

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE E UM PARALELO ENTRE AS LEIS 8.666/93, 10.520/02 E 12.462/11

ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN TENDERS: AN ANALYSIS AND A PARALLEL BETWEEN THE BRAZILIAN LAWS 8.666/93, 10.520/02 AND 12.462/11

JULIANA THOMASI JOAQUIM¹
LUCIANO ELIAS REIS²

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS 3. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NAS LEIS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 3.1. LEI Nº 8.666/93 3.2. LEI Nº 10.520/02 3.3. LEI Nº 12.462/11 3.4. COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES SANCIONADORES 4 CONCLUSÃO

RESUMO

O presente estudo analisa os três regimes licitatórios no sentido de verificar se os regimes sancionadores neles inseridos correlacionam-se entre si, bem como apontar suas semelhanças e diferenças. Inicialmente aborda-se o conceito de sanções administrativas para, em seguida, verificar as modalidades de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e na Lei nº 12.462/11, considerando-se que aquele que se candidata à licitação assume deveres para com a entidade pública tendo como consequência em caso de descumprimento a imputação destas sanções. Em um comparativo entre os regimes sancionadores observou-se que correlacionam-se entre si, uma vez que as normas da Lei 8.666 podem ser aplicadas subsidiariamente à Lei 10.520, deste modo apenas em caso de que

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba.

² Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Professor convidado de diversas Instituições de Ensino em cursos de Pós-Graduação Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor com artigos publicados também nas seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos); Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos.

esta seja omissa; em relação à Lei 12.462, é possível afirmar que há em partes delimitação quanto à incidência desta.

Palavras-chave: Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/02; Lei nº 12.462/11; Licitação; Sanções Administrativas.

ABSTRACT

This study analyzes the three bidding schemes , in order to verify if the sanctioning regimes inserted them correlate with each other and point out their similarities and differences . First addresses the concept of administrative sanctions to then verify the means of administrative sanctions provided for in Law No. 8.666/93 , Law No. 10.520/02 and Law No. 12.462/11 , considering that one who applies for bidding assumes duties to the public entity with a consequence for noncompliance imputation of these sanctions . In a comparison between the sanctioning regimes is observed correlate with each other since the rules of Law 8668 can be applied alternatively to Law 10,520 , so just in case this is silent ; In relation to Law 12,462 , it is clear that there is no definition as to the incidence of this .

Keywords: Law No. 8.666/93; Law No. 10.520/02; Law No. 12.462/11; bid; Administrative Sanctions.

1. INTRODUÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo utilizado como precedente necessário para a contratação de serviços, obras, alienação e aquisição pelas entidades e órgãos da Administração Pública, conforme determinado pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 505) leciona:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviços ou de uso exclusivo do bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele a mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Assim, aqueles que se candidatarem à licitação, bem como o contratado, assumem deveres para com a entidade pública, tendo o dever de cumpri-los. O descumprimento de uma obrigação prevista na legislação ou pactuado no contrato com a Administração Pública deverá ensejar, durante o processo licitatório ou na execução contratual, a imputação de sanções administrativas.

As ditas sanções são consequências a serem aplicadas pela Administração Pública quando houver a ocorrência de alguma infração administrativa. Atualmente, existem três regimes jurídicos a respeito de licitações inseridos no ordenamento jurídico brasileiro; (I) o regime da Lei

8.666/1993 que contempla normas gerais de licitação e pode ser aplicado a qualquer contratação; (II) os dispositivos da Lei 10.520/2002 que se referem à modalidade pregão para a contratação de bens e serviços comuns; e (III) o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) inserido na Lei 12.462/2011, utilizado inicialmente para contratações relacionadas à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, como também, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.

Em momento posterior o RDC foi estendido às ações integrantes do PAC (art.1º, IV, da Lei n. 12.462/11), às obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS (art.1º, V); às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, VI); às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (artigo 1º, § 3º)³; à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos custeados pelos recursos do Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC - (§ 1º do art. 63-A da Lei nº 12.462/2011)⁴; à modernização, construção, ampliação ou reforma de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários – restrito à utilização pelo Banco do Brasil, nos termos de contrato a ser firmado entre o Banco e a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB - (arts. 1º e 2º da Lei 12.873/2013); às obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II⁵ (§ 4º do art. 54 da Lei 12.815/2013- Lei dos Portos).

Devido à existência destes três regimes licitatórios, busca-se aqui analisá-los para verificar se os regimes sancionadores neles inseridos correlacionam-se entre si, apontando suas semelhanças e diferenças.

³Os incisos IV, V e VI não estavam contemplados no texto original da Lei nº 12.462, foram acrescentados no ano de 2012, por meio da Lei nº 12.688 e da Lei nº12.722, respectivamente e pela Medida Provisória nº 630 em 2013. Já o § 3º do artigo 1º foi inserido pela Lei nº 12.722/2012.

Salienta-se que, em abril de 2014, houve a aprovação pela Câmara dos Deputados a fim de extrair a aplicabilidade do RDC para situações específicas ora comentadas e então espriar a sua aplicação para qualquer caso, porém tal mudança não foi aprovada pelo Senado Federal.

⁴ Inserido pela Medida Provisória 600, de 28/12/2012

⁵ Poderão ser feitas por meio de licitações internacionais e utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS

Ao contratar com a Administração Pública, o particular está sujeito às sanções administrativas disciplinadas nos artigos das Leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11.

Daniel Ferreira (2001, p. 34) conceitua sanção administrativa como a “direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.

Heraldo Garcia Vitta (2003, p. 66) define como “consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administração, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.”

Régis Fernandes de Oliveira (2005, p. 46) deixa claro que se tem a sanção administrativa quando: “o ordenamento jurídico atribui a aplicação da sanção a um órgão administrativo, ou judicial, ou legislativo, no exercício de sua função atípica, possuindo o ato força de presunção de legalidade”.

Pode-se dizer que a diferença das sanções administrativas ante as sanções penais é o seu sujeito ativo, uma vez que o agente competente para impor a sanção administrativa é aquele investido na função administrativa.

Cabe aqui ainda citar a infração e a sanção administrativa, no que para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 813), a infração administrativa é o descumprimento voluntário da norma administrativa, para o qual é prevista uma sanção cuja imposição é de competência de uma autoridade na função administrativa. Para o referido autor, há a necessidade do elemento voluntariedade para a imposição da sanção ao infrator.

Acompanha esse entendimento Daniel Ferreira (2001, p. 50) ao afirmar que a voluntariedade é elemento constitutivo do ilícito, sendo requisito para a sua existência.

Regis Fernandes de Oliveira (2005, p. 66) defende que sem voluntariedade não se pode falar em infração, pois apesar de as condutas serem típicas não são antijurídicas.

Na perspectiva de Eduardo Rocha Dias (1997, p. 15), a infração, em seus dizeres o ilícito, é a conduta prevista na norma, sendo o pressuposto para a aplicação da sanção. Neste mesmo entendimento Fernandes de Oliveira (2005, p. 17) leciona que a infração é um comportamento que contraria a norma jurídica, sendo pressuposto da sanção.

Por assim dizer, sanção e infração são conceitos interligados uma vez que a sanção é consequência direta de uma infração. Não há, portanto, como se falar em sanção administrativa sem que tenha havido uma infração.

Conforme Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 82), “não há ilícito sem sanção, e nem sanção sem ilícito. Os dois conceitos estão sempre vinculados. Uma conduta é ilícita porque, de acordo com o ordenamento jurídico, sua ocorrência conduz à imposição de uma sanção”.

Outra questão a ser apresentada é se a Administração poderia deixar de aplicar a sanção diante de uma infração cometida. Conforme ensinamento de Ferreira, não se pode deixar de aplicar uma sanção mediante critérios de oportunidade e conveniência, a imposição de sanções deve ser entendida como dever, e não como faculdade (FERREIRA, 2001, p. 43).

O Tribunal de Contas da União tem constantemente reverberado em suas decisões o dever de aplicar a sanção administrativa quando houver infração, ainda que haja a possibilidade de ocorrência de discricionariedade na escolha da sanção mais proporcional e razoável:

No caso de indícios de fraude à licitação, deve a Administração autuar processo administrativo contra as empresas participantes do esquema fraudulento, com o fim de declará-las inidôneas, sendo que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções aos servidores omissos (...) a unidade técnica sugeriu, e o relator acolheu, que os gestores públicos fossem alertados sobre a necessidade de autuarem processo administrativo contra as empresas participantes da fraude, com o fim de declará-las inidôneas, deixando claro, ainda, que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções aos servidores omissos, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993. A proposta foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 2143/2007, 785/2008 e

1433/2010, todos do Plenário. (*Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011*).

Assim, a prática de uma infração por um licitante ou contratado, impulsiona o dever de a Administração Pública obrigatoriamente apurar a falta e aplicar-lhe como consequência a sanção administrativa cabível e justa.

3. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NAS LEIS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A partir de cada uma das leis de licitação, far-se-á uma explicitação sobre as várias sanções administrativas por elas arroladas.

3.1. LEI Nº 8.666/93

A Lei 8.666 de 1993 contempla normas gerais de licitação, e na seara de sanções esta prevê, nos termos dos artigos 86 e 87, quatro espécies de sanções administrativas em decorrência de atraso, inexecução parcial ou total do contrato:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Dentro deste contexto, a **advertência** é considerada uma espécie de sanção administrativa mais branda, tendo efeito de natureza moral e de restrição de direitos. Marçal Justen Filho (2012, p.1019) afirma que sua imposição pressupõe-se condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta.

Assim, também leciona Lucas Rocha Furtado (2003, p. 460), “para as pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência.”

Esta sanção possui a prioridade de prevenir que a falta venha a inviabilizar a execução do contrato, obrigando a Administração a rescindi-lo (PEREIRA JUNIOR, 2002, p. 789).

A advertência transluz a capacidade de a Administração Pública constatar a existência de uma infração administrativa que não gera grandes prejuízos, seja numa análise do caso concreto, seja pelo fato de o contrato ou o instrumento convocatório já ter tipificado tal infração como sendo incursa na advertência.

Insta registrar que a notificação no decorrer do contrato com o intuito de advertir ou repreender o contratado sem o devido processo administrativo sancionador não pode ser considerado como advertência sanção, pois esta demanda processo administrativo sancionador devidamente formalizado.

Por outro lado, a **multa**, segundo Régis Fernandes de Oliveira (2005, p.113) é a “sanção de tipo pecuniário que atinge o patrimônio do transgressor de uma norma administrativa, a título de dano presumido da infração, ou de cunho meramente punitivo”.

A matéria a que se refere esta sanção está disciplinada no artigo 86 e 87 da Lei 8.666/93. De acordo com *caput* do artigo 86, a multa deve estar prevista no instrumento convocatório da licitação ou no contrato.

O artigo 56 da Lei 8.666/93 autoriza a Administração, em relação às contratações de obras, serviços e de compras, a exigir a prestação de garantia, dessa maneira, o valor da multa será abatido da referida garantia exigida no contrato. Segundo Lucas Rocha Furtado (2009, p. 463):

Tendo sido exigida a prestação de garantias do contrato, nos termos do artigo 56, e havendo débito do contratado para com a

Administração contratante ou de multas aplicadas ao contratado, pode a Administração apropriar-se diretamente da garantia prestada, independentemente da propositura de qualquer ação judicial.

O art. 80, incisos III e IV da Lei 8.666/93 dispõem:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...)

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Assim, acaso o valor da multa for superior ao da garantia prestada, além da execução integral desta, responderá o contratado por sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, cobrada judicialmente (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 400).

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 828), por mais grave que tenha sido a infração praticada, as multas não podem ter caráter confiscatório, isto é, seu valor ser tão elevado que acabe por compor um verdadeiro confisco.

Recorda-se que a multa poderá ser compensatória (punitiva) ou moratória (retardamento), entretantes não se verticalizará sobre o assunto neste ensaio haja vista a complexidade do tema.

Em relação à **suspensão temporária de participação em licitação**, quando aplicada, o particular ficará proibido de participar de licitações e contratações futuras pelo prazo de até dois anos. Esta é considerada sanção de alta gravidade, e, portanto, implica a prática de infração proporcionalmente séria.

Segundo Marçal Justen Filho (2013, p. 582) a aplicação da referida sanção depende de discriminação expressa dos pressupostos de sua aplicação, por meio de lei ou ato convocatório. Sendo assim, “não se admite escolha discricionária por parte da Administração Pública quanto a tais pressupostos”.

Com relação à competência para a imposição desta medida sancionadora, Marçal assevera que “é uma providência abrangida nas atribuições de gestão do órgão contratante, cabendo a sua aplicação à

autoridade indicada nos atos de organização administrativa” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1020).

Assim, a suspensão de participar de licitações e contratos, restrita ao âmbito da entidade administrativa que aplicou a sanção, não produz efeito almejado pelo sancionamento a outros órgãos e entidades da Administração Pública.⁶

Já, em se tratando da **declaração de inidoneidade**, Jessé Torres Pereira Junior (2012, p. 790) destaca esta como "a mais rigorosa das sanções, posto que afasta o apenado das licitações públicas por prazo indeterminado (...)". Apesar de não possuir prazo determinado, passados dois anos da aplicação desta sanção, o licitante ou contratado apenas poderá solicitar a sua reabilitação (ROCHA FURTADO, 2003, p.460).

Ainda que a lei não deixe de modo cristalino o prazo para a declaração de inidoneidade, parece-nos que pela interpretação sistemática do sistema jurídico brasileiro, inclusive da Constituição que veda pena perpétua, os efeitos da sanção surtirão por dois anos a partir do ressarcimento ao erário quando este for determinado pela decisão administrativa condenatória transitada em julgado.

Conforme leciona Lucas Rocha Furtado a declaração de inidoneidade possui âmbito mais amplo que a suspensão ao direito de licitar e contratar, esta tem efeito, enquanto não reabilitado, em toda a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta. E com relação a sua aplicação o autor afirma que tão somente poderá ser imposta por Ministros de Estado ou qualquer autoridade hierarquicamente equivalente (2003, p. 460).

Conquanto a lei estabeleça a competência exclusiva nos termos para a aplicação da declaração de inidoneidade, não nos parece que o parágrafo terceiro do artigo 87 possa impor que a sanção será aplicada exclusivamente pelo Ministro, Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, isto porque a distribuição de competências (atribuições normativas) incumbe a cada ente federativo (autonomia federativa preceituada no artigo 18 da Constituição). Desse modo, pode-se até aquiescer que no âmbito do Poder Executivo

⁶ Sobre a discussão do assunto e extensão dos efeitos da sanção de suspensão temporária do direito de licitar e impedimento de contratar com a Administração, vide [JUNKES, Rodrigo Vissotto; REIS, Luciano Elias . Sanções administrativas em licitações. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 159, p. 473, 2000.](#)

Federal, tal sanção é de competência exclusiva do Ministro, todavia tal assunto poderá ser disciplinado de maneira diversa nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Pelo exposto acima, conclui-se que a declaração de inidoneidade seria uma sanção de aspecto retributivo e aflitivo, orientada a sancionar aquele que tivesse praticado uma conduta por si reprovável, não seria assim, um instrumento destinado a levar o sujeito a promover o adimplemento do contrato, ainda que, conforme explanado, a eliminação dos efeitos nocivos de seu inadimplemento seja requisito para sua reabilitação (JUSTEN FILHO, 2012, p.1021).

3.2. LEI Nº 10.520/02

A Lei 10.520 de 2002 trata da modalidade de licitação denominada pregão e tem aplicação para a contratação de bens e serviços comuns. Caracteriza-se precipuamente por inverter as fases do processo licitatório estabelecidas pela Lei 8.666/93, ocorrendo primeiro a abertura das propostas dos licitantes e, por seguinte, é procedido o julgamento da habilitação dos mesmos.

As espécies de sanções administrativas deste regime estão elencadas no seu artigo 7º. Desta maneira passa-se a discorrer a respeito das modalidades de sanções por este artigo, o que per si já estabelece uma notável diferença em relação às espécies do artigo 87 da Lei 8.666.

Inicialmente aborda-se a **multa**, na qual não se observa grande mudança em face à estipulada na Lei. 8.666/93, havendo diferença apenas com relação às suas previsões.

Há necessidade de previsão em edital e contrato para a aplicação desta sanção. Se o edital ou o contrato nada dispuser, logo é inaplicável a mesma. O mesmo raciocínio ocorre se a estipulação estiver contaminada por cláusulas patológicas. A redação do artigo 7º da Lei 10.520/02 traz essa condição explicitamente ao afirmar: "... sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais". Neste sentido Joel de Menezes Niebuhr (2006, p. 138) afirma que com relação à multa referente na Lei 8.666/93, esta deve estar prevista no edital ou no contrato, sugerindo alternativas e não necessariamente constar em ambos. Já a prevista na Lei

10.520/02 deve estar estipulada no edital e no contrato, “logo a previsão isolada, em um ou em outro, não é suficiente”.

Adverte ainda Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2011, p. 556) que a aplicação de tal espécie de sanção administrativa deve se orientar por critérios de adequação à infração praticada, assim imprescindível à observação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso do **impedimento de licitar e contratar**, destaca-se que aquele que cometer quaisquer das infrações estabelecidas no artigo 7º da Lei 10.520/02 contará com este impedimento com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos.

Tal preceito é geral e não pode ser alterado por legislação local, por determinação do princípio da legalidade. A lei que deve fazê-lo e tratando-se de licitação, é a lei geral que deve tratar do seu regime, conforme leciona Vera Scarpinella (2003, p. 164).

Com relação à abrangência desta sanção, Vera Scarpinella (2003, p.164) assevera que o licitante que cometa "quaisquer das infrações previstas no art. 7º da lei e for sancionado por um dado Município, por exemplo, carrega consigo a sanção para quaisquer outros pregões de que pretenda participar em todas as esferas administrativas”.

Entretanto, Marçal Justen Filho (2009, p. 252) vai de encontro a esse entendimento, posicionando-se no sentido de que a suspensão ao direito de licitar e contratar restringe-se ao âmbito do ente federativo que aplicar a sanção, assim “não teria afetada sua inidoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federativo”. O infrator não ficará impedido de participar apenas de licitação, como também de contratar diretamente, mesmo sem licitação.

Observa-se que o autor faz alusão à sanção de declaração de inidoneidade, podendo vir a trazer dúvidas quanto à aplicação desta sanção na modalidade pregão. Caso fosse possível impor a referida sanção, seria aplicável ao regime sancionatório do pregão o artigo 87, parágrafo 3º da Lei 8.666/93, segundo o qual somente e com exclusividade, Ministros, Secretários de Estado ou de Município, têm competência para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, uma vez que, a Lei 10.520/02 não faz previsão

expressa com relação à competência para a imposição da sanção de impedimento de licitar e contratar (SCARPINELLA, 2003, p. 165).

Ocorre que, conforme asseveram Luciano Elias Reis e Rodrigo Vissotto Junkes (2007, p. 473): "Como a Lei nº 10.520/02, em seu art. 7º, prescreveu de modo expreso e literal acerca de sanções administrativas, não nos parece possível que haja a aplicação de declaração de inidoneidade em um contrato advindo de pregão".

Deste modo, não podem ser aplicadas as espécies de sanções administrativas estipuladas no regime sancionador da lei 8.666/93 aos procedimentos licitatórios regulados pela lei do Pregão.

Ainda, vale acrescentar que a sanção de impedimento de licitar e contratar, por ser uma sanção de gravidade elevada, deve ser aplicada com a devida cautela para que não ultrapasse a medida necessária do sancionamento, assim, indispensável à observação do princípio da proporcionalidade para aplicação desta sanção.

Trata-se a seguir da sanção de **descredenciamento**. Esta objetiva impedir que o licitante ou contratado participe de novos pregões até que termine os efeitos do sancionamento. Afirma Marçal Justen Filho (2009, p. 252) que "essa consequência é lógica e pressupõe que o sujeito esteja cadastrado. Mas é evidente que o sancionamento do artigo 7º impede também que o punido se cadastre supervenientemente, até que se exaura o prazo da sanção".

Conforme entendimento de Joel Menezes Niebuhr (2006, p. 257), esta espécie de sanção administrativa se aplica para os sistemas de cadastramento de cada ente federativo, por exemplo, se dá no âmbito federal no que diz respeito ao credenciamento junto ao SICAF. Ainda justifica ao afirmar que este fato é resultado do "princípio federativo, em que cada ente é dotado de autonomia política e administrativa. Logo, cada ente federativo goza de autonomia para tomar as suas próprias decisões administrativas, e, em princípio, não deve ser compelido a aceitar penalidade aplicada por seus pares".

Ainda observa-se pelo disposto no referido artigo que será possível cumular a sanção de descredenciamento com o impedimento de contratar e licitar.

Atualmente, somente em situações excepcionalíssimas é utilizado o descredenciamento, isto porque tal conduta enseja a rescisão de todos os contratos já celebrados pela empresa com a Administração detentora do cadastro, já que os pagamentos são vinculados ao cadastro de fornecedores.

Por fim, o artigo 9º da referida Lei afirma que “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993”, e pela interpretação deste, as normas da Lei 8.666 só podem ser aplicadas caso a lei do pregão seja omissa, de tal modo que o ente administrativo não pode optar pela aplicação de um ou outro regime sancionador.

Como inexistente omissão quanto às sanções aplicadas no pregão, já que estão previstas expressamente no artigo 7º, logo não há que se falar em aplicabilidade dos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

3.3 LEI Nº 12.462/11

O Governo Federal em agosto 2011 instituiu uma nova modalidade de licitação denominada Regime Diferenciado de Contratações – RDC, disciplinada na Lei 12.462 do ano de 2011.

Não diferente dos outros regimes licitatórios, o RDC também prevê a aplicação de sanções administrativas aos licitantes e contratados que não cumprirem o estipulado no edital e no contrato administrativo. Estão previstas em seu artigo 47 que dispõe quase na sua totalidade situações que acarretam o impedimento de contratar e licitar pelo prazo de até cinco anos, como também a possibilidade de aplicação de multa. O rol de condutas apresentadas aproxima-se muito da redação trazida pelo art. 7º da Lei do Pregão, inclusive traz a sanção de descredenciamento.

Além disso, observa-se pela redação do § 2º que há a determinação de aplicação integral do Capítulo IV da Lei 8.666/93, sem qualquer delimitação.

Com relação à recusa imotivada da adjudicatária em celebrar o contrato com a Administração Pública, a Lei 12.462/11 em seu artigo 40 impõe também o sancionamento.

Assim, conclui-se que a Lei 12.462/11 não traz grande inovação jurídica em matéria de sanções administrativas, apesar de confusões acerca de quais sanções serão aplicadas de acordo com o ilícito praticado.

3.4 COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES SANCIONADORES

Após a abordagem descritiva a respeito das leis de licitações no aspecto dos seus regimes sancionadores, aprecia-se aqui a possível existência de comunicação entre eles, sendo esse o principal objetivo deste ensaio.

A Lei 8.666 de 1993 estabelece normas gerais de licitação e contratos administrativos, podendo ser aplicada a qualquer contratação. Esta traz em seu artigo 87 as quatro espécies de sanções administrativas já citadas: "I – advertência; II – multa; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública".

Assim, aquele que provocar a inexecução parcial ou total do contrato estará por consequência sujeito às sanções estabelecidas neste artigo, bem como aqueles agentes que praticarem alguma conduta prescrita no artigo 88.

Já a matéria de sanções administrativas referente à Lei 10.520/02 está disciplinada no seu artigo 7º, o qual estipula as sanções de descredenciamento e impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, bem como a aplicação de multa.

O artigo 7º deve ser conjugado com o artigo 9º da referida Lei o qual afirma que “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993”, e pela interpretação deste, as normas da Lei 8.666 só podem ser aplicadas caso a lei do pregão seja omissa, de tal modo que não se pode optar pela aplicação de um ou outro regime sancionador. Neste sentido, as sanções dos incisos III e IV do artigo 87 são inaplicáveis ao pregão.

No que se refere à multa, não há grande diferença entre a Lei 8.666 e a Lei 10.520, porque está preconizada em ambas e será disciplinada pelo edital e/ou pelo contrato.

No que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, estipulado na Lei 12.462/11, constatou-se que o *caput* do art. 47 elenca condutas que ensejam a aplicação da sanção de impedimento de contratar e licitar com os entes da Federação pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato. Estas

condutas se assemelham ao art. 7º da Lei 10.520, e ainda, o seu § 1º reproduz com adaptações a sanção de descredenciamento.

Todavia o § 2º do art. 47 traz a seguinte redação: "As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei", o que determina a possibilidade de uso dos artigos 81 a 108 da Lei 8.666.

Entretanto, ao contrário do artigo 9º da Lei do Pregão, o qual determina apenas a aplicação subsidiária das normas de Lei 8.666, o referido parágrafo não delimita a aplicação subsidiária dos dispositivos desta lei, deixando espaço para que o ente administrativo aplicador da sanção possa optar pela escolha do regime sancionador de uma lei ou de outra. Infelizmente esta interpretação sistemática e literal poderá acarretar inúmeras confusões e muita insegurança jurídica, isto porque primeiro o *caput* e o § 1º do art. 47 determinam a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração, e como consequência da imposição dessa sanção, o descredenciamento do licitante dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõe a Autoridade Pública Olímpica. Na sequência estabelece a aplicação na integralidade do capítulo das sanções administrativas e da tutela judicial da Lei 8.666.

Assim, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas não traz grandes inovações no seu regime sancionador, apenas reproduz o disposto nos regimes das Leis 8.666 e 10.520 e ainda no seu § 2º deixa o licitante e o contratado sem segurança, uma vez que fica sem saber qual será a consequência aplicada ao praticar qualquer das ações previstas no artigo 47, pois o legislador confere ao aplicador uma possível e pretensa escolha entre a sanção prevista no *caput* ou entre todas as sanções previstas no capítulo IV da Lei 8.666. Para evitar inseguranças maiores, parece-nos que todas as infrações não estatuídas expressamente nos incisos do artigo 47 serão submetidas às sanções da Lei nº 8.666, já aquelas previstas nos incisos do artigo 47 deverão necessariamente, em virtude da tipicidade, restringir-se àquelas sanções do *caput*.

4. CONCLUSÃO

As sanções administrativas são consideradas ferramentas essenciais que objetivam reprimir e/ou prevenir infrações, desta maneira, possuem um processo bastante complexo principalmente no que concerne à concretização da atividade sancionadora.

É de suma importância citar que não se busca um sistema sofisticado, e sim eficiente e confiável em relação a sua aplicação.

A Lei nº 8.666 traz as normas gerais de licitação podendo ser aplicada a qualquer licitação e contrato, e apresenta no seu artigo 87 quatro espécies de sanções sendo a advertência, a multa, a suspensão temporária e declaração de inidoneidade.

Assim, a partir do momento em que se busca um quadro comparativo com os outros regimes existentes observa-se primeiramente que esta Lei em geral aplica-se subsidiariamente à Lei nº 10.520, todavia o artigo 7º é suficiente para prever as sanções desta modalidade e dos contratos decorrente dela, alijando o uso da Lei nº 8.666.

Em se tratando da Lei nº 12.462, destaca-se que esta normatização não trouxe inovações significativas ao mundo jurídico do ponto de vista de novas sanções, todavia a redação do artigo 47 e seus parágrafos demandam uma atenta e esmerada interpretação para evitar a inaplicabilidade de comandos normativos.

Portanto, observou-se o tratamento normativo conferido nas três legislações e a imperiosidade de maior aprofundamento no estudo e na aplicação dos regimes sancionadores.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5.ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo, Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Editora Zênite, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

REIS, Luciano Elias; JUNKES, Rodrigo Vissotto. Sanções Administrativas em Licitações. Curitiba: **Zênite**, n. 159, p. 473, mai. 2007.

ROCHA DIAS, Eduardo. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo, Editora Dialética, 1997.

ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.