de melhor técnica.

Exemplificam o princípio da economicidade as regras dos incisos VIII, IX, X, XVI e XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002.

O conjunto desses princípios específicos do pregão vai influir no regime sancionador adotado na Lei 10.520/2002 e no Decreto 3.555/2000, como adiante se analisará.

7.2. Das sanções na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 3.555/2000

Os princípios da celeridade e da concentração – e também para alguns autores o da *desburocratização*⁴⁵ – do pregão, informam um sistema sancionador que apresenta características próprias em relação àquele instituído na Lei de Licitações.

Desse modo, dispõe o artigo 7º da Lei nº. 10.520/2002 *in verbis*:

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 previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Já o artigo 14 do Decreto nº. 3.555/2000 estatui *in verbis*:

O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF, e no caso de suspensão de licitar, o licitante deverá ser descredenciado por igual período, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

Comparando-se os textos legais acima reproduzidos, percebe-se que o artigo 14 do Decreto 3.555/2000, além de repetir as hipóteses de infração constantes do artigo 7º da Lei 10.520/2002, prevê uma situação em que o licitante pode vir a ser penalizado por conduta irregular praticada quando ainda em curso o procedimento licitatório. Esta possibilidade está expressa da seguinte forma: o *licitante que ensejar o retardamento do certame*.

⁴⁵ PESSOA, Robertônio, *in*, op. cit.

Assim abre-se a possibilidade de aplicação de sanção ao particular que, participando de um processo licitatório na modalidade de pregão, adote conduta que implique em retardamento injustificado do andamento do certame, protelando a conclusão do mesmo e retardando a ação administrativa.

Seria o caso, por exemplo, de licitante que, de forma abusiva e sem fundamentação, apresenta sucessivos pedidos de esclarecimentos ao edital ou impugnações, já que tais questionamentos devem ser respondidos antes da realização da sessão pública de recebimento de propostas (art. 12 do Decreto 3.555/2000).

Este tipo de conduta, evada de caráter protelatório e má-fé, merece, ademais, expresso repúdio também pelo que dispõe o art. 6º, *in fine*, do Decreto 3.555/2000.

Esta possibilidade de sancionar-se administrativamente o particular que ainda não chegou sequer a ser declarado vencedor da licitação e nem muito menos firmou contrato com a Administração Pública, demonstra o enorme prestígio do princípio da celeridade como norteador do pregão.

De se registrar que tal penalidade pode ser aplicada independentemente de previsão no Edital, porque assentada não em um fato de substrato contratual, mas sim em conduta prevista na legislação de regência e reputada como suficiente para a imposição de sanção.

No entanto, ocorrendo essa hipótese, não significa dizer que a pena a ser imposta ao licitante faltoso seja, necessariamente, a de impedimento de licitar e contratar com a Administração. A depender da gravidade da infração, e garantido o direito de defesa, a pena poderá ser menos grave, como, por exemplo, a pena de advertência. O certo é que nada impede que a Administração, no manejo dos

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, exerça salutar discricionariedade na fixação da pena a ser aplicada, podendo até, se for o caso, concluir por não penalizar o licitante.

O artigo 14 do Decreto 3.555/2000 faz expressa menção à garantia do direito de defesa como pressuposto inafastável para a aplicação da pena. Nem poderia ser de outro modo, já que não se pode conceber sanção sem prévia defesa do apenado.

Aspecto interessante do referido artigo 14 é a menção expressa à necessidade de *citação* do licitante infrator. Ora, citação é o ato processual pelo qual se dá ciência à parte da existência do processo. Com isto, fica evidente que para aplicação da sanção é necessária a instauração de processo específico, desvinculado do processo da licitação, no qual o licitante faltoso será então citado e no qual decorrerão os atos ulteriores (defesa, produção de provas, decisão etc.). A não observância deste requisito acarreta a *nulidade* da sanção aplicada por *vício de forma*.

7.3. Aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 ao pregão

O artigo 9º da Lei 10.520/2002 dispõe que se aplicam, subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Esta disposição legal permite que, quando não houver norma expressa e específica acerca do Pregão, sejam aplicadas as normas da Lei de Licitações. A subsidiariedade implica em reconhecer que somente quando se verificar um vácuo normativo na Lei 10.520/2002 ou no Decreto 3.555/2000 poderá o intérprete se valer

das normas da Lei 8.666/93, sempre adequando sua incidência, caso a caso, aos princípios informativos do Pregão.

7.3.1. Efeitos da aplicação no regime sancionador do pregão

Em termos de regime sancionador, a aplicação subsidiária da Lei de Licitações ao Pregão apresenta acentuada relevância em diversos pontos.

Com efeito, a leitura conjunta do artigo 7º da Lei 10520/2002 e do artigo 14 do Decreto 3555/2000, conduz a uma primeira conclusão de que, no pregão, a única sanção passível de aplicação aos licitantes infratores seria a de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

Esta interpretação, no entanto, implicaria em um rematado absurdo. Isto porque se chegaria à conclusão de que a Administração Pública, qualquer que fosse a infração praticada pelo licitante, teria sempre que aplicar a penalidade descrita na legislação em comento, de indiscutível gravidade, mesmo quando fosse o caso de infrações de menor potencial ofensivo.

Esta situação atentaria contra um dos princípios meridianos do direito sancionador que é o da *gradação das sanções*. Com efeito, deve-se observar a aplicação de sanções menos graves para hipóteses menos sérias, assim como se deve levar em conta a história pregressa do licitante ou do contratado perante a Administração Pública (se já sofreu penalidade anterior etc.) para que se aplique no caso concreto a sanção realmente adequada.

Também implicaria em total desprestígio ao *princípio da proporcionalidade*, que teve o seu nascimento justamente no Direito Penal, no século XVIII, e daí se

espraiou para o Direito Constitucional e para o Direito Administrativo. Em sede de Direito Administrativo, a sua compreensão pode ser sintetizada como o *justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado*.⁴⁶

Desse modo, careceria de proporcionalidade a decisão da Administração Pública que, em toda e qualquer infração cometida em sede de Pregão, mesmo as mais insignificantes, aplicasse a sanção de impedimento de licitar e contratar, visto que esta decisão se afiguraria como um exercício desproporcional, danoso e irregular da autoridade por parte do Poder Público.

Assim, inegável afirmar que as sanções menos graves, mencionadas no art. 87 da Lei 8.666/93 (advertência e multa) aplicam-se igualmente às infrações praticadas no Pregão, tudo a depender, como é claro, da gravidade da irregularidade cometida.

Outra questão que se apresenta em face do silêncio tanto da Lei 10.520/2002 e do Decreto 3555/2000, é saber qual seria o prazo para apresentação da defesa pelo licitante depois de realizada a citação a que se reporta o art. 14 do Decreto 3555/2000.

Tanto a Lei 10520/2002 e o Decreto 3555/2000 referem-se à possibilidade de aplicação da sanção de impedimento de licitar e de contratar com a Administração Pública; utilizando a previsão do art. 9º da Lei 10520/2002, cabe concluir que este prazo deve ser o de 10 (dez) dias, ou seja, o mesmo prazo garantido aos particulares para apresentação de defesa, quando se cuida de eventual aplicação da sanção inscrita no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/93.

Esta conclusão privilegia o princípio da isonomia, obstando tratamento processual diferenciado para situações em tudo e por tudo semelhantes.

⁴⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *in*, Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo, *in*, Direito Administrativo, Coordenador Marcelo Leonardo Tavares, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2005, pág. 35.

Reflete, igualmente, uma exegese mais favorável ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, em face da absoluta similaridade das sanções, careceria de lógica que o licitante ou contratado, posto sob a direta tutela da Lei 8.666/93, pudesse se beneficiar de prazo mais dilatado para a sua defesa do que aqueles que participam do certame licitatório do pregão.

CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar todas as nuances de tão extensa matéria, buscou-se aqui apresentar uma breve análise do ilícito e da sanção administrativa, trazendo para o campo específico das licitações os conceitos assim desenvolvidos.

O conhecimento da matéria na seara das licitações apresenta relevância prática indiscutível, uma vez que envolvendo o dispêndio de consideráveis recursos públicos, os processos de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública demanda, de um lado, um rigoroso e eficiente processo de controle e acompanhamento, a ser desempenhado pelos Gestores dos contratos administrativos e, de outro lado, um sistema sancionador bem manejado, que permita a repressão de condutas danosas, sem deixar de zelar pela razoabilidade, proporcionalidade e justiça das decisões administrativas.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de, in, O Ilícito Administrativo e seu Processo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, in, Princípios Gerais de Direito Administrativo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1979, volume 1.
- BOBBIO, Norberto, in, Teoria della norma giuridica, Editora Giappichelli, Turim, Itália, 1958.
- CRETELLA JÚNIOR, José, in, Manual de Direito Administrativo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 6ª edição, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, in, Direito Administrativo, Editora Atlas, São Paulo, 14ª edição, 2002.
- FERNANDES, Carvalho L., Sanção Jurídica, in, Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Editorial Verbo, Lisboa, 2000, Volume 5.
- FERREIRA, Daniel, in, Sanções Administrativas, Malheiros Editores, São Paulo, 1ª edição, 2001.
- GAZINEO, José Alexandre Lima, in, Dos Recursos Administrativos na modalidade de Pregão, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 756, 30 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7097>>. Acesso em 25. abr. 2007.
- JESUS, Damásio Evangelista de, in, Direito Penal, Editora Saraiva, São Paulo, 20ª edição, 1997, volume 1.
- JUSTEN FILHO, Marçal, in, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 9ª edição, 2002.
- KELSEN, Hans, in, Teoria Pura do Direito, Editora Martins Fontes, São Paulo, 3ª edição, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes, in, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, São Paulo, 24ª edição, 1999, atual, Eurico Andrade Azevedo et. al.
- MENDES, Renato Geraldo, in, Lei de Licitações e Contratos Anotada, Editora Zênite, Curitiba, 5ª edição, 2004.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho, in, Eficácia nas Licitações e Contratos, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 7ª edição, 1998, pág. 316. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, in, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1997, pág. 563.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, in, Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo, in, Direito Administrativo, Coordenador Marcelo Leonardo Tavares, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2005.

NÓBREGA, Vandick Londres da, in, História e Sistema do Direito Privado Romano, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 3ª edição, 1962.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de, in, Infrações e Sanções Administrativas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 2005.

PACHECO, Ângela Maria da Motta Pacheco, in, Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributárias, Editora Max Limonad, São Paulo, 1997.

PESSOA, Robertônio Santos, in, Pregão: Nova modalidade de licitação (MP 2026/00), Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=423>. Acesso em: 25 abr. 2007.

PAPANICOLAIDIS, D., in, Introduction générale à la théorie de la police administrative, Atenas, 1960.

TELLES JÚNIOR, Godofredo, in, O Direito Quântico, Editora Max Limonad, São Paulo, 1971.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, in, Licitações e Contratos – Orientações Básicas, Editora do TCU, Brasília/DF, 3ª edição, 2006.