

## **As sanções administrativas e a nova lei: em busca de um cenário racional para penalizar agentes infratores e proporcionar segurança jurídica ao ambiente das compras públicas**

Por Luciano Elias Reis. Advogado, Árbitro e Parecerista. Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili – Espanha. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Diretor do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto Nacional de Contratações Públicas. Autor de livros e artigos. Sócio do Reis & Lippmann Advogados Associados. E-mail: [lucianoereis@yahoo.com.br](mailto:lucianoereis@yahoo.com.br) ou [luciano@rcl.adv.br](mailto:luciano@rcl.adv.br).

### **Introdução**

Indubitavelmente, em que pese os poucos artigos retratando sobre as sanções administrativas em sede de licitações e contratos administrativos na novíssima lei de licitações, pode-se visualizar um elevado avanço para nortear os agentes públicos em sua atuação persecutória a partir de infrações cometidas e também para assegurar os direitos e as garantias aos terceiros assujeitados nesse regime jurídico de relação especial.

Se antes a falta de compreensão de como se devia procedimentalizar um processo administrativo sancionatório, ou também chamado de processo administrativo sancionador ou processo de apuração de responsabilidades, era motivo (ou “bengala”) para alguns órgãos e entidades públicas não instaurarem e sequer aplicarem sanções, agora a realidade muda.

Na nova lei foram prescritas desde a fixação de regras sobre a composição da comissão de agentes para conduzir o processo até o estabelecimento em norma (especial) de quem é a autoridade competente para aplicar a respectiva penalidade.

Portanto, a incerteza ou até desculpa para não sancionar aqueles que pratiquem infrações administrativas durante um certame ou na execução contratual não existe mais.

Doutro lado da moeda, os agentes econômicos que atuam com o poder público, sejam privados ou até públicos, devem ficar contentes com a previsibilidade de diversos pontos acerca do regime sancionador, já que a certeza do que e como poderão ser responsabilizados está prescrito na lei.

Apesar desse espectro favorável rapidamente esposado neste introito, não se pode deixar de fazer alguns apontamentos críticos sobre o texto legal e como será a melhor forma de extrair normas dali, razão pela qual se espera que as ideias aqui lançadas sirvam de reflexão aos milhares de operadores de compras públicas no Brasil.

## **2. O estado da arte do texto legal**

O texto normativo da Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021, aportou sobre sanções em diversas oportunidades:

(i) seu cabimento em caso de não assinatura do contrato nos termos do artigo 90, o que já acontecia no artigo 81 da Lei 8.666;

(ii) aplicação de sanção administrativa, inclusive, para contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro com esteio no artigo 73, o que a priori não continha algo igual na Lei 8.666, mas similar no artigo 25, § 2º;

(iii) viabilidade de sancionar o contratado em um contrato de eficiência que porventura não tenha cumprido com a meta pactuada;

(iv) sua explicitação como cláusula exorbitante no artigo 104, assim como ocorria com o artigo 58 da Lei 8.666/93;

(v) previsão de sanção para aquele contratado que descumprir com o prazo ajustado em contrato de escopo, consoante regra do artigo 111, o que não encontra equivalência na Lei 8.666/93 e aparentemente foi colocado para evitar discussões (e até clemência) acerca dos efeitos da continuidade temporal de um ajuste de escopo após o termo final contratual, ou seja, difere adimplemento da “obrigação de fim” prevista com o das “obrigações de meio” e regulamentares como é o caso do prazo;

(vi) o seu uso para situações de extinção unilateral do contrato por falha do contratado com base no artigo 139, o que possui equivalência à previsão do artigo 80 da Lei 8.666;

(vii) um capítulo específico no título “Das Irregularidades” em que delinea sobre diversos aspectos sobre infrações e sanções administrativas, sendo que na Lei 8.666 havia algo mais sucinto nos artigos 81 a 88;

(viii) os recursos cabíveis em face da aplicação de sanções administrativas nos artigos 166 e 167, o que possuía a Lei 8.666 em seu artigo 109;

Como se visualiza acima, alguns dispositivos encontram parença com o que já possuía na Lei Geral de Licitações e Contratos anterior<sup>1</sup>, no entanto algumas prescrições são novas e principalmente o capítulo específico de “infrações e sanções administrativas” é mais completo ao do regime pretérito.

**As infrações e as sanções administrativas na nova lei: como alinhar tipicidade, segurança jurídica e racionalidade na tomada de decisão**

---

<sup>1</sup> Ainda que se saiba que o marco regulatório de licitações e contratos anterior à Lei 14.133 era mais amplo e não se resumia à Lei 8.666, tanto que por diversas vezes fiz esse apontamento crítico em artigos, livros, ensaios e palestras.

Infringir significa desrespeitar, violar ou descumprir com alguma previsão pactuada, já sancionar é uma resposta para aquele que infringe. Percebe-se uma interrelação entre infração e sanção como, respectivamente, antecedente e consequente. A sanção é um revide para aquele que pratica uma infração.

Como diz Daniel Ferreira, infração é o comportamento voluntário violador de uma norma de conduta que enseja no exercício da função administrativa uma consequência jurídica restritiva de direitos.<sup>2</sup> Do ponto de vista analítico-formal, enuncia como “o comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”.<sup>3</sup> Para que seja caracterizada uma infração é imprescindível que o comportamento querido pela norma e desrespeitado por algum agente tenha sido previamente estipulado como de cumprimento obrigatório. Quando se escreve “querido” pela norma é porque ficou prescrito o dever de obediência para fazer ou não fazer algo, deixar ou não deixar de entregar algo, agir ou abster de determinado comportamento, ou impedir ou não deixar de impedir algo. Podem existir previsões mais abertas ou mais fechadas como, respectivamente, agir eticamente perante os servidores do órgão contratante ou entregar até o dia 10 do mês o documento X. Assim como, estipulações em um edital ou contrato que demandem uma série de atuações além do contido na regra, por exemplo, possuir um sistema de compliance. Não basta que entregue uma declaração de que tem um programa de compliance em sua empresa, mas precisará demonstrar por meio de documentos e indicadores de que o seu sistema de fato existe, opera efeitos práticos e alcança a finalidade idealizada pela norma.

De todo modo, é inconteste que ninguém comete uma infração se não houver a fixação de que aquele comportamento deve ou não ser concretizado, conquanto o agente não tenha presciência de seu cometimento. Pode até ser que alguém não saiba da previsibilidade e cometa infração, o que por si não descaracteriza o enquadramento da conduta como infracional.

Feitos tais comentários iniciais, insta pontuar que a Lei 14.133 preceituou uma série de infrações passíveis de serem praticadas pelo licitante ou pelo contratado, mais precisamente quando: (i) dar causa à inexecução parcial do contrato; (ii) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; (iii) dar causa à inexecução total do contrato; (iv) deixar de entregar a documentação exigida para o certame; (v) não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; (vi) não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; (vii) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; (viii) apresentar declaração ou

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63

<sup>3</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; (ix) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; (x) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; (xi) praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; ou (xii) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O *caput* do artigo 156 foi bastante explícito ao mencionar que o agente infrator pode ser um licitante ou um contratado, sendo que não se pode esquecer ainda que o artigo 90 também situa o adjudicatário como sujeito passível de ser responsabilizado administrativamente. Quando da redação do artigo 87, *caput*, da Lei 8.666 poderia se aventar uma interpretação literal de que somente estariam passíveis de penalização os contratados, não ali abarcando os licitantes, salvo no que se refere ao contido no artigo 88. A Lei do Pregão na descrição infracional, conforme redação do artigo 7º, foi mais adequada ao contexto de descumprimento obrigacional em um processo complexo e amplo de uma contratação pública, que envolve a licitação (fases interna e externa) e o contrato (e sua execução), tanto que apontou diversas condutas que seriam típicas de licitantes.

O próprio Tribunal de Contas da União deliberou e decidiu por diversas vezes que condutas reprováveis de licitantes durante a condução do certame deveriam ensejar a abertura de processo sancionador e a aplicação da respectiva sanção, consoante se observa do paradigma Acórdão 754/2015 – Plenário.<sup>4</sup> Com isso, os mais diversos atos colusórios, anticompetitivos, imorais e de simulação de disputa deveriam ser censurados, evitando assim “licitantes coelhos”, a figura do “sombra”, “desistentes de propostas profissionais”, entrega proposital de documentos faltantes de habilitação, dentre outros.

Ainda que o rol de infrações seja uma aspiração de muitos operadores do Direito para gerar a maior previsibilidade e consequentemente segurança jurídica a partir da tipicidade fechada, deve-se pontuar que diversas causas ali indicadas aludem a outros documentos normativos com uma plêiade de normas (não autônomas ou chamadas dependentes) de conduta fixadas (como é o caso de inexecutar alguma obrigação contratual prevista no contrato ou ainda no ato convocatório).<sup>5</sup>

A mais, tem remissões inclusive de natureza aberta com significativa margem de amplitude e até discricionariedade administrativa, tal como ocorre na infração “coringa” que é

---

<sup>4</sup> “Os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/02, sob pena de responsabilização.” (TCU, Acórdão 754/2015-Plenário, TC 015.239/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 8.4.2015).

<sup>5</sup> “Aí reside a principal função do tipo: conferir ao cidadão a possibilidade de escolher entre o certo e o errado bem como informá-lo sobre as consequências de suas opções. Assim, somente poderão ser consideradas infrações aqueles comportamentos anteriormente previstos na norma como tais. Trata-se da exigência de *lex previa*. Outra decorrência do princípio da tipicidade é a obrigação de definir ou descrever de forma satisfatória a conduta infracional e a sanção respectiva.” (ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74).

“praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial. O referido dispositivo legal preceitua diversos conceitos juridicamente indeterminados ou, no mínimo, de ampla extensão hermenêutica ao aplicador, como se observa das tipificações: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Se não bastasse a vastidão de significados práticos que podem ser extraídos do texto da lei para a inteligência da norma adequada, poder-se-ia colocar como ponto positivo que agora a tipicidade não seria mais mitigada, pois o legislador asseverou quais são as sanções de acordo com as infrações emolduradas consoante regra do artigo 156, § 2º, § 4º e § 5º. Ainda que existam indicações nos referidos parágrafos, tais devem ser sempre obtemperadas de acordo com as condições do caso concreto e vistas como um parâmetro máximo (teto). Ou seja, se o enquadramento for no inciso I do artigo 156, deve ser aplicada no máximo advertência, que é o teto. Da mesma forma, se for inciso XII, máximo de declaração de inidoneidade. A lei ainda tentou flexibilizar esse teto ao indicar no § 4º que as infrações postas nos incisos ali referidos poderiam desencadear uma sanção mais severa se as condições justificarem.

Por conseguinte, em que pese o entusiasmo visto por alguns estudiosos do tema, não creio que ficou afastada a tipicidade mitigada no processo administrativo sancionador em sede de licitações e contratos, por dois motivos: (i) em razão dos conceitos e necessidade de interpretação de diversas infrações expostas nos incisos do artigo 156 e (ii) sempre haverá a necessidade de aplicar o direito com espeque nas regras e nos princípios do regime jurídico administrativo, o que impõe inclusive a observação dos princípios (ou regras) da proporcionalidade e da razoabilidade.

A proporcionalidade está expressamente preconizada na nova lei de licitações quando da redação do artigo 156, § 1º, ao prever estândares que deverão ser testados na aplicação e calibração das sanções: (i) a natureza e a gravidade da infração cometida; (ii) as peculiaridades do caso concreto; (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os danos que dela provierem para a Administração Pública; (v) a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Em sentido prescritivo e balizador para a aplicação da legislação nacional, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também ecoa

que: (i) na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; e (ii) serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Compreender pela vinculação peremptória das penalidades arroladas às infrações dos tipos legais seria simplesmente aniquilar uma avaliação da conformidade do caso com os princípios do regime jurídico administrativo, uma vez que se ateria tão somente ao princípio da legalidade. Deve-se pensar no princípio da juridicidade para perscrutar se a situação fática coaduna com a legalidade e com os demais princípios da ordem jurídica.

Por tais razões, impossível que um agente público quando da tomada de decisão para aplicar uma sanção administrativa com base na nova lei de licitações fique vinculado peremptoriamente às sanções arroladas nos parágrafos do artigo 156, mas sim que usem tais previsões como sanção teto que poderão ser arrefecidas a partir da análise dos princípios e das demais regras jurídicas aplicáveis ao caso.

### **As finalidades e os efeitos das sanções: necessidade de uma visão colaborativa do Poder Público junto ao parceiro**

As sanções administrativas têm a finalidade de proteger o interesse público ao alertar e/ou afastar potenciais fornecedores que venham a descumprir com as normas de comportamento designadas. O alerta e o afastamento ocorrem no momento pré-contratual, contratual e pós-contratual. Não é objetivo da sanção que a Administração Pública aufira renda patrimonial com multas ou venha a influenciar o mercado com alijamento de potenciais fornecedores ou publicização de maus comportamentos. Desse modo, o interesse público será preservado e protegido direta e indiretamente pelas sanções administrativas.

Por sua vez, os efeitos delas sobre os fornecedores é de repreender e de educar. Repreender para que o sujeito se sinta censurado por ter descumprido com o pactuado ao cometer uma infração. Educar para que o mesmo não reitere aquela conduta não querida pela Administração Pública contratante, assim como sirva de exemplo para outros players do mercado terem responsabilidade ao participarem de negócios públicos e o cometimento de infrações não haverá complacência.

Consequentemente, tanto pelas finalidades como pelos efeitos, é incontroverso que a atuação administrativa por meio de sanções em sede de licitações e contratos influencia os agentes no mercado quando sua ação sancionadora pode impactar com a diminuição patrimonial ou com impedimentos diretos e indiretos à seara de licitações e negócios com o Poder Público. Por isso, recomenda-se muita serenidade ao aplicar penalidades, já que a própria Administração Pública poderá

produzir uma limitação ou uma distorção entre os players do mercado a partir de uma seleção adversa causada pelo uso equivocado (ou excessivo) da força sancionatória. O parceiro privado é um colaborador indispensável ao interesse público, razão pela qual não se pode fruir de prerrogativas legalmente conferidas (cláusulas exorbitantes), como é o caso das sanções, sem racionalidade e percepção holística de suas atividades, sob pena de a própria Administração Pública ser a causadora do engrandecimento exponencial de futuros transgressores via alijamento de bons fornecedores pelo uso exagerado e insciente do seu múnus.

### **Advertência**

A advertência é uma sanção administrativa. Advertir como mera notificação é completamente distinto de advertir como penalidade. De um lado no dia a dia da execução contratual é natural e habitual que o fiscal ou o gestor venha a notificar sobre algum problema nas obrigações de responsabilidade do contratado, até porque a formalidade no relacionamento público-privado é indispensável em razão do regime jurídico-administrativo (v. g. regra de necessidade de materialização dos atos administrativos por meio de atos escritos, publicidade, dentre outros) e também como um fator de segurança para o negócio em si. Doutro lado, a advertência como sanção administrativa deve ser utilizada para situações de infrações que ultrapassam meros ajustes ou irregularidades de operação da execução que são saneáveis por “advertência-notificação”.

Como penalidade administrativa leve deve ser usada para infrações de mesma estatura, qual seja, leve. O ato convocatório e/ou o contrato deverão inclusive fixar algumas hipóteses passíveis de aplicá-la. A sua aplicação é uma resposta da Administração Pública em face do fornecedor para mostrar que transgressões não serão toleradas, que está atenta à correção da execução contratual, que futuras penalidades a levaram em conta para fins de dosimetria, que poderá ser usada para fins de reincidência e que os fiscais e os gestores – inclusive em razão de possíveis substituições de servidores para tais missões - deverão estar “mais” vigilantes na atuação do fornecedor.

A própria publicização da advertência por meio de portais públicos, assim como acontece na inserção junto ao SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores) no âmbito federal ou em outros similares dos demais entes federativos, corroboram com o viés repressivo e pedagógico da sanção. Ademais, quando futuramente os órgãos e entidades públicos fizeram um ranking de fornecedores (espécie de cadastro positivo ou “rating”) tal como acontece no âmbito da Petrobrás, as advertências servirão como critérios para a valoração.

O procedimento para aplicar uma sanção de advertência não ficou estabelecido na Lei de Licitações, o que tem gerado certas dúvidas sobre sua efetiva necessidade. Mesmo silente, é inquestionável a imperiosidade de processo administrativo sancionador para aplicar uma advertência, até porque a Constituição da República Federativa do Brasil não criou essa exceção como se interpreta

a partir do artigo 5º, incisos LIV e LV. Devem ser assegurados todos os direitos e garantias do fornecedor como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, motivação, impessoalidade, dentre outros vetores principiológicos.

Observando o viés prático e operacional aos operadores de compras públicas no Brasil, recomenda-se que o ato convocatório e/ou contrato fixe as regras para o processo que aplicará advertência. Estabeleça principalmente qual será o prazo para a defesa e de quem será a competência para a sua imputação. Caso não se estipule, é possível vislumbrar duas alternativas: (i) o prazo para a apresentação de defesa prévia será de 05 cinco dias com esteio no artigo 24 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) ou será de 15 dias úteis usando a simetria do prazo para a interposição de recurso administrativo nos termos do artigo 166 da Lei de Licitações; e (ii) a competência para aplicação da advertência deve ser da autoridade de menor grau hierárquico para decidir, com base no artigo 17 da Lei de Processo Administrativo Federal, ou será do gestor do contrato (a depender de suas atribuições normativamente previstas) ou de quem assinou o contrato.

E, por fim, o recurso administrativo a ser interposto em caso de decisão que aplica advertência é o recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, que tem o prazo de 15 dias úteis e, após juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial, será remetido para a autoridade superior competente. Salienta-se sempre que competência é atribuição normativa e constitucionalmente é de competência de cada ente fixá-la, já que decorre da capacidade de autoadministração e auto-organização nos termos do artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil.

### **Multa**

A multa é a sanção administrativa que não possui em si uma estatura rígida. Pode ser aplicada tanto em caso de infrações leves, medianas, graves ou gravíssimas. É uma ablação de direitos geradora de uma restrição patrimonial ao assujeitado que descumpre com uma obrigação. Incontestavelmente, a previsão do artigo 156, § 3º, ao mensurar o percentual mínimo e máximo a ser colocado no ato convocatório e/ou no contrato revelou-se como um parâmetro para os agentes públicos quando da redação de tais documentos.

O artigo 162 prevê as duas hipóteses de multas optadas pelo legislador: moratória e compensatória. A moratória deve ser usada em caso de retardo, atraso, para o cumprimento da obrigação contratual.<sup>6</sup> Não necessariamente é atraso da entrega do objeto, já que pode ser aplicada em retardo de uma obrigação acessória prevista contratualmente.

---

<sup>6</sup> O próprio Código Civil preceitua em seu artigo 411 que “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

A compensatória, e que alguns a denominam como punitiva, é imputada nas situações em que há o descumprimento parcial ou total da obrigação e inexistente a vontade do contratante em continuar esperando o seu adimplemento por parte do atual contratado. Tanto é assim que adequadamente a lei enunciou a viabilidade de uma obrigação em atraso se transformar em inadimplida, possibilitando que o agente público converta a multa moratória em compensatória. Aqui merece uma ressalva. A conversão não é automática e deve ser proporcionalmente prevista no ato convocatório e/ou contrato. A referida conversão é a manifestação de vontade da Administração Pública de não mais acatar o cumprimento da obrigação com atraso, mas considerar que o atraso fez com que perdesse a vontade ou necessidade no caso em tela de cumprimento obrigacional pelo contratado para aquela obrigação.

No tocante aos percentuais tipificados na Lei de Licitações, a ordenação do mínimo e do máximo contribui demasiadamente para evitar despautérios e excessos, negativos ou positivos, dos redatores de editais e contratos. Na legislação anterior existiam situações de multas inócuas, uma vez que o percentual era tão ínfimo que não atingia o caráter repressivo e nem pedagógico de uma penalidade administrativa, já em outros casos eram insanas, porque praticamente sepultavam fornecedores com percentuais cavaleiros.

De todo modo, alguns apontamentos devem ser obtemperados na parte das multas. A base de cálculo a ser adotada deve ser, excepcionalmente, do valor do contrato. Via de regra, deve ser a parcela inexecutada ou a obrigação descumprida. Do contrário, poder-se-á a chegar em casos extremos de um percentual sobre o valor total do contrato significar uma cifra mui significativa ante o lucro e as taxas operacionais de um fornecedor. Explica-se. Um contrato de terceirização pode representar um numerário extremamente alto, contudo ao perquirir a composição de seu custo, percebe-se que o lucro e a taxa administrativa percebida pela empresa são baixos se comparados com os valores despendidos com folha de pagamento e tributos do pessoal utilizado.

Portanto, a adoção, como regra, da base de cálculo sobre a parcela inexecutada é uma premissa para o respeito da proporcionalidade e da razoabilidade de atuação da Administração Pública contratante. A própria teoria do adimplemento substancial empregada em outros ramos do Direito também ecoa aqui nos contratos públicos. O Superior Tribunal de Justiça possui julgado mencionando a referida teoria para sanções em contratos administrativos.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> “3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.” (STJ, REsp 914.087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190).

A felonía na fixação dos percentuais de multa não representa a impossibilidade de revisão administrativa ou judicialmente futuramente quando da execução contratual, para que se entenda pela nulidade da cláusula. A previsão de uma multa pácovia não ter sido questionada por meio de uma impugnação ao instrumento convocatório em momento processual anterior à realização do certame, isso não chancela ou gera uma presunção absoluta de validade da mesma. A ausência de prudência na redação de uma multa ou na própria aplicação após um processo administrativo sancionador pode, e deve (assim espera), ensejar que os afetados propugnem os seus direitos.

No âmbito da teoria geral dos contratos, consoante se observa do regime dos contratos no Código Civil, o artigo 412 preconiza que a multa, por ser obrigação acessória, não pode ultrapassar o valor da obrigação principal. Ainda, deixa assente que o juiz quando do exercício da função jurisdicional poderá reduzir equitativamente o valor da multa caso compreenda que a mesma foi aplicada em montante manifestamente excessivo.

Seria possível essa admoestação na esfera administrativa pelo agente público quando decidir pela cominação de uma multa ou pela autoridade superior para decidir um recurso administrativo e minorar a multa? Entende-se que sim, pois o agente público deverá atuar com amparo no regime jurídico administrativo, inclusive com espeque nos princípios. Assim, ao apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade para amenizar uma restrição de direitos de índole sancionatória patrimonial, assim como a eficácia e a utilidade do conteúdo de uma decisão administrativa, poderá o agente público ponderar tais vetores em conjunto com a legalidade em sentido estrito que estaria representada pela cláusula editalícia ou contratual em sua literalidade.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre o assunto, exemplifico o seguinte julgado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO CELEBRADO PELO TCU. AQUISIÇÃO DE COMPUTADORES E SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. ATRASO INJUSTIFICADO NO ATENDIMENTO DE CHAMADAS E DE ENTREGA DE RELATÓRIOS. MULTA DE 10% DO CONTRATO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Não se conhece do agravo retido em razão de não haver pedido expresse para sua apreciação pelo Tribunal. 2. A apelante foi contratada em 26/10/2003, pelo TCU, para fornecer microcomputadores e prestar serviços de assistência técnica pelo prazo de 4 anos, comprometendo-se a emitir relatórios e a atender aos chamados nos prazos estipulados no contrato, sob pena de multa diária de 0,33% sobre o valor total do contrato em caso de atraso na entrega dos relatórios e de 0,01% sobre o valor total do contrato, por atraso no atendimento de “cada um dos chamados de assistência técnica”. 3. Devido a atrasos no total de 123 dias no atendimento de chamadas de serviços de assistência técnica e de atrasos de 76 dias na emissão de relatórios, a administração do TCU aplicou-lhe multa moratória equivalente a 10% do valor total do contrato (Lei 8.666/1993, art. 86), totalizando R\$ 123.518,77, quando, na literalidade do contrato, os atrasos correspondiam a 26,31% (25,08% em relação aos relatórios e 1,23% concernente às chamadas de assistência técnica). 4. A administração do TCU considerou excessiva a multa por atraso na entrega de relatórios no percentual de 25,08% do total do contrato, “posto que se por um lado sanciona a mora solvendi da contratada, noutra poderá implicar desequilíbrio da equação contratual”. 5. A apelante diz ser justificado o atraso no atendimento das chamadas, pois decorreu de pane no sistema informatizado de registro, controle e acompanhamento dos chamados técnicos e de greve deflagrada pelos servidores da Receita Federal, o que teria impedido o recebimento de equipamentos importados, mas, de acordo com o apurado pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TCU, a maior parte dos atrasos é anterior ao defeito no sistema da apelante, bem como “52% dos problemas relatados foram sanados por meio da substituição da fonte de alimentação ou do mouse dos equipamentos afetados”, produtos de fabricação nacional, de modo que a greve na Receita Federal em nada contribuiu para as ocorrências. 6. O ato administrativo está adequada e suficientemente motivado, não se justificando intervenção judicial de modo a substituir a discricionariedade da Administração. 7. Apelação a que se nega provimento.” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC nº 2006.34.00.004978-8 – Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, j. em 13.04.2011).

Por fim, o procedimento legal para operacioná-la consiste na abertura de defesa prévia, consoante preceitua o artigo 157, pelo prazo de 15 dias úteis. Após a emissão da decisão, há a oportunidade de interposição de recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, no prazo de 15 dias úteis, sendo que haverá o juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial (15 dias úteis) e tão somente depois o feito será remetido à autoridade superior competente para decisão final em 20 dias úteis.

### **Impedimento de licitar e contratar**

O impedimento de licitar e contratar, segundo a inteligência do artigo 156, é a sanção que, uma vez aplicada, impedirá o seu destinatário de participar de licitações ou contratações no âmbito federativo do órgão ou da entidade sancionadora por um prazo máximo de três anos. É uma sanção grave que deve ser cominada em casos de infração grave. Além disso, como se percebe, é uma previsão que possui similitude no impedimento prescrito na Lei do Pregão e na Lei do Regime Diferenciado de Contratação.

A obstaculização forçada de ficar temporariamente fora do mercado público deve servir como um atrativo inverso para que o sujeito não cometa infração grave. A escolha do legislador de marcar o limite territorial do ente federativo é notória. Logo, alguém apenado com esta sanção no âmbito do Município de Sinop poderá continuar participando de licitações e celebrando contratos nos demais municípios do Mato Grosso e demais Estados, no próprio Estado do Mato Grosso e no âmbito dos órgãos e entidades federais. Essa interpretação decorre da literalidade da lei e não pode ser desprezada pelo aplicador, inclusive no exercício da função jurisdicional, sob pena de transcender os limites hermenêuticos os quais não podem abnegar palavras ou condições expressamente prescritas no ordenamento jurídico.

Quanto ao prazo, o ideal seria que os órgãos e entidades regulamentassem com critérios claros, objetivos e lógicos como será encontrado o tempo na dosimetria da sanção. Como dito alhures, a Lei de Licitações e a Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro impõem alguns patamares, mas incumbe às normas jurídicas de natureza derivada (ou secundária), por meio de atos normativos infralegais, a partir das diretrizes legais regulamentá-las.

Por fim, o procedimento legal para operacioná-lo consiste na abertura de defesa prévia, consoante preceitua o artigo 158, pelo prazo de 15 dias úteis. Após a emissão da decisão, há a oportunidade de interposição de recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, no prazo de 15 dias úteis, sendo que haverá o juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial (15 dias úteis) e tão somente depois o feito será remetido à autoridade superior competente para decisão final em 20 dias úteis.

## **Declaração de inidoneidade**

A declaração de inidoneidade é a sanção mais grave da Lei de Licitações. Deve ser adotada em casos de infrações gravíssimas com as observações do que foi asseverado nos tópicos anteriores. Impede o penalizado de participar de licitações e celebrar contratos com a Administração Pública Direita e Indireta de todos os entes federativos por um prazo mínimo de 03 e máximo de 06 anos.

A extensão dos efeitos recai sobre todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos. É deveras questionável a possibilidade de um órgão ou entidade sancionar com efeitos perante outro ente federativo. Se compreender que o regime sancionatório de licitações e contratos está ao lado do regime disciplinar como espécie do regime sancionatório administrativo, poder-se-ia raciocinar que os limites objetivos e subjetivos da declaração de inidoneidade deverá ficar no máximo adstritos ao ente que aplicou, até porque o federalismo cooperativo proposto pela Constituição da República Federativa de 1988 não prevê qualquer tipo de hierarquia ou sobreposição de um sobre o outro.

Exigir que a ordem decisória de um ente produza e repercuta efeitos diretos sobre outra esfera federativa pode ser enquadrada como interferência indevida, isso sem elucubrar a possibilidade, por exemplo, de um ente municipal alijar um agente econômico do mercado competitivo público em razão de uma “sanção indevida”, a qual precisará de uma intervenção do Poder Judiciário para declará-la inválida.

*A priori*, é indicado um termo final para os efeitos da sanção, entretanto nos casos em que houver a fixação de ressarcimento dos prejuízos como condição para o sujeito, logo pode-se concluir que a sanção somente deixará de produzir efeitos quando houver o implemento do termo final e da condição. Termo é um evento futuro e certo, já condição é um evento futuro e incerto. A incerteza no caso da declaração de inidoneidade não significa aleatoriedade ou pena perpétua, visto que o implemento da condição resolutive somente dependerá do destinatário da decisão ablatória. A pena perpétua vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil é quando a decisão já a impõe para sempre, o que se reitera não ser o caso aqui. Quando ele pagar e fizer o ressarcimento, logo estará apto a retornar a participar de certames e celebrar contratos públicos, desde que passado o prazo previsto pela decisão mais a quarentena.

## **Quarentena de um ano**

Além do prazo legalmente mencionado anteriormente para as sanções de impedimento de licitar e contratar e também na declaração de inidoneidade, insta pontuar que a Lei de Licitações estabeleceu a quarentena e requisitos para a reabilitação. O artigo 163 enunciou que deverá ser requerida a reabilitação à mesma autoridade que aplicou a penalidade e comprovar que: (i) reparou

integralmente os danos causados à Administração Pública; (ii) pagou a multa, se houver sido imposta; (iii) transcorreu o prazo mínimo de um ano da aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar ou de três anos da declaração de inidoneidade; (iv) cumpriu com as condições de reabilitação impostas pelo ato punitivo; e (v) parecer jurídico favorável ao cumprimento dos requisitos anteriores.

Alguns breves comentários se fazem necessários.

Um, no item (iv) que versa sobre o cumprimento das condições de reabilitação, não é possível que exista uma restrição maior do que a prevista legalmente. Ou seja, é completamente ilegal que se preveja alguma condição que tenha caráter sancionatório, sob pena de um ato infralegal (ato punitivo) criar uma (nova) sanção.

Dois, o parecer jurídico deverá ser tão somente para averiguar a presença dos requisitos e documentos ordenados pela Lei de Licitações, não havendo qualquer margem de discricionariedade do parecerista para posicionar-se favorável ou não, caso os requisitos tenham sido evidenciados por meio de protocolo administrativo formal.

O mesmo comentário se deve também à autoridade que chancelará a reabilitação. Não haverá juízo discricionário ou ainda um tipo de avaliação meritocrática sobre o comportamento ou não do agente solicitante.

E, por fim, quanto ao prazo, deve-se ter muita razoabilidade na fixação do prazo de quarentena, já que, por exemplo, o prazo máximo da sanção e também de quarentena em uma aplicação de declaração de inidoneidade significará afastar por nove anos um agente econômico do mercado competitivo, o que por óbvio significa um prazo extremamente significativo. Tanto é que prazos longos de penalidades impeditivas de alguma atividade econômica ensejam, na maioria dos casos, a falência da empresa e/ou alguma estratégia de abertura de nova empresa ou de repasse do *know how* para outra estrutura empresarial.<sup>9</sup> Em outras palavras, esperar prazo longo de uma penalidade impeditiva para então o sujeito regressar ao mercado não é, normalmente, uma conduta habitual.

### **Considerações finais**

A nova Lei de Licitações proporcionou um tratamento jurídico mais explícito ao discorrer sobre infrações e sanções administrativas. É indubitável que ainda persistem algumas lacunas e principalmente pontos críticos que necessitarão de uma interpretação racional e proporcional pelos atores das compras públicas – públicos e privados – para que se alinhe o poder sancionatório estatal

---

<sup>9</sup> É notório dizer que a estratégia empresarial tem que se adequar ao direito, não sendo lícito haver o abuso do direito e/ou transfiguração da finalidade sancionatória por meio de um comportamento fugaz, sob pena de haver a desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa ou judicial.

e a imperiosidade de colaboradores qualificados para atenderem as necessidades públicas em um ambiente competitivo entre os players.

De todo modo, as presentes críticas e ponderações são feitas em um texto sancionado em abril do corrente e que amadurecerá com o tempo, sempre respeitando as inovações alimentadas pelos agentes privados e públicos. Por isso, espera-se que esse ensaio colabore com o propósito de ter um ambiente seguro e colaborativo entre os seus agentes.