

TÍTULO: INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Vanderson Roberto Vieira¹

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO; 2- DA FALTA DE PREVISÃO EM TIPOS ESPECÍFICOS DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS SANÇÕES EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NA LEI N 8.666/93. A LIBERDADE FUNDAMENTADA (“DISCRICIONARIEDADE”) CONFERIDA AO ADMINISTRADOR NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES; 3- PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS; 3.1- PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO; 3.2- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 4- DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N° 8.666/93; 4.1- ADVERTÊNCIA (ART. 87, I); 4.2- MULTA (ART. 87, II); 4.3- SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III); 4.4- DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, IV); 5- NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO; 6- CONCLUSÃO.

1- INTRODUÇÃO

A identificação e a apuração de infrações administrativas e a aplicação concreta das sanções administrativas pelo ente público ao contratado faltoso é uma das *cláusulas exorbitantes* do contrato administrativo. Essas cláusulas decorrem da posição de *supremacia* da administração perante o particular contratado e são reflexo do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, que fornece à administração diversas prerrogativas, de direito material e processual.

Quando o contratado pratica uma infração administrativa, compete à Administração Pública apurar a falta mediante procedimento específico, aplicando a sanção cabível e mais adequada e idônea ao caso concreto. Esta sanção será a prevista no edital, no contrato e na lei 8.666/93, nos seus arts. 66 a 68 e 86 a 88.

A aplicação das sanções administrativas tem finalidade de prevenção especial, prevenção geral e repressão. A finalidade de prevenção especial (caráter educativo e pedagógico) visa mostrar ao faltoso o cometimento do ato ilícito com a finalidade de que ele não cometa novas infrações. O caráter pedagógico geral visa demonstrar a todos os interessados da coletividade que o Poder Público é diligente na aplicação rápida das sanções e não transige quando se trata de violação de interesses públicos. O caráter repressivo visa impedir que o Estado e a sociedade sofram prejuízos pelo descumprimento das obrigações assumidas.

2- DA FALTA DE PREVISÃO EM TIPOS ESPECÍFICOS DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS SANÇÕES EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NA LEI N 8.666/93. A LIBERDADE FUNDAMENTADA (“DISCRICIONARIEDADE”) CONFERIDA AO ADMINISTRADOR NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

¹ Graduado em Direito pela Unesp - FHDSS - *campus* de Franca. Mestre em Direito pela mesma Instituição. Advogado. Professor Universitário de Direito.

Alguns doutrinadores criticam a Lei nº 8.666/93 em virtude de ela não prever as infrações administrativas em molduras, tipificações fechadas. Isso pelo fato de o art. 87 da referida lei ser uma disposição aberta, estabelecendo que “a inexecução *total* ou *parcial* do contrato” poderá ensejar a aplicação de uma das sanções elencadas: 1- advertência, 2- multa, 3- suspensão do direito de licitar, 4- declaração de inidoneidade.

Trazemos abaixo as disposições da lei 8666/93, que interessam ao tema:

Capítulo III

DOS CONTRATOS

Seção IV

Da Execução dos Contratos

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º. O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Capítulo IV

DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DA TUTELA JUDICIAL

Seção II

Das Sanções Administrativas

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, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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.

§ 1º. Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º. As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º. A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

As pessoas que firmam contratos com a Administração Pública têm direito de saber quais as conseqüências que podem surgir de suas atos. Tem direito à informação clara e transparente, bem como à segurança jurídica.

A lei no art. 87 poderia ter definido com pormenores o que efetivamente constitui “inexecução total ou parcial do contrato”. Poderia também ter indicado a sanção cabível a cada infração determinada.

Contudo, tais omissões não inviabilizam a aplicação de sanções no âmbito dos contratos administrativos, visto que o administrador pautará sua atuação pelo *princípio da proporcionalidade* e pelo *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

Na prática, também seria inviável um rol delimitado de infrações administrativas, o qual certamente não conseguiria prever todas as situações de descumprimento de contrato na imensa variedade existente de contratos administrativos.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, clássico autor do Direito Administrativo, entende que “o direito disciplinar não exige a definição específica, taxativa, da falta administrativa” bastando a previsão genérica².

Esse entendimento é seguido por Fábio Medina Osório, ao escrever que o tipo sancionador deve possuir um grau mínimo de certeza e previsibilidade³, ocorrendo essa previsão na lei 8666/93.

O que deve ser coibido é a arbitrariedade e desproporcionalidade na aplicação da sanção administrativa, pois o administrador deve levar em consideração aquilo que melhor preserva o interesse público.

Eros Roberto Grau⁴ já dizia que a discricionariedade não constitui um poder titulado pela administração, mas sim um modo de atuar ao dar cumprimento ao dever-poder de gerir a *res publica*. A discricionariedade é regrada na lei, é limitada pelos princípios e exige motivação dos atos sancionatórios.

²BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.2. p. 141.

³MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271

⁴GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, jan/mar. 1990. p. 41.

Como dito, é inegável o controle da discricionariedade da sanção aplicada pelo administrador através dos princípios administrativos⁵.

3- PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

3.1- PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O interesse público é indisponível. Sendo da coletividade, o agente administrativo dele não pode dispor e transigir.

Por esse princípio, a aplicação das sanções administrativas é de interesse da coletividade como um todo, ou seja, é interesse e direitos com dimensão pública. Qualquer ato administrativo que não respeite o interesse público será inválido.

3.2- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No momento em que a Lei nº 8.666/93 conferiu à Administração Pública a possibilidade de selecionar de modo fundamentado a sanção no caso de inexecução total ou parcial do contrato, o fez na certeza de que a situação fática do caso *sub-exame* fosse considerada nessa escolha. A opção por certa sanção deverá atender ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade afirma “que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos”⁶.

Desta maneira, a sanção a ser aplicada em virtude da falta contratual cometida pelo contratado não deverá ser mais severa do que o necessário para a preservação do interesse público.

O princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões considerando a relação meio-fim. A análise da proporção entre meios e fins é, sem dúvida alguma, instrumento de realização das funções administrativas e da justiça.

4- DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.666/93

É muito importante frisar, *ab initio*, que qualquer uma das sanções abaixo enumeradas, mesmo a advertência, somente pode ser aplicada mediante a instauração e finalização de procedimento administrativo autônomo, no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa ao contratado.

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, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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

⁵É o entendimento de: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 165.

⁶FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 56.

contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

4.1- ADVERTÊNCIA (ART. 87, I)

É a sanção mais branda e está prevista no inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

A Administração a utilizará diante de eventuais inexecuções parciais de cláusulas contratuais. Serve para advertir o contratado para que sane as pendências ou imperfeições, sob pena de aplicação das demais sanções (que são mais graves), inclusive de rescisão do contrato. A sanção de advertência não deve ser aplicada mais de uma vez, pois, certamente, a administração já realizou reclamações e advertências informais antes desta aplicar a advertência no fim do procedimento específico.

É certo que é sanção de natureza moral, mas deixa nítida a postura administrativa de garantir a indisponibilidade do interesse público, advertindo o contratado para o cumprimento correto da avença.

Deve ser aplicada em caso de negligência e faltas corrigíveis, quando o contratante for primário (não reincidente em falta), servindo como o prenúncio daquela mais severa.

Em tese não acarreta a rescisão contratual, mas o cometimento reiterado de faltas que ensejam a aplicação de advertência pode culminar na rescisão contratual.

4.2- MULTA (ART. 87, II)

A multa é penalidade pecuniária tendo por causa descumprimento de dever legal ou contratual. O seu valor deve ser proporcional ao dano cometido ou conduta esperada, tendo a função de desestimular comportamentos ilegais.

Na situação do art. 86, a multa possui natureza moratória, ou seja, vinculada ao atraso no cumprimento de obrigação⁷. Já na hipótese do art. 87, a multa possui natureza penal, uma vez que é aplicável quando do inadimplemento contratado.

O valor da multa deve estar previsto no instrumento convocatório ou no contrato, constando, inclusive, o percentual a ser aplicado. A falta de tal previsão impede a aplicação da multa.

A multa pode ser aplicada cumulativamente com outras sanções, conforme autoriza o parágrafo 1º, do art. 87, da Lei nº 8.666/93.

A aplicação da multa não necessariamente extingue o vínculo contratual com o contratante faltoso.

O parágrafo 2º, do art. 86, determina que a multa, aplicada após regular processo administrativo, seja descontada do valor da garantia prestada pelo contratado.

4.3- SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III)

A sanção consiste na suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a “Administração”, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁷ Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 86.

O contratado punido com essa sanção, assim como a do inciso IV, fica impossibilitado de se habilitar em licitação e contratar com a Administração Pública.

O prazo da sanção deve estar determinado no ato sancionador, não podendo ultrapassar dois anos. O texto legal do inciso III utiliza a expressão “Administração”.

Os incisos XI e XII, do art. 6º da lei 8666/93 definem, respectivamente, “Administração Pública” e “Administração”. Assim, “Administração” é “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. Tal redação levou alguns intérpretes a entenderem que a aplicação da sanção de suspensão temporária somente produz efeitos no âmbito do órgão pelo qual a administração opera, enquanto que a *declaração de inidoneidade* repercute em toda Federação, mas o tema não é pacífico.

4.4- DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Esta penalidade administrativa consiste na 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. Ocorrerá a reabilitação sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção de suspensão temporária.

A sanção em tela tem prazo indeterminado, sendo o mínimo de dois anos (prazo máximo da sanção de *suspensão temporária*) cessando seus efeitos com a extinção dos motivos determinantes da punição e com o ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração. A extinção desta sanção depende da reabilitação do infrator, prevista no parágrafo 3º do art. 87, decretada por ato administrativo, praticado pela mesma autoridade que aplicou a sanção. O inciso menciona a expressão “Administração Pública”, que é definida pelo inciso XI, do artigo 6º, como “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Verifique-se, abaixo, interessante julgado do STJ:

RMS 9707 / PR. RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0030835-0. RELATORA MINISTRA LAURITA VAZ. ÓRGÃO JULGADOR: T2 - SEGUNDA TURMA. DATA DO JULGAMENTO: 04/09/2001. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 20/05/2002 P. 115. RSTJ VOL. 157 P. 165.

Ementa: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I- A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II- A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III- Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido.

5- NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

As sanções administrativas somente podem ser aplicadas dentro de processo administrativo autônomo, instaurado por ato administrativo de autoridade competente, onde se garanta a ampla defesa e o contraditório (garantias constitucionais) ao contratado que supostamente incidiu em falta. O ato administrativo de instauração deve conter a identificação dos autos do processo administrativo original da licitação ou do contrato, a menção às disposições legais aplicáveis ao procedimento para apuração de responsabilidade, a designação da comissão de servidores que irá conduzir o procedimento, o prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão, dentre outros requisitos. O contratado deve ser notificado para se defender, seguindo o processo até decisão final fundamentada.

6- CONCLUSÃO

Administração Pública deve necessariamente aplicar a sanção administrativa nos casos de infrações a normas legais e contratuais, pois se trata de interesse público indisponível, sendo inclusive ato ilegal e de improbidade não levar a cabo processo de punição de contratados que venham a infringir as regras contratuais. A sanção deve ser proporcional ao ato cometido, na medida necessária para se atender e preservar o interesse público.

7- BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, jan/mar. 1990.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.^a Ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.