

Título : DEFESA PRÉVIA EM PROCESSO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS: VOCÊ SABE SE DEFENDER?
Autor : Viviane Mafissoni
Autor : Rafael Alves Gomes de Brito

DEFESA PRÉVIA EM PROCESSO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS: VOCÊ SABE SE DEFENDER?

VIVIANE MAFISSONI

Especialista em Direito Público; Membro do Instituto Nacional da Contratação Pública; Analista de Políticas Públicas do Estado do Rio Grande do Sul; atualmente Chefe de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

RAFAEL ALVES GOMES DE BRITO

Advogado especialista em Direito Processual Civil com atuação majoritária em Direito Administrativo, Compliance e Legislação Anticorrupção, Civil e Empresarial. Ex-servidor público do DNIT, onde, por mais de dez anos, atuou com obras rodoviárias e foi assessor na Procuradoria do órgão.

INTRODUÇÃO

Considerando as novidades advindas do procedimento de aplicação de penalidades a licitantes e contratados, através do regime legal sancionatório da Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC -, a presente resenha objetiva destacar pontos sobre o direito de defesa do processado, a saber: a defesa prévia.

Ainda que tenha previsão na NLLC de outros meios de defesa, a defesa prévia é a principal delas, sendo o primeiro momento em que o processado pode se manifestar.

Sua importância reside não apenas para apresentar esclarecimentos fáticos e probatórios à Administração em relação às condutas consideradas infratoras que lhe são imputadas, mas também para alegar e demonstrar eventuais nulidades do processo sancionador contra si instaurado.

Em última *ratio*, a defesa prévia serve ainda para realizar pré-questionamentos sobre determinados fatos, temas e normas, o que pode vir a ser útil na eventualidade de ser necessário acionar o Poder Judiciário, seja no caso de requerer a concessão de segurança contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder, seja para justificar o ajuizamento de ação ordinária em face do ente público.

Além disso, a defesa prévia assume especial importância quando se tem em consideração que se aplicam às licitações e contratos públicos regidos pela NLLC as regras de direito privado, nos termos do artigo 89, o que significa, por consequência, a aplicação das regras relativas à manifestação de vontade das partes, à boa-fé objetiva e, por óbvio, à necessidade de obediência ao princípio do *venire factum proprium*, que, embora usualmente seja aplicado à Administração Pública, também pode ser requerida do particular em razão da conjugação da aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e do *pacta sunt servanda* (isto é, o particular não pode praticar atos contraditórios perante a Administração com o intuito de esquivar de fatos que possam acarretar em eventuais penalidades).

Assim, e embora a NLLC ainda não tenha entrado em vigor de forma exclusiva, já que coexistirá com a Lei nº 8.666/93 até 30 de dezembro de 2023, fica evidente a relevância e a importância da defesa prévia para aqueles que são demandados em processos sancionadores instaurados com fulcro nessa lei, de modo que é relevante tecer algumas considerações acerca desse instituto, principalmente pelo fato de que a entrada da NLLC pode gerar dúvidas ou inseguranças quanto à adequada aplicação de seus preceitos.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS MECANISMOS DE DEFESA NO PROCESSO SANCIONADOR PREVISTO NA LEI Nº 14.133/2021

No procedimento de aplicação de sanção é facultado ao interessado a apresentação de defesa. Tal direito ao contraditório e ampla defesa encontra-se previsto nos artigos 157 e 158, *caput*, da Lei nº 14.133/2021.

Ao passo que o artigo 157 faz referência à necessidade de se oportunizar, como mera faculdade, a apresentação de defesa pelo licitante ou contratado processado no caso da imposição da sanção multa, o art. 158, *caput*, prevê a necessidade (isto é, do dever) de que a comissão processante o intime para apresentação de defesa no caso da imputação de infrações que impliquem nas sanções de impedimento (inc. III, do art. 156) ou de declaração de inidoneidade (inc. IV, do art. 156). O prazo de defesa, para os dois casos, é de 15 dias úteis, sendo contado da data da intimação do interessado.

Dessa forma, ao menos em princípio, não se vislumbra na nova Lei a previsão expressa de prazo de defesa para o caso de implicação em sanção de advertência (prevista para o caso da ocorrência da infração destacada no art. 155, inc. I). Contudo, em que pese não existir referida previsão, a análise da Lei nº 14.133/2021 deve ser vista em conjunto com a Constituição Federal, a qual prevê a necessidade de assegurar o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (art. 5º, inc. LV da CF/88). Portanto, mesmo nos casos em que a previsão de defesa prévia não seja explicitamente prevista, ainda assim deverá ser dado ao licitante ou contratado prazo para apresentação, qual seja o mesmo prazo de 15 dias úteis dado pela nova Lei para as situações já anteriormente mencionadas.

Ainda, nos termos do art. 158, § 2º, no caso de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão processante, o licitante ou o contratado processado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 dias úteis, também contado da data da intimação.

Quanto aos meios de defesa sobre a efetiva aplicação de sanção, a Lei nº 14.133/2021 prevê outros dois tipos: o recurso e o pedido de reconsideração.

O recurso vem previsto no art. 166, destacando que da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do *caput* do artigo 156 (advertência, multa e impedimento) da NLLC caberá recurso no prazo de 15 dias úteis, igualmente contados da data da intimação. E segue a norma, no parágrafo único, regulando que referido recurso será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 dias úteis, contado do recebimento dos autos. Reparem que aqui é dado prazo também para a Administração se manifestar e que está prevista a possibilidade de interposição de recurso para o caso da aplicação da sanção de advertência.

Já o pedido de reconsideração é cabível quando da aplicação da sanção prevista no inciso IV do *caput* do artigo 156 desta Lei (declaração de inidoneidade), que deverá ser apresentado no prazo de 15 dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 dias úteis, contado do seu recebimento (art. 167).

Por fim, conforme art. 168, o recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.

2. A DEFESA PRÉVIA E OS PRINCIPAIS PONTOS A CONSIDERAR

O foco principal desta resenha é a defesa prévia, também conhecida como defesa preliminar, que é aquela manifestação do processado em razão da primeira notificação recebida tão logo instaurado o processo sancionador que pode lhe imputar sanções em razão de fatos considerados ilícitos.

Preliminarmente há de se verificar se referida notificação traz todos os meios possíveis de identificação dos fatos que possam ensejar alguma penalização, sob pena de restar cerceado o direito de defesa do licitante ou contratado. Por conseguinte, deve constar também o fundamento normativo

(seja ele editalício/contratual ou legal) para que também seja identificada a norma que possivelmente se enquadra o processado (em observância ao princípio da legalidade).

Na defesa há de se apresentar as justificativas ao fato, se houver, e esclarecimentos sobre a conduta considerada como infratora. Para esclarecer, apresentamos exemplos que merecem ser alegados devidamente pela defesa:

1. Infração – deixar de entregar documentação exigida para o certame: a) o prazo para envio dos documentos de habilitação foi aberto fora do horário comercial, ou seja, no horário do almoço ou no final do expediente; b) o documento não entregue, previsto como documento de habilitação no edital, extrapola as exigências legais, ou a empresa é eximida de entregar;

2. Infração – não celebrar o contrato: a observância do prazo de validade da proposta dada na licitação é importante, uma vez que o licitante não está obrigado a firmar contrato caso a convocação para tanto seja feita após o prazo de validade da proposta; e,

3. Infração – ensejar o retardamento da entrega do objeto da licitação: a comprovação contundente de fato superveniente que tenha ocorrido e dificultado ou impossibilitado o cumprimento do prazo de entrega é de extrema importância para possível descaracterização a infração.

Poderá ainda a defesa se utilizar de causas atenuantes, geralmente previstas em norma do órgão ou unidade, ou no próprio edital ou contrato. Em diversas situações se utilizam as normas da confissão dos fatos como causa atenuante, assim como atenua a pena o não prejuízo à Administração e a primariedade da parte interessada nesse tipo de processo. Esses pontos podem vir a ser alegados pela defesa no intuito de amenizar a sanção, inclusive conjuntamente com a não intenção de causar embaraços ou prejuízos a Administração.

Ou seja, a defesa prévia é o melhor momento para que o processado possa prestar os devidos esclarecimentos e provas à Administração a fim de evitar a continuidade do processo sancionador, uma vez que pode demonstrar (1) a correção de sua conduta; (2) a inexistência do cometimento de atos ilícitos que impliquem a imposição de sanções; ou mesmo (3) a ocorrência de situações que podem justificar a exclusão da culpabilidade do processado ou ao menos a diminuição das possíveis penas a serem aplicadas.

3. DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS FORMAIS

Como já mencionado anteriormente, ainda que a NLLC não preveja de forma explícita a possibilidade de apresentação de defesa prévia para todo e qualquer tipo de penalidade a ser aplicada, a Constituição Federal garante aos litigantes o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, mesmo em processos administrativos, de modo que eventual faculdade estatuída pela lei deve ser entendida como poder-dever, uma vez que as normas constitucionais se sobrepõem a qualquer outra nesses tipo de situação, inclusive em razão do princípio da legalidade.

Nesse sentido, toda e qualquer regra prevista no instrumento convocatório (compreendidos aí o edital, o termo de referência, seus anexos, bem como o respectivo contrato e aditivos) que tolha esse direito de defesa é inconstitucional e ilegal e, portanto, nula de pleno direito, devendo toda e qualquer regra que obste o exercício desses direitos ser considerada como ilegal.

Embora o ideal seja questionar a ilegalidade desse tipo de regra no momento mais adequado e oportuno, qual seja no período de impugnação do certame, nem sempre esse tipo de dispositivo ilegal consta no instrumento convocatório, podendo estar previsto em normativos internos do ente público, tais como instruções normativas e de serviço ou mesmo em portarias e outros tipos de normas específicas. E ainda que se possa alegar que eventual ilegalidade desse tipo possa ser questionada via mandado de segurança por se caracterizar ato nitidamente ilegal ou cometido com abuso de poder, não se pode esquecer que a própria Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n. 12.016/2009) estatui não ser cabível esse remédio constitucional quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo; e, nesse aspecto, a defesa prévia pode ser entendida como recurso suspensivo, pois além de ser anterior ao próprio julgamento administrativo, o art. 168 da NLLC

estarei que seus respectivos recurso e pedido de reconsideração possuem esse efeito – isto é, como subentende-se que contra a defesa prévia cabe recurso administrativo com efeito suspensivo, de modo que seria incabível impetrar MS, portanto.

Ou seja, a defesa prévia pode vir a ser a única oportunidade cabível contra eventual ilegalidade de cerceamento de defesa, uma vez que eventual mandado de segurança pode não ser conhecido acaso o juízo da causa entenda ser a defesa prévia um tipo de recurso suspensivo – embora não se possa perder de vista o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que estarei que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Além disso, não se pode esquecer do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, disposto no *caput* do art. 37 da CF/88, pois dele decorrem diversas consequências fáticas e jurídicas, sendo que, para fins de processo sancionador, a mais importante de todas é a prévia cominação dos atos considerados ilícitos e suas respectivas penas. Isto é, não sendo constatado que o(s) fato(s) objeto do processo sancionador configura(m) infração merecedora de sanção, a defesa prévia deve expor tal fato a fim de que a autoridade competente reavalie a situação e a motivação que levaram à instauração desse tipo de processo.

Igualmente, é necessário verificar se foram cumpridas as demais regras formais, previstas em normativos específicos como aquelas constantes na Lei do Processo Administrativo (Lei Federal n. 9.784/1999) e das regras de competência do ente e suas respectivas autoridades julgadores.

Como se vê, e uma vez sendo o Brasil um Estado de Direito (regulado pela Constituição, leis e normativos próprios), os aspectos formais possuem especial relevância para o processamento do feito, pois a existência de vícios pode anular todo o processo sancionador, sendo a defesa prévia o momento mais adequado e oportuno para trazer à lume esse tipo de situação, sendo não apenas altamente recomendável mas imprescindível que o processado se valha desse momento processual para expor desde logo as máculas processuais.

4. SOBRE OS ASPECTOS DE MÉRITO DA DEFESA PRÉVIA

É importante mencionar, ainda, que a defesa prévia também é útil para questionar e/ou esclarecer os fatos e fundamentos legais de mérito utilizados pela autoridade competente para motivar a instauração do processo sancionador, sendo um instrumento de grande interesse e valia ao processado para que a suposta infração praticada seja mais bem especificada.

Esse detalhamento serve ao propósito de averiguar se a conduta supostamente praticada se enquadra em alguma das infrações previstas no art. 155 da NLLC, seja para averiguação do cumprimento e obediência do princípio da legalidade, seja para possibilitar a realização de uma defesa mais robusta e completa ao processado, uma vez que o processado poderá se valer de todos os meios necessários à sua defesa após a devida especificação das condutas, fatos e provas.

Igualmente, a defesa é o momento mais adequado para se pugnar pelo reconhecimento de eventuais atenuantes, nos termos do § 1º do art. 156 da NLLC, e para, nos termos do art. 158, requerer e especificar as provas que pretende produzir a fim de demonstrar a insubsistência das alegações que ensejaram a instauração do processo sancionador, inclusive para que possa produzir provas para lastrear eventual futura demanda judicial, se necessário.

Além disso, as alegações de mérito também serão úteis para se conhecer das razões de decidir da autoridade, já que para negar e/ou justificar seu posicionamento deverá motivar sua decisão considerando não apenas os próprios entendimentos, mas também as alegações da parte processada, as quais não poderão ser desconsideradas sob pena de ofensa ao devido processo legal, já que não deve ser instituído meramente *pro forma*.

Ademais, não se pode desconsiderar o fato de que a defesa prévia do processado pode levar a autoridade pública reconhecer a necessidade de aplicação do disposto no art. 51, da Lei de Processo Administrativo, que estarei que a “Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Isto é, em sendo demonstrado, por meio da defesa prévia, a existência de algum

vício, a própria Administração poderá modificar seu entendimento e dar fim ao processo sancionador instaurado, situação que obviamente privilegia o próprio processado.

Assim, é nítido o quanto a defesa prévia se constitui em instrumento de extrema relevância para o processado, não se tratando de instituto meramente burocrático.

5. ENTENDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) ÚTEIS À DEFESA PRÉVIA

- Acórdão: 536/2011 – Plenário Enunciado: devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva gradação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.

- Acórdão: 1.017/2013 – Plenário Enunciado: a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou.

- Acórdão nº 432/2014 – Plenário Enunciado: a sanção de declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, produz efeitos *ex-nunc*, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da penalidade.

- Acórdão nº 1.003/2015 – Plenário Enunciado: a sanção de impedimento para licitar e contratar prevista art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionadores, enquanto aquela prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar.

- Acórdão nº 478/2015 – Plenário Enunciado: não cabe desclassificação de licitante motivada por presunção de intenção de fraude durante a execução do contrato.

- Acórdão nº 2.803/2016 – Plenário Enunciado: não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de fraude à licitação exige a demonstração do nexa causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.

- Acórdão nº 534/2020 – 1ª Câmara Enunciado: o órgão ou a entidade promotora do certame não deve obstar a participação de empresa licitante com fundamento na existência de ocorrências impeditivas indiretas de licitar constantes do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) sem que haja elementos suficientes para evidenciar que a sua constituição teve por objetivo burlar penalidade aplicada a outra sociedade empresarial e sem que seja dada oportunidade à interessada para manifestação prévia (art. 29 da IN-Seges/MPDG 3/2018).

CONCLUSÃO

Conforme se expôs no decorrer do presente texto, ainda que seja possível realizar a defesa do processado em outros momentos processuais no âmbito de um processo sancionador, via recurso e pedido de reconsideração, a defesa prévia possui especial relevância tanto para o processado como para a própria Administração, pois além de ser possível se apontar eventuais vícios existentes, é possível prestar e requerer esclarecimentos quanto a aspectos fáticos, bem como requerer a produção de provas, se necessário.

Igualmente, a defesa prévia é momento especialmente relevante para averiguar o cumprimento dos requisitos formais e das demais regras e normas legais aplicáveis, sendo também uma excelente oportunidade para o processado demonstrar a desnecessidade de prosseguimento do feito.

Além disso, é reconhecida tanto pela doutrina como pela Corte de Contas Federal como instrumento necessário e obrigatório à real garantia dos direitos à ampla defesa e ao contraditório dos administrados, bem como do devido processo legal, traduzindo-se em efetivo instrumento de Estado de Direito, sendo de suma importância e altamente recomendável que o processado se utilize dessa oportunidade para promover a defesa de seus interesses.

Como citar este texto:

MAFISSONI, Viviane; BRITO, Rafael Alves Gomes de. Defesa prévia em processo sancionador de licitantes e contratados: você sabe se defender? Zênite Fácil, categoria Doutrina, 05 mai. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.