

Reflexões sobre a Aplicação de Sanções Administrativas nas Licitações Públicas

Ronny Charles Lopes de Torres

Advogado da União

1. Introdução. 2. A aplicação de sanções administrativas na Lei nº 8.666/93. 3. As sanções administrativas na Lei do Pregão. 3.1. Da aparente antinomia entre as sanções da Lei nº 8.666/93 e as sanções da Lei nº 10.520/02. 3.2. Competência para aplicação das penalidades. 3.3. Entes federativos e abrangência da penalidade aplicada. 4. Conclusão.

1. Introdução

Embora seja uma atividade vinculada e obrigatória, a aplicação de penalidades decorrentes de irregularidades contratuais, no âmbito das licitações e contratos administrativos, tem-se mostrado uma exceção, causada não pelo bom comportamento das empresas licitantes, mas pela má técnica na elaboração legislativa e pelo pouco incentivo à capacitação dos responsáveis por essa atividade.

Quando transportamos a temática para o ambiente relacionado à modalidade pregão, seja em sua forma presencial ou eletrônica, identificamos algumas nuances que, embora não discutidas amplamente pela doutrina, geram novidades na aplicação de sanções, além de dúvidas na confecção dos editais de licitação e na correta regulação da execução contratual.

Para analisarmos o tema propondo reflexões sobre o assunto em comento, trataremos brevemente sobre as sanções administrativas dispostas pela Lei nº 8.666/93, fazendo seu confronto com o regramento estabelecido pela chamada Lei do Pregão. Desse embate, serão suscitadas algumas reflexões, que serão acompanhadas de nossas ponderações. A intenção não é trazer ou impor respostas prontas para a solução das questões postas, mas fomentar o bom debate, dentro

do qual pretendemos contribuir com a indicação de caminhos que parecem apontar para o tratamento jurídico adequado sobre o tema.

2. A Aplicação de Sanções Administrativas na Lei nº 8.666/93

O regramento sobre o sancionamento administrativo disposto pela Lei nº 8.666/93 se manteve assemelhado ao outrora disposto pelo Decreto nº 2.300/86. Já naquele diploma, a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade eram apresentadas como as sanções aplicáveis às situações de inexecução total ou parcial do contrato. Esse regramento, repetido pelo Estatuto de Licitações, manteve a disposição de regular as sanções apenas para o ambiente da relação contratual,¹ desprezando sua aplicação em razão de irregularidades praticadas no certame pela empresa licitante.

O modelo tradicional também se caracteriza pela falta de tipicidade específica, inexistindo minuciosa descrição legal do fato indicado para a imputação da respectiva sanção. Isso permite que a aplicação da pena seja relegada ao juízo de valor do administrador, de acordo com a prescrição editalícia. Tal situação pode gerar preocupações por permitir proteções, influências e perseguições políticas indevidas na aplicação da penalidade, além de tolher a segurança jurídica,

1. Ao menos é o que indica o texto do art. 87 da Lei nº 8.666/93 ao relacionar a prerrogativa da Administração de aplicação de sanções à "inexecução total ou parcial do contrato".

criando empecilhos à participação de interessados no certame. Essa nuance tem exigido que a aplicação de sanções seja sempre devidamente calculada na proporcionalidade.

Na verdade, há pouca diferença entre o regramento disposto pelo art. 87 da Lei nº 8.666/93 e o outrora estipulado pelo art. 73 do Dec.-lei nº 2.300/86. Vale o registro de que o *caput* dos dispositivos é quase idêntico. Eles se diferenciam pela garantia de prévia defesa acrescentada no art. 87 do atual Estatuto Licitatório, nuance natural ao regime constitucional vigente. Outra sutil diferença tem relação com a possibilidade de aplicação conjunta da sanção de advertência e de multa, ignorada na redação anterior, dada pelo referido decreto-lei.

Nada obstante, com relação ao regramento do art. 87 da Lei nº 8.666/93, destacamos que, embora seu *caput* indique que a Administração “poderá” aplicar sanções, tal atitude não se apresenta como uma livre faculdade do administrador. Este tem o poder-dever de apurar eventuais práticas sancionáveis e aplicar as punições exigíveis, no interesse do serviço público, resguardando sempre a prévia defesa do contratado, que deverá ser ampla, com possibilidade de produção de prova. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já tem admoestado órgãos que se eximem de aplicar as penalidades devidas.²

A aplicação das sanções, além de impor-se como obrigatória, para impedir tolerâncias que prejudiquem o interesse público em detrimento de preferências pessoais, apresenta-se como instrumento de regulação do ambiente licitatório, retirando empresas inidôneas, fraudulentas ou irresponsáveis que comprometem a eficácia das contratações administrativas.

No regime adotado pela Lei nº 8.666/93, a advertência apresenta-se como uma sanção mais leve, que deve ser dirigida proporcionalmente aos acontecimentos contratuais de menor importância. De qualquer forma, diante da necessária garantia de contraditório e ampla defesa, resguardados pelo inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, a opção do legislador de tratar a advertência como sanção, em nossa opinião, foi um erro que gerou um empecilho burocrático ao

efetivo sancionamento no ambiente dos contratos administrativos.

Na prática, a advertência não vem sendo adotada como sanção precedente à aplicação de sanções mais rigorosas, já que a demora na finalização do respectivo procedimento (para que se tenha, ao final, o efeito já firmado com a comunicação inicial) demonstra o despropósito gerado pela tentativa de transformar um processo de comunicação em uma sanção burocrática. A advertência deveria ser utilizada como manifestação formal da Administração de sua insatisfação com alguma conduta do contratado, antecedendo alguma medida mais severa. Livrando-se do antiquado excesso de autoritarismo, quando advertisse, deveria o órgão administrativo chamar a atenção para determinada falha contratual que precisa ser corrigida, sob pena de aplicação de sanção ou mesmo de rescisão contratual. Transformar isso (a advertência) em sanção significa dizer que o efeito de manifestar insatisfação só será juridicamente válido após toda a longa tramitação do processo de sancionamento, com direito a recurso e produção de provas! Essa situação esdrúxula retira a única serventia da advertência: servir como instrumento preventivo de irregularidades prejudiciais à condução do contrato.

Com relação à multa, tratada também no art. 86, tem-se entendido que a ausência de sua previsão no edital (ou contrato apresentado como seu anexo), com o regramento de sua incidência, impede sua imposição. Noutro prumo, firmou-se que a aplicação dessa sanção pode dar-se de forma conjunta com as demais.

Sobre a suspensão, é conhecida a discussão acerca da amplitude de seus efeitos. Para uma corrente, tal amplitude seria semelhante à da declaração de inidoneidade, envolvendo todos os órgãos da Administração. Segundo os que assim pensam, a diferença entre os efeitos das duas sanções estaria no prazo da punição, que no caso da suspensão teria o limite temporal de dois anos, conquanto na declaração de inidoneidade o prazo poderia perdurar sem limite definido. Na inidoneidade, ultrapassado o prazo mínimo de dois anos, a sanção duraria enquanto per-

2. Vide Acórdão nº 2.470/2006 – TCU – 1ª Câmara.