

Título : EBOOK: O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS: UMA ABORDAGEM TEÓRICO-PRÁTICA A PARTIR DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 14.133/2021

Autor : Viviane Mafissoni

EBOOK: O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS: UMA ABORDAGEM TEÓRICO-PRÁTICA A PARTIR DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 14.133/2021

VIVIANE MAFISSONI

Advogada especialista em Direito Público. Servidora pública do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul desde 2010, exercendo suas funções diretamente na Central de Licitações do RS, tendo atuado como integrante da assessoria jurídica (análise de editais, recursos e impugnações, minutas de contratos e convênios, dispensas e inexigibilidades de licitações, questões de gestão contratual etc.); integrante da Comissão Permanente de Licitações e Contratos; pregoeira; coordenadora da equipe de aplicação de penalidades a licitantes; diretora de departamento responsável pelo credenciamento de licitantes, planejamento de compras por registro de preços, gestão de atas de registro de preços e aplicação de penalidades a licitantes; subsecretária substituta. Atualmente, é Chefe do Serviço de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), vinculada ao Ministério da Educação. Também é professora de pós-graduação da Escola Mineira de Direito e membra do Instituto Nacional da Contratação Pública. Em Portugal, estudou os Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública (2019). É autora de artigos e palestrante sobre temas que envolvem compras públicas. Foi premiada como melhor relato técnico do Grupo de Trabalho Governança em Gestão de Riscos e Integridade do IX Encontro Brasileiro de Administração Pública.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

INTRODUÇÃO

1. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS

- 1.1 Considerações iniciais sobre o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados
- 1.2 Condições gerais na NLCC sobre sancionados e penalidades
- 1.3 Normatização do processo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados na NLCC

2. INFRAÇÕES E SANÇÕES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: PONTO A PONTO

- 2.1 Sanções previstas para licitantes e contratados
- 2.2 Sanção de advertência
- 2.3 Sanção de impedimento
- 2.4 Sanção de declaração de inidoneidade
- 2.5 Amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar
- 2.6 Multa moratória e multa compensatória: diferenças
- 2.7 Autoridade competente
- 2.8 Procedimento de aplicação de penalidade
- 2.9 Comissão de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados
- 2.10 Desconsideração da personalidade jurídica
- 2.11 Reabilitação de sancionados
- 2.12 Prescrição no processo sancionador
- 2.13 Publicidade das sanções
- 2.14 Papel da assessoria jurídica no procedimento de aplicação de penalidades
- 2.15 Meios de defesa no processo de aplicação de penalidades

3. BOAS PRÁTICAS PARA O PROCESSO SANCIONADOR

- 3.1 Poder-dever do gestor em instaurar processo de aplicação de penalidades
- 3.2 Efeitos das sanções restritivas de licitar e contratar nos contratos administrativos
- 3.3 Diligências nos procedimentos licitatórios e a instauração de processo sancionador
- 3.4 Papel do gestor e do fiscal de contrato no processo sancionador
- 3.5 Processo sancionador como ferramenta de planejamento das contratações
- 3.6. *Checklist* do processo sancionador

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Uma das principais novidades da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC) é a disciplina das infrações e sanções administrativas passando para a previsão expressa, em norma geral, de regras a serem cumpridas no processo administrativo de responsabilização de licitantes e contratados.

Tal regramento é fundamental para a ascensão dos preceitos do direito administrativo sancionador, que está em processo de evolução em suas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. Ainda que a nova legislação traga mais consistência nas previsões normativas, ela acaba por incorporar o que a jurisprudência já estava a tratar, facilitando a atuação na prevenção e no combate à corrupção, inovando em normas de procedimento e reafirmando o poder-dever do gestor em apurar a responsabilidade de licitantes e contratados em condições de cometimento de infrações agora expressas na NLLC.

A parte que diz respeito às infrações e sanções se encontra prevista no “Título IV – Das Irregularidades”, em capítulo específico chamado “Das Infrações e Sanções Administrativas”. São 9 (nove) artigos que tratam do tema (do art. 155 ao art. 163), contra apenas 3 (três) normativos na Lei nº 8.666/1993 (art. 87), 1 (um) na Lei nº 10.520/2020 (art. 7º) e 1 (um) na Lei nº 12.462/2011 (art. 47). Por esse simples fato, já se pode confirmar a evolução dos parâmetros sobre a matéria e a intenção do legislador em regulamentar tão importante procedimento para a Administração Pública.

Entre os temas abordados pela nova norma, temos: no art. 155, a descrição das infrações; no art. 156, a previsão das sanções, dos prazos mínimos e máximos, do âmbito de alcance (amplitude) das sanções, da autoridade competente, da vinculação da sanção aplicável a infração; no art. 157, o prazo de defesa para sanção de multa; no art. 158, o procedimento sancionador e as regras de prescrição; no art. 159, as infrações previstas na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.843/2013) e o rito; no art. 160, a previsão da desconsideração da personalidade jurídica; no art. 161, as regras de publicidade da sanção em cadastros; no art. 162, a multa de mora; e no art. 163, as condições para reabilitação do sancionado.

O presente material tem por escopo apresentar as novas regras sancionadoras, de modo objetivo, trazendo recentes acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a matéria, bem como aspectos práticos sobre esse procedimento que ainda gera muitas dúvidas aos aplicadores da lei.

1. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LICITANTES E CONTRATADOS

1.1 Considerações iniciais sobre o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados

O direito administrativo sancionador ainda é tema pouco explorado pela doutrina. Contudo, órgãos de controle e respectiva jurisprudência têm imposto uma atuação mais efetiva do gestor público na prevenção e no combate à corrupção em licitações e contratos, bem como na obrigatoriedade de apuração de infrações administrativas em contratações, exigindo ações que objetivem resultados concretos na gestão de riscos da política de compra pública. Os regramentos normativos também vêm evoluindo, a exemplo da NLLC, que, como já destacado, tem tratado da matéria de maneira bem mais ampla do que as normas vigentes, do mesmo modo que os regramentos específicos sobre o procedimento sancionador de unidades administrativas no país ¹.

O instituto em destaque é considerável instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal. Entretanto,

tem sido difícil encontrar uma conceituação do próprio termo na doutrina em geral. Nas palavras do autor Francisco Zardo (2014), é a teoria que se dedica ao estudo dos princípios e das regras que incidem sobre a infração administrativa que irá se consumir a partir de uma apuração em processo administrativo ². Ou seja, o que a conceituação nos traz são os principais pilares do direito administrativo sancionador, quais sejam: a legalidade, a infração administrativa, os princípios e o processo administrativo apuratório.

Ao passo que tímidas manifestações doutrinárias se ocupam da matéria, a jurisprudência já tem sido bastante significativa no decorrer dos últimos 10 anos. Uma cobrança efetiva do gestor na instauração de processo sancionador já pode ser vista desde 2015, quando o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 754/2015, orientou “os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002” ³. Ao tempo, a análise foi feita a partir da prática de reiteradas condutas de não entrega de documentos e não manutenção de propostas por licitantes que acabavam por passar “ilesos” de apuração de responsabilidade, ainda que a tipificação da Lei do Pregão assim destacava.

Voltando ao contexto conceitual é importante trazer para consideração a decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 24.559/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que deu destaque informando que os mesmos princípios, garantias e normas do direito processual penal se aplicam ao direito administrativo sancionador ⁴.

Portanto, observa-se que a jurisprudência só fez crescer o debate sobre a matéria e passou a nortear diversos procedimentos em todo o país. Claro que isso não passa de um reflexo sobre uma Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666/1993 – que apenas trata do tema em 3 (três) artigos, na qual não havia sequer uma previsão do que seria uma infração administrativa, assim como não destacava regras procedimentais para a condução do sancionamento por parte dos gestores. Basicamente, as legislações que até então tratam do regime sancionador de licitantes e contratados são as demonstradas a seguir:

Figura 1 – Linha do tempo das normas *versus* regime jurídico das infrações e sanções



Sobretudo, com a nova Lei, percebe-se uma pequena evolução, não exatamente no sentido de acompanhar a jurisprudência e as normativas criadas no âmbito de unidades administrativas, mas sim com a consolidação de inúmeras decisões de órgãos de controle e de normas esparsas existentes, em especial das vigentes no âmbito federal, trazendo as seguintes previsões:

- apresentação de descritivo das infrações administrativas;
- extinção da sanção de suspensão de licitar e contratar do ordenamento licitatório, restando como sanções restritivas de licitar e contratar as penas de impedimento e de inidoneidade;
- imposição de criação de comissão para apuração das infrações que culminam na aplicação das sanções restritivas de licitar e contratar;
- amplitude (âmbito) das sanções restritivas;
- vinculação das infrações com as sanções;
- regras de desconsideração da personalidade jurídica;
- regras de reabilitação, entre outras.

Conforme o autor Ronny Charles Torres (2021), o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados vem evoluindo no decorrer dos anos, desde a legislação e jurisprudência até a doutrina. Ao examinarmos as previsões da Lei nº 8.666/1993, percebemos uma referência de análise de condutas irregulares apenas na parte da contratação. Já com o advento da Lei nº 10.520/2002, avançou-se no sentido de trazer a descrição das infrações, e não só na seara da relação contratual, mas também da fase do procedimento licitatório. Contudo, a NLLC absorveu o melhor dos diplomas em referência ⁵.

1.2 Condições gerais na NLLC sobre sancionados e penalidades

Você sabe quem não pode disputar licitação ou participar da execução do contrato, direta ou indiretamente?

O que são e quais são as cláusulas exorbitantes previstas na norma?

O art. 14 da Lei nº 14.133/2021 normatiza quem não poderá participar da licitação ou da execução contratual, ainda que indiretamente. Aqui, daremos ênfase apenas para a parte que envolve os sancionados. Vejamos:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

(...)

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

(...)

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do caput deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

(...)

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.

Portanto, não poderão participar de licitações e de contratações a pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta. Ademais, no caso de licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos da Lei nº 14.133/2021.

Por sua vez, as cláusulas exorbitantes estão previstas no art. 104 da NLLC. De fato, cláusulas exorbitantes nada mais são que aquelas regras que excedem o direito comum (seriam anormais se postas em condições contratuais entre privados) para prever uma vantagem à Administração, haja vista os interesses perseguidos (interesse público). Além disso, estão previstas na legislação com o intuito de conferir à Administração prerrogativas diversas. Especificamente sobre aplicação de penalidades, tem-se:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

(...)

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

Ou seja, a Administração Pública tem a prerrogativa (a posição de supremacia) de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

1.3 Normatização do processo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados na NLCC

O aperfeiçoamento trazido pela NLCC começa pela descrição das infrações administrativas no art. 155 – primeiro dispositivo a tratar da matéria na nova norma. Essa situação que não é explícita na Lei nº 8.666/1993, mas vem disposta no art. 7º da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e no art. 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011), conforme já destacado.

À vista disso, não há grandes modificações com relação às infrações previstas nas leis esparsas, mas é importante destacar que o inc. II do art. 155 traz um reforço no que se refere à inexecução contratual parcial, impondo sanção diversa e mais severa para quando referida infração causar grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo. Já o inc. VIII do art. 155 traz mais uma infração, denominada “fazer declaração falsa” (conduta bastante comum na participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte quando se autodeclaram na referida condição de forma inverídica). Ademais, uma nova referência na NLCC é a destacada no inc. XII do art. 155, que fala da prática de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

A norma também deixa para traz a infração “cometer fraude fiscal”, disposta nas Leis nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, o que foi assertivo por parte do legislador, pois o cometimento de crime fiscal tem seus aspectos já previstos e regulados em normas específicas.

Sobre as espécies de sanções, a NLCC excluiu a sanção de suspensão temporária de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 anos, constante do art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/1993. Manteve a advertência, a multa, o impedimento de licitar e contratar da Lei nº 10.520/2002 e a declaração de inidoneidade.

Normatiza de modo contundente a amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar, destacando, nos §§ 4º e 5º do art. 156, o âmbito de aplicação das sanções de impedimento e de inidoneidade e os prazos mínimos (inidoneidade) e máximos (impedimento e inidoneidade); atualmente, a jurisprudência ainda diverge sobre a amplitude das sanções de suspensão, inidoneidade e impedimento⁶.

O citado § 4º rege a sanção de impedimento e impede o infrator de licitar e contratar com toda a Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos⁷, ao passo que o § 5º normatiza que a sanção de inidoneidade impedirá o responsável de licitar e contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos (sanção mais grave da norma)⁸.

O § 1º do art. 156 fixa aparatos para cumprir a garantia da justa punição e o devido processo legal, a partir da necessidade de análise de requisitos de proporcionalidade, observando o caso concreto, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos que dela decorrerem e a implantação ou o aprimoramento de programa de integridade (normas, em sua maioria, já destacadas em leis esparsas, editais e jurisprudência). É um importante norteador do gestor público na instituição de regulamento próprio para a condução de processos administrativos sancionadores, em especial quanto às circunstâncias a serem consideradas atenuantes e agravantes, promovendo uma parametrização de análise das situações verificadas.

Ainda, os §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 156 trazem uma especial singularidade no sentido de vincular a infração ao tipo de sanção a se aplicar. Ou seja, expressamente conecta-se a infração ocorrida com a sanção a ser passível de aplicação. No caso da advertência (inc. I do *caput* do art. 156), apenas resta vinculada a uma infração, qual seja: relativa à conduta do inc. I do art. 155. Isso proporciona mais clareza à Administração, auxiliando sobre qual sanção aplicar diante do cometimento de determinadas infrações por licitantes e contratados, impedindo discricionariedades, em especial no caso de aplicação de sanções graves a infrações menos “expressivas”. Por conseguinte, a norma deixa de associar a

sanção de multa a algum tipo determinado de infração, destacando que esta poderá ser aplicada a todas as infrações do art. 155, de modo cumulativo com as demais previstas (nos termos do § 7º do art. 156), regra já prevista na Lei nº 8.666/1993.

Sobre a sanção de multa, então, há de ser bem mais “salgada” em relação às que já vinham sendo aplicadas pela Administração, por força de normas esparsas, editais e jurisprudência. As atuais normas não traziam a previsão de percentual, restando ao gestor a regulamentação sobre os percentuais mínimos e máximos. Agora, a NLLC padroniza que a multa não poderá ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado (em caso de sanção de multa aplicada no âmbito de condutas cometidas no procedimento licitatório) ou celebrado (no caso de multa cobrada durante a execução contratual).

A Lei nº 14.133/2021 também dilata o prazo de defesa já previsto na Lei nº 8.666/1993. Ou seja, faculta a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis, contados da data de sua intimação, tanto para a sanção de multa quanto para as sanções restritivas de licitar e contratar.

Outro especial destaque se faz com relação à previsão da necessidade de análise de determinados procedimentos pelas assessorias jurídicas, uma segurança maior aos procedimentos da NLCC como um todo, uma vez que ampliou o controle de legalidade do órgão jurídico. Entre eles: (i) o constante do § 6º do art. 156, que obriga, no caso de aplicação da sanção de inidoneidade, a precedida análise jurídica; (ii) o previsto no art. 160, que exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração da personalidade jurídica; e (iii) o procedimento do art. 163 (reabilitação do licitante ou contratado), que obriga a análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo, sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação previstos no ato sancionador.

Sobre o procedimento sancionador em si, a Nova Lei destaca, no art. 158, a necessidade de observância de determinadas regras: (i) instauração de processo de responsabilização; (ii) constituição de comissão formada por no mínimo 2 (dois) servidores estáveis em caso de órgão composto por servidores estatutários, ou, no caso de órgão não composto por servidores estatutários, formada de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade; (iii) providências de intimação para manifestação do licitante ou contratado em 15 dias úteis; (iv) oportunidade de solicitação do licitante ou contratado para produzir provas; (v) deferimento do pedido de produção de provas ou com provas juntadas pela comissão, proporcionando ao interessado a apresentação de alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

O § 4º do art. 158 regulamenta a prescrição, que ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração. A prescrição será interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o *caput* deste artigo, bem como suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 ou por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa. Referida normatização nada mais destaca o poder-dever do gestor público para, no prazo de até 5 anos, instaurar processo de responsabilização de licitante ou contratado.

Por força do *caput* do art. 159, as infrações da Nova Lei ou previstas em normas sobre licitações e contratos, também tipificadas na Lei nº 12.846/2013, serão apuradas e julgadas conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida norma (Lei Anticorrupção).

Outra considerável novidade sobrevém da previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo sancionador. Por força do art. 160, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada no caso de ser utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nessa Lei ou para provocar confusão patrimonial, estendendo todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado⁹. Além disso, conforme já citado, para o procedimento, a Lei exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração, reforçando o controle de legalidade em procedimento administrativo mais severo aos licitantes e contratados.

Regras de publicidade das sanções estão dispostas no art. 161, que obriga órgãos e entidades a incluírem as sanções por eles aplicadas, no prazo máximo de 15 dias úteis, nos portais informativos: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo fala da necessidade de regulamentação, pelo Poder Executivo respectivo, da forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

O art. 162 trata da multa de mora em caso de atraso injustificado da execução, frisando que poderá ser esta convertida em compensatória.

A última previsão em matéria sancionadora é a do art. 163 que traz novidades quanto à reabilitação, antes pouco tratada na Lei nº 8.666/1993. Fala da observância de exigências cumulativas para a reabilitação, sendo a especial delas a necessidade de transcurso mínimo de 1 ano da sanção de impedimento e de 3 anos no caso da aplicação da sanção de inidoneidade. Ou seja, a reabilitação se mostra possível tanto para o caso da imposição da sanção de impedimento quanto para a sanção de inidoneidade, desde que se tenham cumpridos, entre outros, os prazos mínimos de sanção estipulados na norma. Por conseguinte, prevê para a utilização do instituto a obrigatoriedade de análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação, a reparação integral do dano causado, o pagamento da multa aplicada e o cumprimento de demais condições previstas no ato punitivo (destaque especial para a obrigatoriedade de se prever no ato punitivo as condições de reabilitação).

Reforça o parágrafo único do art. 163 que a aplicação de sanção para as infrações previstas nos incs. VIII e XII do *caput* do art. 155 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

2. INFRAÇÕES E SANÇÕES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: PONTO A PONTO

2.1 Sanções previstas para licitantes e contratados

O art. 156 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) – Lei nº 14.133/2021 – prevê quatro tipos de sanções que serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas, Vejamos:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Destacamos, aqui, a previsão normativa do *caput* voltada ao “responsável pelas infrações administrativas”, absorvendo tanto os licitantes quanto os contratados, pois as infrações administrativas estabelecidas no art. 155 são praticadas apenas por licitantes, apenas pelo contratado ou, a depender da infração, podem ser praticadas por ambos.

A sanção de advertência ainda permanece na nova Lei, apesar de discussões sobre ela ser ou não uma sanção, ao passo que a sanção de suspensão de licitar e contratar, prevista no art. 87 da lei nº 8.666/1993, restou extinta na Lei nº 14.133/2021. Como sanções restritivas de licitar e contratar, permanecemos apenas com as sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Voltando um pouco para a sanção de advertência, esta pode ser identificada como a mais leve das sanções, voltada exclusivamente ao cometimento da infração prevista no inc. I do art. 155, qual seja: “dar causa à inexecução parcial do contrato”. Aqui já identificamos que ela será aplicada apenas ao contratado, uma vez que estamos falando sobre inexecução parcial do contrato. Portanto, conclui-se que não haverá infração cometida por licitante no procedimento licitatório que reste sancionado com

advertência.

Por conseguinte, temos a sanção de multa, que não é exclusivamente vinculada ao cometimento de uma ou algumas das infrações destacadas no art. 155, mas é aplicável a todas elas, desde que cumulada com algumas das demais sanções. Ou seja, “será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei” (art. 156, § 1º), e as sanções previstas nos incs. I, III e IV do *caput* do art. 155 “poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II” (art. 155, § 7º), o que nos permite concluir não ser a sanção de multa (art. 156, inc. II) aplicável de maneira isolada, já que não é vinculada a uma infração em específico (pois todas as infrações do art. 155 são vinculadas ou à sanção de advertência, ou à sanção de impedimento, ou à sanção de inidoneidade).

Por fim, as demais sanções previstas tratam das restritivas de licitar e contratar, com maior grau de gravidade e reprovabilidade em relação às infrações administrativas vinculadas (art. 156, incs. III e IV). A sanção de impedimento de licitar e contratar na NLLC é aplicável pelo prazo de até 3 anos (diferente do prazo hoje previsto para ela no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 – de até 5 anos), ao passo que a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é aplicável entre o prazo mínimo de 3 anos e máximo de 6 anos.

2.2 Sanção de advertência

Como já tratado, as sanções previstas na NLLC são: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, conforme o art. 156. Agora, analisaremos a sanção de advertência, prevista no inc. I do art. 156.

E o que seria essa advertência? Uma comunicação formal ao contratado, advertindo-o quanto à infração praticada. Conforme a Lei nº 14.133/2021, a sanção de advertência será aplicada exclusivamente na ocorrência da infração prevista no inc. I do art. 155. Tal regra é constatada a partir da análise do § 2º do referido art. 156, regulando que a advertência será aplicada quando o contratante der causa à inexecução parcial do contrato, que não cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo.

De tal modo, observa-se, portanto, que a sanção de advertência será aplicada apenas no âmbito da execução do contrato administrativo, pois a infração vinculada à sanção se trata da inexecução parcial do contrato.

Ademais, conforme o art. 158, que trata da necessidade de comissão para apuração das infrações e aplicação de sanções, não é exigida comissão para o caso da ocorrência de infração passível da sanção de advertência. Conforme o *caput* do dispositivo, apenas será exigida comissão para o caso de aplicação das sanções de impedimento e de declaração de inidoneidade.

Na doutrina, ainda, há discussão quanto ser ou não ser a advertência uma “sanção”, já que acaba por não causar nenhum “prejuízo” ao contratado. Contudo, há de se deter a previsão da norma, que traz a advertência no rol das sanções e de que, a depender do regulamento do órgão, poderá ser considerada para fins de reincidência ou agravante em relação ao cometimento de nova infração.

2.3 Sanção de impedimento

Para a sanção de impedimento de licitar e contratar, prevista no inc. III do art. 156 da Lei nº 14.133/2021, há infrações a ela vinculadas.

Nesse sentido, conforme o § 3º do art. 156, a sanção de impedimento de licitar e contratar será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do art. 155, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

Referida sanção impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

Importa lembrar que, na atual Lei nº 10.520/2002, que regula o pregão, o art. 7º prevê a mesma

sanção, entretanto com um prazo de até 5 anos.

Seguindo na NLLC, sobre a sanção de impedimento, destaca-se que se mantém a abrangência prevista na Lei do Pregão, qual seja: no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção.

Por conseguinte, voltando ao § 4º do art. 156, quais são as infrações passíveis da aplicação da sanção de impedimento? São elas:

- dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- dar causa à inexecução total do contrato;
- deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado.

Analisa-se, da apresentação das infrações, que são elas tanto de ocorrência durante o procedimento licitatório quanto na execução contratual. Por exemplo: no caso de algum licitante não entregar documentação de habilitação quando convocado para tanto, a partir do processamento da infração, poderá ser condenado à sanção de impedimento por até 3 anos. Portanto, é necessário que Administração, licitantes e contratados se atentem às previsões da norma, dos editais e contratos, de modo que cada um exerça suas responsabilidades com vistas ao sucesso da contratação, evitando o descumprimento das regras.

2.4 Sanção de declaração de inidoneidade

Abordaremos, a seguir, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, prevista no inc. IV do art. 156 da Lei nº 14.133/2021, e as infrações que a ela estão vinculadas.

Nesse sentido, conforme o § 5º do art. 156, a sanção de declaração de inidoneidade será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incs. VIII, IX, X, XI e XII do *caput* do art. 155 da NLLC, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incs. II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção de impedimento de licitar e contratar, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Cumprir destacar que referida sanção vincula todos os entes da Administração Pública direta e indireta. Ou seja, vale para todos os municípios, estados, Distrito Federal e União.

Seguindo na NLLC, sobre a sanção de declaração de inidoneidade, esta é a única que a norma prevê autoridade competente para aplicação, qual seja: quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; e, quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas anteriormente, na forma de regulamento.

Ademais, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade deverá ser precedida de análise jurídica (art. 156, § 6º).

Por conseguinte, voltando ao § 5º do art. 156, vejamos as infrações passíveis da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade:

- a. apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- b. fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- c. comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- d. praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- e. praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

Por fim, destacamos que as infrações são tanto de possível ocorrência durante o procedimento licitatório quanto na execução contratual. A infração de declaração falsa, por exemplo, pode ocorrer nos casos de microempresas ou empresas de pequeno porte que se autodeclararam nessa condição para participação nos procedimentos licitatórios, mas não cumprem os requisitos para tanto.

2.5 Amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar

A sanção de impedimento de licitar e contratar tem sua amplitude prevista nos seguintes termos: “no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção”. Ou seja, para com o ente sancionador, com prazo máximo de 3 anos.

Já a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar: “no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos”. Ou seja, para com todos os entes, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Portanto, a nova Lei esclarece a amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar, destacando, nos §§ 4º e 5º do art. 156, o âmbito de aplicação das sanções de impedimento e de declaração de inidoneidade.

2.6 Multa moratória e multa compensatória: diferenças

Em análise aos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993 e aos arts. 156, inc. II, §§ 3º e 7º, e 162 da Lei nº 14.133/2021, a Administração poderá prever, nos editais e contratos, a incidência de multa nos casos de atraso ou descumprimento de regras, cuja aplicação requer a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

O *caput* do art. 86 da Lei nº 8.666/1993 e o art. 162 da Lei nº 14.133/2021 falam especificamente na multa de mora. A multa moratória é aquela aplicada em razão do atraso no cumprimento da obrigação.

Já a multa compensatória tem por objetivo compensar a Administração pelo dano que lhe é causado a partir do descumprimento ou da inadimplência da obrigação contratual ou de alguma cláusula editalícia.

Se analisarmos as previsões da Lei nº 8.666/1993, não identificaremos nenhuma definição de percentual para a aplicação de multas, apenas consta que este deve ser definido nos editais e contratos, discricionariamente, observando-se, por óbvio, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, a NLLC, art. 156, § 3º, normatiza que a sanção de multa será calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 da norma.

A multa moratória exige o cumprimento das seguintes condições: o descumprimento de prazo

contratual (atraso) e a previsão no edital ou respectivo contrato. Ela não tem caráter indenizatório, mas sim sancionatório, ou seja, seu objetivo é reprimir o atraso no cumprimento de prazo contratual.

Por conseguinte, a multa compensatória exige o descumprimento de obrigação e deve vir prevista no edital e/ou contrato. Pode ser cumulada com a multa moratória, uma vez que se trata de situações com incidência (fato gerador) diversas e não tem caráter sancionatório, mas sim indenizatório, tendo por finalidade compensar a Administração pelos prejuízos advindos de uma conduta.

Em resumo, a multa moratória é aplicada em razão do atraso no cumprimento da obrigação. É calculada por dia de atraso, e a multa compensatória tem a finalidade de compensar a Administração pelo dano que lhe é causado pela inadimplência da obrigação. É calculada pela compensação à Administração.

2.7 Autoridade competente

Quem será a autoridade competente para aplicar essas sanções?

A NLLC não alterou a regra já prevista. Assim como a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 87, § 3º, destaca ser de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, a Lei nº 14.133/2021, no § 6º do art. 156, regula que quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade.

E prevê ainda a NLLC: quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades já referidas.

Contudo, tanto na Lei nº 8.666/1993 quanto na Lei nº 14.133/2021, essa competência exclusiva de aplicar sanção para com a “autoridade superior/máxima” vem como imposição legal apenas para o caso da aplicação da sanção mais grave das previstas, ou seja, para o caso da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade.

E para as demais sanções? Quem seria a autoridade competente?

Esse é um ponto a ser regulamentado, deixando a norma em aberto para que entes, órgãos ou unidades administrativas definam quem será essa autoridade competente. Ou seja, a norma não obriga e não nomeia a autoridade competente para os casos de aplicação de advertência, multa e impedimento.

Nessas situações, é importante destacar que a autoridade poderá ser um ordenador de despesas, o gestor do contrato, o diretor da unidade etc., conforme as mais diversas estruturas previstas e regras já vigentes nesse sentido.

Contudo, nada impede que a regulamentação especifique a mesma autoridade competente para todas as sanções (nos termos impostos pela norma para a sanção de declaração de inidoneidade), devendo se ter em mente que, nos demais casos, havendo recurso administrativo da aplicação de sanção, deverá esse recurso subir à autoridade superior. Explicamos: no caso de ser previsto que a sanção de impedimento será aplicada pelo secretário de estado, o recurso deverá subir, por regra de estrutura e autoridade máxima do Poder Executivo, para análise do governador de estado. Lembramos que, no caso da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, que tem por autoridade máxima o secretário de estado, será passível de pedido de reconsideração, ficando a análise deste a cargo do próprio secretário de estado.

2.8 Procedimento de aplicação de penalidade

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como norma geral de licitações e contratos, traz previsão sobre diversas regras procedimentais relativas à aplicação de penalidades.

Se avaliarmos o art. 158, em especial as regras do *caput*, já observamos uma evolução em relação aos regramentos licitatórios vigentes quanto à obrigatoriedade de constituição de comissão para apuração, no caso da ocorrência de infrações que estejam vinculadas diretamente às sanções de impedimento e de inidoneidade.

Por conseguinte, o § 1º do art. 155 trata de condições ao processo sancionador para a observância da garantia da justa punição, no qual deverão ser verificadas: (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; e (v) a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Desse modo, já temos um ótimo norteador para o desenvolvimento de referido processo nos órgãos da Administração, restando espaço, assim, para a publicação de regulamento que defina regras de processamento e dosimetria, podendo estas estar, inclusive, definidas diretamente em edital.

Logo, no processamento das infrações pela Nova Lei deve ser observado:

a. a instauração de processo de responsabilização;

b. a constituição de comissão formada por no mínimo 2 (dois) servidores estáveis em caso de órgão composto por servidores estatutários, ou, no caso de órgão não composto por servidores estatutários, formada de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade;

c. as providências de intimação para manifestação do licitante ou contratado em 15 dias úteis;

d. a oportunidade de solicitação pelo licitante ou contratado de produzir provas;

e. do deferimento do pedido de produção de provas ou com provas juntadas pela comissão, oportunizar ao interessado a apresentação de alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis;

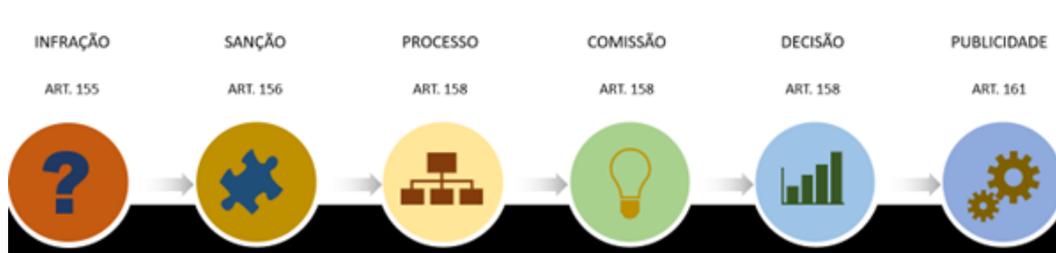
f. a abertura de prazo recursal;

g. o efeito suspensivo ao recurso e ao pedido de reconsideração; e

h. a publicidade das sanções aplicadas em portal respectivo, objetivando amplo conhecimento.

Em resumo, temos o seguinte sobre o procedimento sancionador:

Figura 2 – Procedimento sancionador



Cumpridas essas formalidades, o processo sancionador estará apto para produzir seus efeitos perante a Administração e terceiros.

2.9 Comissão de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados

A NLLC, ao regulamentar as regras de aplicação de penalidades a licitantes e contratados, no Título IV, Capítulo I, traz nova obrigatoriedade em relação à condução do processo administrativo sancionador de licitantes e contratados: necessidade de designação de comissão para aplicação de sanções.

O destaque vem previsto no art. 158 da Lei e, já em seu *caput*, traz a regra sobre o tipo de sanção e sua vinculação à obrigatoriedade de instaurar comissão. Ou seja, normatiza que a aplicação das sanções de impedimento (art. 156, inc. III) e de inidoneidade (art. 156, inc. IV) requererá a instauração de processo de responsabilização a ser conduzido por comissão.

Nesse sentido, podemos aferir, de imediato, que, no caso de aplicação das demais sanções (advertência e multa), não há necessidade de constituir comissão. Possivelmente pelo fato de que tais sanções não têm um *status* rigoroso em relação à continuidade das atividades da empresa na participação em licitações e contratações com a Administração Pública, lembrando que a sanção de multa, em qualquer hipótese, apenas existe vinculada a outras sanções previstas na norma, de modo cumulativo (art. 156, § 7º).

Mas será a melhor saída instituir comissão apenas para processar esses dois tipos de sanção? Se levarmos em conta as regras de governança, a estrutura operacional e de pessoal, a especialidade com relação à matéria, as capacitações sobre o tema, entre outros, será que não seria mais estratégico já utilizar a comissão para análise de toda e qualquer aplicação de sanção? Pensamos que sim. Inclusive porque, em muitas das situações de aplicação de sanção de impedimento e inidoneidade, temos de cumular com a sanção de multa (que, pela análise dos arts. 155 e 156, podemos concluir que não será aplicada de maneira isolada para nenhum tipo de infração, como já destacado). Ademais, essa comissão pode ser permanente dentro do órgão, avaliando todas as infrações passíveis de sanção, tornando-se “especialista” na matéria.

Entretanto, a norma não fala em comissão permanente. Contudo, mais uma vez penso ser a melhor orientação a ser seguida. Claro que muitos acabam por questionar sobre a aplicação da sanção de advertência (que só resta como sanção no caso de cometimento da infração prevista no inc. I do art. 155), que pode ter processamento mais célere, a ser feito até mesmo dentro da gestão contratual, pelas figuras que dela são responsáveis. Pode sim ter um processo mais célere na aplicação de advertência e, ainda assim, ser conduzido por uma comissão.

Já no que diz respeito à composição da comissão, a norma destaca que deverá ser constituída de no mínimo 2 (dois) servidores estáveis e, no caso de órgão ou entidade da Administração Pública que no quadro funcional não conte com servidores estatutários, deverá ser composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou na entidade. São regras para dar mais higidez ao processo de apuração.

Em tempo, a comissão terá por competência avaliar fatos e circunstâncias, bem como intimar o licitante ou contratado para apresentar defesa. Seguindo, poderá ficar responsável por conduzir as “atividades” administrativas e técnicas da tramitação do processo de responsabilização. Tal fato pode ser afirmado quando avaliamos os §§ 2º e 3º do art. 158, que impõem atividades no seguinte sentido: (a) “na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação”; e, (b) “serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas”.

Por fim, acreditamos ser importante a condução de todo o processo sancionador pela comissão, a regulamentação para além de sua constituição, dando autonomia para realização de atos administrativos que envolvam a necessidade de esclarecimentos e avaliação dos fatos e, também, garantindo sobre ela a responsabilidade de constituir “parecer técnico” de avaliação e sugestão de aplicação ou não de sanções para que, assim, encaminhe os autos para a análise da autoridade superior definida como aplicadora da sanção.

2.10 Desconsideração da personalidade jurídica

Outra considerável novidade no âmbito do processo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados na NLLC que sobrevém da previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo sancionador.

Por força do art. 160 da Lei nº 14.133/2021, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada no caso de ser utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei ou para provocar confusão patrimonial, estendendo todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

Tal situação já foi tratada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e exige, para além dos requisitos da norma, a análise de evidências de determinados requisitos para sua constituição, quais sejam:

O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação. (TCU, Acórdão nº 1.831/2014, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.07.2014)

Desse modo, para tanto, não prospera apenas a presença simples e clara da identificação da mesma composição societária para a caracterização da desconsideração da personalidade jurídica, há de se verificar os demais requisitos para sua constituição com força de burla à sanção já aplicada anteriormente ou de sancionar diretamente sócios e administrador que praticam ilícitos para dissimular, encobrir ou facilitar práticas relacionadas ao cumprimento da lei.

Ainda em 2012, o TCU já destacava a necessidade de se identificar, no fato, a “força/intenção de burla” e destacou, a exemplo, que a “declaração de inidoneidade de determinada empresa só pode ser estendida a outra de propriedade dos mesmos sócios quando restar demonstrada ter sido essa última constituída com o propósito deliberado de burlar a referida sanção” (TCU, Acórdão nº 2.958/2012, Plenário, Rel. Min. José Jorge, 31.10.2012)

Além disso, para o procedimento em tela, ou seja, para “aplicar” a desconsideração da personalidade jurídica, a lei exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração, reforçando o controle de legalidade em procedimento administrativo mais severo aos licitantes e contratados.

É importante observar, por fim, que a desconsideração da personalidade jurídica prevista na NLLC não tem um caráter pecuniário da teoria. O que se tem, exclusivamente, é dar efetividade às sanções aplicadas às pessoas jurídicas, passando para outras pessoas jurídicas ou pessoas físicas (sócios/administradores) o sancionamento.

2.11 Reabilitação de sancionados

Como já vimos, a Lei nº 14.133/2021, no que se refere às penalidades aplicáveis aos licitantes e contratados, apresenta procedimentos bem mais detalhados do que os hoje previstos nas normas Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2002. Um deles diz respeito ao procedimento de reabilitação, destacado no art. 163 da norma.

O procedimento de reabilitação é admitido a partir de solicitação/pedido do licitante ou contratado perante a autoridade que aplicou a penalidade. Contudo, requisitos devem ser cumpridos para tanto. São eles:

a. reparação integral do dano causado à Administração Pública, no caso, claro, de existir dano e este ter sido expresso em decisão fundamentada, com oportunização de contraditório e ampla defesa;

b. pagamento da multa, se for o caso, e se também tiver sido prevista na decisão sancionadora;

c. transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

d. cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo, no caso de estar prevista outra condição peculiar ao caso concreto;

e. análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos na norma.

Dos requisitos, dois deles merecem especial destaque. O primeiro é o que exige análise jurídica prévia ao deferimento da reabilitação do sancionado, uma vez que o órgão consultor deverá avaliar os requisitos e se posicionar “conclusivamente” sobre o cumprimento desses. Como todos sabem, o papel da assessoria jurídica na nova Lei vem de maneira mais robusta, com diversos dispositivos exigindo a participação dessa em procedimentos. É uma forma de maior controle de legalidade, segurança jurídica e suporte tanto para a Administração Pública quanto para o próprio licitante ou contratado. A reabilitação é praticamente um “salvo-conduto” aos licitantes e contratados, que, em momento oportuno, podem se “redimir” em relação às infrações cometidas. Ter a assessoria jurídica presente na análise das condições para tanto é importante, uma vez que a avaliação dos requisitos deve passar por um olhar além da comissão de aplicação de penalidade ou da autoridade que aplicou a pena.

Outro requisito que merece atenção é o referente ao prazo mínimo de cumprimento da sanção para então ser solicitada a reabilitação. A norma diz que, no caso de aplicação de sanção de impedimento, deverá o licitante ou contratado cumprir no mínimo 1 ano da sanção. O que podemos concluir dessa previsão? Que a reabilitação, no caso de sanção de impedimento, só poderá ser requerida no caso de o prazo da sanção aplicada ser superior a 1 ano.

Nesse contexto, é sabido que os prazos (respeitados os mínimos e máximos previstos em lei) ficam na discricionariedade do gestor, que, por prudência, deve regulamentar a dosimetria de suas avaliações, evitando punições discrepantes uma das outras por fatos idênticos ou similares. Portanto, em conclusão, caso haja uma aplicação de sanção de impedimento a um licitante pelo prazo de 10 meses, não poderá ele solicitar a reabilitação.

Já o prazo mínimo para o pedido de reabilitação, no caso da sanção de inidoneidade, é de 3 anos. O que acaba por coincidir com o prazo mínimo possível de aplicação dessa sanção. Portanto, no caso de ser aplicado prazo maior de 3 anos de sanção de inidoneidade ao licitante, este poderá solicitar sua reabilitação.

Com base nesses prazos, já existe quem defenda que o prazo mínimo da sanção de impedimento é de 1 ano, em razão dessa previsão do art. 163. Porém, não concordamos com tal posicionamento, pois, se assim fosse, a norma já havia de disponibilizar esse prazo quando, no art. 156, trata das sanções e seus prazos mínimos e máximos.

2.12 Prescrição no processo sancionador

Novidade prevista pelo legislador quanto ao processo de aplicação de penalidades a licitantes e contratados são as regras referentes à prescrição, pois a Lei nº 8.666/1993 não disciplina, na parte do processo sancionador, a prescrição das penalidades a que está sujeito o contratado.

O § 4º do art. 158 da Lei nº 14.133/2021 destaca que a prescrição ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será interrompida pela instauração do processo de responsabilização de licitantes e contratados, suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 e por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa, vejamos:

Art. 158. (...)

(...)

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

Mas o que quer dizer esse prazo prescricional?

O prazo prescricional de 5 anos serve para indicar que a Administração Pública deve iniciar a apuração da infração (dos fatos) dentro de cinco anos, a partir do momento que teve conhecimento dos fatos. Assim, a prescrição nada mais existe para que alerte a Administração de que o processo sancionador deve ser aberto dentro do prazo de 5 anos, sob pena de não mais poder punir o infrator. E mais um alerta: a norma prevê o termo inicial da prescrição, qual seja: contados da ciência da infração pela Administração.

2.13 Publicidade das sanções

Aqui, trataremos sobre a obrigatoriedade de publicidade das sanções prevista na Lei nº 14.133/2021.

As regras de publicidade das sanções estão normatizadas no art. 161 da NLLC, que obriga órgãos e entidades a incluírem as sanções por eles aplicadas a licitantes e contratados, no prazo máximo de 15 dias úteis, nos respectivos portais informativos: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal.

Contudo, é importante observar que o dispositivo não faz referência apenas à publicidade das sanções restritivas de licitar e contratar. Usa a expressão “sanções”. Ou seja, não refere que a publicidade deva apenas considerar a sanção de impedimento e de declaração de inidoneidade, abrindo espaço para que as sanções de multa e de advertência também sejam, de alguma forma, publicizadas, facilitando o acesso de todos e a regulação das regras de dosimetria das sanções a ser instituída pelos órgãos.

Ademais, o *caput* do artigo não deixa a obrigatoriedade de dar publicidade para somente o Poder Executivo, mas também para os “órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos”.

Já com relação ao prazo que os órgãos e entidades tem para dar publicidade, a norma prevê 15 dias úteis contados da data de aplicação da sanção.

Por conseguinte, o parágrafo único do referido artigo alude à necessidade de regulamentação, pelo Poder Executivo respectivo, da forma de cômputo e das consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos. Importante ferramenta a ser implantada pelos órgãos no sentido de avaliar dosimetrias, reincidências e outras situações que impliquem a formalização da aplicação de sanções a licitantes e contratados.

Ao fim, cumpre destacar que a publicidade já feita por algum órgão ou entidade em portal próprio não exime estes de dar publicidade aos cadastros respectivos previstos na NLLC, que têm amplo acesso e publicidade para todo país.

2.14 Papel da assessoria jurídica no procedimento de aplicação de penalidades

Como bem observado, as inovações sobre o procedimento sancionador de licitantes e contratados na Lei nº 14.133/2021 não param por aí. Em pelo menos dois momentos (procedimentos), o legislador obriga a análise prévia da assessoria jurídica no desenvolvimento dos atos administrativos.

Já em outras duas situações, o normatizador exige posicionamento conclusivo da assessoria sobre o cumprimento de determinados requisitos, entre eles a reabilitação e a disposição da assessoria jurídica para com a autoridade superior no sentido de auxiliar na análise de recursos e pedidos de reconsideração. Já sabemos que a assessoria jurídica tem um papel “diferente” na nova

Lei, atuando como controle prévio de legalidade das contratações. Aqui, trata-se de contratações de modo amplo, justamente por observar que algumas das situações em que a assessoria se faz presente e tem um papel, não diz respeito exatamente à contratação em si, mas sim a procedimentos que envolvem previamente e posteriormente a contratação.

Portanto, são no total quatro situações que exigem análise jurídica durante o processo de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados. Ou melhor, quatro momentos em que a unidade jurídica participa do procedimento administrativo sancionador. São eles:

I. Momento da decisão de aplicação da sanção de inidoneidade, procedimento exigido no § 6º¹⁰ do art. 156

Tal providência é justificável em razão da gravidade da sanção a ser aplicada e da amplitude de abrangência da sanção de inidoneidade, qual seja, para proibição de licitar e contratar com todos os entes. A assessoria jurídica fará um controle de legalidade com relação ao cumprimento das regras do procedimento, da vinculação da infração à correta sanção, da aplicação da garantia da justa punição, entre outros, assegurando também a integridade do processo apuratório.

II. Análise jurídica prévia à decisão de desconsideração da personalidade jurídica regulamentada no art. 160¹¹

A NLLC normatiza a desconsideração da personalidade jurídica, com cunho de “fazer valer” a sanção aplicada, e, nesse sentido, não deixa também o legislador de obrigar a análise jurídica prévia à decisão da autoridade competente sobre a desconsideração.

III. Procedimento do art. 163¹², que obriga análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo, sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação pelo sancionado

Quando em artigo anterior da coluna já tratei do procedimento de reabilitação e entre as condições destacadas verificamos a necessidade de análise, pela assessoria jurídica, do cumprimento dos requisitos de reabilitação. Ou seja, conforme o *caput* do art. 163, para que o sancionado seja reabilitado deverá cumprir cumulativamente com requisitos, entre eles, o pagamento da multa estipulada, por exemplo. Nessa situação, fará o sancionado o pedido de reabilitação, demonstrando o cumprimento das condições, e estas deverão ser analisadas e avaliadas pela assessoria, que se manifestará sobre o cumprimento.

IV. Auxílio à autoridade competente na análise de recursos e pedidos de reconsideração nos termos do parágrafo único¹³ do art. 168

Considerando a fase recursal existente no procedimento sancionador, conforme arts. 166 e 167 da nova Lei, a norma destaca que a autoridade competente será auxiliada pela assessoria jurídica que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Portanto, momentos importantes no processamento de licitantes e contratados que cometerem infrações, deverão ter a participação da assessoria jurídica, de modo obrigatório, conforme a norma geral de licitações e contratos, o que não impede, por conseguinte, que o legislador local dê outras atribuições para o órgão jurídico, objetivando mais controle de legalidade nos procedimentos.

2.15 Meios de defesa no processo de aplicação de penalidades

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

Ao passo que o art. 157 da norma faz referência à necessidade de oportunização de apresentação de defesa pelo licitante ou contratado no caso da aplicação da sanção multa, o art. 158, *caput*, prevê a necessidade de que a comissão processante intime o interessado para apresentação de defesa no caso da imputação de infrações que impliquem as 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 contados da data da intimação do interessado.

Por conseguinte, não se vislumbra na nova Lei a previsão expressa de prazo de defesa para o caso de implicar a aplicação da sanção de advertência (prevista para o caso da ocorrência da infração destacada no art. 155, inc. I). Nesse sentido, 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/1988). Portanto, no caso, deverá ser dado ao licitante ou contratado prazo para apresentação de defesa, e como sugestão, ofertando o mesmo prazo de 15 dias úteis dado pela nova Lei para as situações já destacadas.

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 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 é disciplinado no art. 166, destacando que, da aplicação das sanções previstas nos incs. I, II e III do *caput* do art. 156 (advertência, multa e impedimento) dessa lei, caberá recurso no prazo de 15 dias úteis, contados da data da intimação. 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, contados do recebimento dos autos. Note-se 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 inc. IV do *caput* do art. 156 dessa lei (declaração de inidoneidade), que deverá ser apresentado no prazo de 15 dias úteis, contados da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 dias úteis, contados de 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.

3. BOAS PRÁTICAS PARA O PROCESSO SANCIONADOR

3.1 Poder-dever do gestor em instaurar processo de aplicação de penalidades

Você sabia que os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações ou gerenciar contratos devem autuar processo administrativo para o processamento de infrações praticadas por licitantes e por contratados?

É o que preceitua o Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 754/2015, Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, julgado em 08.04.2015, que serviu de alerta para todos os órgãos do país começarem a “se mexer” e já apresentei em capítulo anterior.

No caso, tratou a decisão de definir como poder-dever do gestor a instauração de processo sancionador, com vistas ao possível apenamento das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado na legislação como infração, sob pena de ser responsabilizado senão o fizer.

Melhor dizendo, sempre que o gestor constatar a existência de infração às licitações ou contratos, nasce para ele a obrigação de agir, no sentido de instaurar procedimento apuratório específico visando à “investigação” dos fatos e sua correlação com as infrações previstas em norma. No entanto, conforme bem destacado no referido Acórdão,

a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir. (TCU, Acórdão nº 754/2015, Plenário, Re. Min. Ana Arraes, julgado em 08.04.2015)

E segue informando sobre a necessidade da Administração “orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma”.

Portanto, conforme exposto, importante ressaltar a possibilidade de restar verificado que a falta ocorreu por fato superveniente, justificável e plausível, quando então o gestor estará dispensado da abertura do expediente.

Você conhece essa decisão? Ela serviu e tem servido de fundamento para regulamentações sobre o procedimento de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados em todo país, a exemplo da Instrução Normativa da Presidência da República nº 01, de 13 de outubro de 2017.

3.2 Efeitos das sanções restritivas de licitar e contratar nos contratos administrativos

Você sabe quais são os efeitos das sanções restritivas de licitar e contratar (impedimento e declaração de inidoneidade) aos contratos vigentes? Produzem efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*?

Trata-se de uma questão que sempre gera bastante dúvida, e a Lei nº 14.133/2021 não veio esclarecer. Entretanto, em resumo, explicamos o que são esses efeitos:

- Efeito *ex nunc*: efeitos para o futuro, para frente.

- Efeito *ex tunc*: efeitos retroativos, ao passado.

Sobre o questionamento feito, destacamos duas importantes decisões para nortear a resposta. A primeira decisão é do Superior Tribunal de Justiça (STJ), datada de 2008, vejamos:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).
3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.
5. Segurança denegada. (STJ, MS nº 13.101/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 14/05/2008)

Portanto, em que pese a sanção de inidoneidade, a decisão foi no sentido de que esta produz efeitos apenas para o futuro, sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.

Na mesma linha, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 2.183/2019, assim se manifestou sobre o tema:

Voto

12. Com efeito, a despeito da proximidade das datas, a superveniência da mencionada sanção administrativa, por si só, não teria o condão de ensejar a nulidade ou a rescisão do contrato em epígrafe, uma vez que a suspensão temporária para licitar produz efeitos *ex nunc*, não se aplicando

automaticamente aos contratos já celebrados, sobretudo em contratos outros distintos do que gerou a sanção, consoante jurisprudência predominante desta Casa.

13. Como é sabido, em sanção mais grave de declaração de inidoneidade, esta Corte seguindo jurisprudência inaugurada pelo STJ nos MS 13.101-DF, Min. Eliana Calmon, de 9/12/2008, e 13.964, Min. Teori Zavascki, de 25/5/2009, estabeleceu que seus efeitos são para o futuro ou *ex nunc*, nos termos dos Acórdãos 1262/2009-Plenário, Min. José Jorge, e 1340/2011-Plenário, Min. Weder de Oliveira. Mesma regra se aplica a suspensão temporária para licitar. (TCU, Acórdão nº 2.183/2019, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, Data de Julgamento: 11/09/2019)

O TCU também salienta que a sanção produz efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroage, não se aplicando automaticamente aos contratos já celebrados, sobretudo em contratos outros diferentes do que gerou a sanção.

E o que isso quer dizer? Que, em muitas situações, os contratos outros seguirão vigentes, mas podem ser avaliados pelas autoridades na perspectiva de sua gestão contratual, com vistas a verificar se suas condições se cumprem. Em alguns casos, o contrato vigente poderá ser reavaliado quanto à sua manutenção, ao passo que, em determinadas infrações, ele poderá ser abarcado e decidida sua extinção. Mas o que é importante frisar é que o efeito da sanção é para frente, e qualquer decisão para com os contratos e sua extinção não é automática.

3.3 Diligências nos procedimentos licitatórios e a instauração de processo sancionador

Ainda que a NLLC faça correlação entre as infrações e sanções e vincule a não entrega de documentos ou a não manutenção de proposta por licitantes à sanção de impedimento de licitar e contratar com o ente sancionador (art. 156, § 4º), há de se avaliar quais são as providências que a Administração tem o poder-dever de executar antes da instauração de um processo sancionador de licitantes, por exemplo. A realização de diligências para saneamentos nos procedimentos licitatórios é uma prerrogativa para a não responsabilização?

Se pararmos para analisar a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 43, § 3º, observamos que a norma destaca ser facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. A par disso, muito se discute sobre os “limites” dessas diligências, havendo diversos julgados que tratam do tema ¹⁴ no sentido de afirmar que, verificada uma falha, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação ou de proposta, existe um poder-dever por parte de pregoeiros e comissão de licitação em realizar diligências, em razão da razoabilidade, da eficiência e da economicidade, ampliando a competição e primando pela proposta mais vantajosa para Administração Pública. Ou seja, há de se evitar a desclassificação ou inabilitação de licitantes por detalhes irrelevantes, que podem, de certo modo, ser supridos por diligência.

Nesse sentido, e em razão de consulta formulada pela Central de Licitações do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul sobre infrações ocorridas nos pregões eletrônicos e a correlação com o poder-dever de diligências por parte dos pregoeiros para evitar inabilitações, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS), por meio do Parecer nº 18.051/2020, de lavra da Procuradoria do Domínio Público Estadual ¹⁵, baseada nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, destacou a legalidade quanto à realização de diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando esses documentos estão disponíveis na internet, podendo o pregoeiro consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante.

A PGE/RS complementa que, no caso, resta descabido sancionar o licitante caso a falta seja verificada e suprida pela Administração. Por essa razão, reforçamos o entendimento de que a realização de diligências deverá sempre ser feita nos casos permissivos, evitando abertura de processos e sancionamentos que possam ser discutidos judicialmente. É importante lembrar que o objetivo da Administração é sancionar licitantes “corruptos”, que se prestam a fraudar licitações para dificultar disputas ou absorver de modo monopolizado o mercado público a determinados “grupos econômicos cartelizados”, e não aqueles responsáveis por erros meramente formais e de “esquecimento”.

Em recente acórdão ¹⁶, o TCU exarou decisão na acepção de “ampliar” o poder de diligência a ser realizado por pregoeiros quando da condução de certames e do não envio de documentos de habilitação, admitindo a juntada de documentos que venham a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública do certame, uma vez que não fere os princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes e o oposto. Reforça, por conseguinte, que a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear seus documentos de habilitação ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público.

A decisão se baseia, ainda, no art. 64 da Lei nº 14.133/2021, que normatiza no sentido de que, após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para a complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame, bem como para a atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Referidas manifestações devem ser levadas em consideração na análise das condutas pela comissão de apuração de responsabilidade de licitantes e contratados, tanto para analisar a não aplicação de sanção quanto para recomendar às divisões que conduzem os procedimentos licitatórios a necessidade de realização de diligências previamente à desclassificação ou inabilitação.

3.4 Papel do gestor e do fiscal de contrato no processo sancionador

Preliminarmente, é importante conceituar gestor e fiscal de contrato. Gestor de contrato ¹⁷ é o agente público responsável pela gestão contratual, ou seja, aquele que responde pelos atos formais de contratação, pelo planejamento da licitação e/ou pela ordenação da despesa relativa ao contrato (quando cumular a função de ordenador de despesas). Ademais, o gestor de contrato tem a responsabilidade de supervisionar a execução contratual no que tange ao acompanhamento físico-financeiro, dos prazos, da adequação dos procedimentos de fiscalização, bem como zelar pelos atos necessários ao fiel cumprimento do pactuado.

Já o fiscal de contrato ¹⁸ é aquele servidor que detém conhecimento técnico da matéria, indicado pela área demandante (unidade organizacional) dos serviços ou produto e designado formalmente pelo titular do órgão ou da entidade para ser encarregado do acompanhamento, da fiscalização, do ateste das faturas ou notas fiscais e pela conferência dos produtos ou serviços prestados pela contratada durante a vigência do contrato e das obrigações residuais futuras.

Divide-se em fiscal técnico e fiscal administrativo. O fiscal administrativo é, geralmente, o servidor designado para acompanhar os aspectos administrativos do contrato, tais como prazos, prorrogações etc. Por conseguinte, o fiscal técnico é o servidor formalmente designado para acompanhar a execução do objeto que tenha sido contratado, avaliando se a quantidade e a qualidade estão de acordo com o que foi definido no contrato.

Considerando o conceito das figuras responsáveis pela gestão contratual, assim como as previsões da Lei nº 14.133/2021 em relação a fiscalização contratual e as infrações e sanções administrativas, trazemos para abordagem o papel do gestor e do fiscal de contrato no processo administrativo sancionador.

Primeiramente, destacamos a avaliação das infrações previstas no art. 155 que refletem no contrato. Em seguida, a análise das atividades da fiscalização contratual vistas a partir da definição conceitual das figuras partícipes da relação contratual. E, por último, o reflexo dos dois pontos anteriores com o papel do gestor e do fiscal de contrato.

Sobre esse último ponto, ressaltamos: é um papel muito importante, uma vez que a fiscalização contratual são os olhos do gestor público na execução contratual. Tanto é que são designados por ato formal da autoridade superior, que lhe passou a confiança (claro, sem entrar aqui no mérito da necessidade de capacitação, entre outros) de acompanhar um contrato por ele assinado.

No acompanhamento da execução do serviço ou da entrega do objeto, poderá o fiscal verificar falhas na execução contratual, atrasos, falta de documentos e/ou demais situações que caracterizem

inexecução contratual. Todas as situações deverão estar registradas por meio de relatórios que constem de processo administrativo específico de acompanhamento do contrato. Nesse sentido, deverá ser dado vistas da situação ao gestor do contrato ou autoridade superior definida em regulamento.

Regulamento? Sim, a gestão contratual, as atividades de fiscalização, bem como modelos de atos e de acompanhamento da execução devem estar previstos em norma do órgão ou da unidade administrativa, com o objetivo de organizar tais atividades, dar maior segurança jurídica aos que acompanham essa fase e certeza quanto aos procedimentos.

Com a ciência do gestor sobre possível falha na execução ou ocorrência de infração, mais de um caminho pode ser definido em regulamento, vejamos:

1. Retorno à fiscalização do contrato solicitando notificação preliminar do contratado para apresentar esclarecimentos sobre os fatos e reestabelecer as condições de plena execução, estabelecendo prazo para tanto, sem adentrar especificamente nas condições de aplicação de penalidades, mas sim pensando na gestão contratual e necessidade de manutenção do contrato.

2. Encaminhar à comissão processante instaurada para cada fato, ou, a depender do órgão, enviar à comissão processante permanente (o mais indicado, já que nesse sentido poder-se-á ter uma comissão especializada para tanto), que analisará os fatos e notificará o contratado da instauração de processo de aplicação de penalidades para apresentar defesa e solicitar produção de provas, se for o caso.

Das duas situações possíveis, o papel da fiscalização permanece ativo para:

- acompanhar o retorno do contratado e tomar as providências cabíveis;
- analisar preliminarmente e indicar a possível extinção do contrato ao gestor;
- indicar possíveis soluções para a continuidade da execução (se possível) ou para nova contratação, a depender da necessidade imediata do objeto ou serviço.

Importante destacar que a comissão processante e a fiscalização contratual têm papéis distintos, o que não impede que as mesmas pessoas cumpram com os dois papéis. Mas a solução sobre a gestão contratual não há de ser dada por quem cumpre o papel de comissão processante.

3.5 Processo sancionador como ferramenta de planejamento das contratações

Conforme demonstrado anteriormente, afirmando o poder-dever do gestor em apurar a responsabilidade¹⁹ de licitantes e contratados e o papel da fiscalização contratual, é importante destacar que o processo sancionador tem diversas nuances que podem auxiliar na melhoria da fiscalização contratual e, conseqüentemente, apontar para adequações no planejamento das novas contratações. Assim, não é preciso temê-lo, pois é um procedimento necessário para excluir fornecedores sem capacidade para com a Administração e para avaliar procedimentos da gestão que não estão adequados à real obtenção da eficiência da compra pública.

O papel da comissão ou do servidor processante não se finda na avaliação da instrução do processo de aplicação de penalidades, que, com documentos juntados, diligências realizadas, produção de provas, entre outros, poderá (re)avaliar condições de contratação e, inclusive, falhas da própria Administração. E, dessa avaliação, emitir relatório com sugestão de melhorias. Assim, quando identificadas falhas ou a possibilidade de melhorias para com a própria Administração, estas deverão ser apresentadas.

Os pontos que devem ser levantados podem ter relação com, por exemplo: prazos exíguos de entrega ou execução de etapas; documentação exigida para além das comprovações necessárias para uma eficiente execução contratual; necessidade de regulamentação ou adequação do processo de fiscalização contratual; treinamento da equipe de fiscalização e/ou revisão de mapa de riscos, destacando as situações de inexecução contratual e as medidas para minimizar as ocorrências.

Dessa avaliação, a Administração deverá tomar as medidas para minimizar os riscos de inexecução de seus contratos, indicando e solucionando os pontos no estudo técnico preliminar da próxima contratação.

3.6 Checklist do processo sancionador

Checklist Processo Sancionador de Licitantes e Contratados (processo padrão)	SIM	NÃO	Não se aplica
Fase de abertura do processo / instrução			
Autorização da autoridade competente para instauração de processo.			
Relatório/ofício/memorando contendo:			
a) informações sobre o licitante ou contratado, razão social, CNPJ, endereço completo, e-mail, etc...;			
b) informações pormenorizadas sobre os fatos ocorridos/infração;			
c) enquadramento da infração <i>versus</i> possível sanção prevista no edital ou contrato.			
Documentos necessários à instrução processual e elucidação dos fatos.			
Portaria da Comissão designada ou servidor processante.			
Notificação e defesa			
Emissão de notificação para apresentação de defesa instruída com o relatório que originou a abertura do processo.			
Confirmação de recebimento da notificação pelo processo (aviso de recebimento de e-mail, carta AR, outros).			
Controle do prazo para recebimento da defesa.			
Certidão de juntada da defesa tempestiva.			
Certidão de transcurso de prazo, com defesa intempestiva.			
Certidão de transcurso de prazo, sem apresentação de defesa.			
Produção de provas e diligências			
Existiu solicitação de produção de provas?			
Produção de provas.			

Diligências para esclarecimentos.			
Juntada de documentos novos.			
Notificação para apresentação de alegações finais.			
Confirmação de recebimento da notificação pelo processo (aviso de recebimento de e-mail, carta AR, outros).			
Controle do prazo para recebimento das alegações finais.			
Certidão de juntada das alegações finais tempestiva.			
Certidão de transcurso de prazo, com alegações finais intempestiva.			
Certidão de transcurso de prazo, sem apresentação de alegações finais.			
Relatório ou parecer com sugestão de sanção ou arquivamento			
Relatório/parecer com:			
a) relatório do fatos, tratando de cada documento juntado na instrução processual;			
b) análise dos fatos e dos documentos;			
c) fundamento legal, jurisprudencial e do edital/contrato;			
d) dosimetria, se for o caso;			
e) sugestão da sanção a ser aplicada;			
f) recomendação para instauração de processo para verificar possível descon sideração da personalidade jurídica sobre sócios;			
g) valor da multa a ser cobrada, se for o caso;			
h) requisitos para reabilitação, se for o caso;			
i) sugestão de arquivamento, se for o caso.			
Envio à autoridade competente, para decisão.			
Notificação e recurso			
Notificação para apresentação de recurso.			

Confirmação de recebimento da notificação pelo processo (aviso de recebimento de e-mail, carta AR, outros).			
Controle do prazo para recebimento do recurso.			
Certidão de juntada do recurso tempestivo.			
Certidão de transcurso de prazo, com recurso intempestivo.			
Certidão de transcurso de prazo, sem apresentação de recurso.			
Análise do recurso e decisão final			
Recebimento do recurso pela autoridade sancionadora.			
Análise quanto à reconsideração da decisão.			
Em não reconsideração da decisão, enviar à autoridade superior.			
Análise pela assessoria jurídica do recurso.			
Decisão final da autoridade superior.			
Providências finais			
Publicação da decisão final, se for o caso.			
Inclusão no CEIS e/ou no cadastro respectivo da sanção.			
Controle de prazo para pagamento da multa pelo sancionado.			
Controle do sancionamento em sistema de controle ou planilha, para acompanhamento de reincidência e agravantes.			

REFERÊNCIAS

MAFISSONI, Viviane. *Coluna Doses de Penalidades*. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/ResultadoPesquisaNaoLogado/?p_tipoPesquisa=Noticia&p_Categoria=95&p_Acesso em: 2 jun. 2023.

MAFISSONI, Viviane. *Coluna Observatório da Nova Lei de Licitações*. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/07/25/viviane-mafissoni/#:~:text=Advogada%2C%20membra%20do%20Instituto%20Nacional,administrativos%20e%20processo%20administrativo%20sancionador>. Acesso em: 2 jun. 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

¹ A exemplo da Instrução Normativa nº 2, de 4 de janeiro de 2019, que dispõe sobre o rito de aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666 de 21 de junho de 1.993, 10.520 de 17 de julho de 2.002 e 12.462 de 04 de agosto de 2.011, instituindo o rito procedimental conexo ao Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade – PAAR das infrações praticadas por fornecedores, na fase licitatória e/ou contratual, no âmbito deste Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT (Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029901).

² “O direito administrativo sancionador é o ramo do direito administrativo que disciplina a aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o direito administrativo sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.” (ZARDO, 2014, p. 37-38.)

³ “1070.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 298.1), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1070.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações que a não autuação sem justificativa dos processos administrativos referidos no subparágrafo 1070.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 59, § 298.1);

(...) 51. Destaco apenas que a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir.

52. Considero apropriado, portanto, orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma. Será evitada, assim, a autuação de processos nos casos em que, desde o início, já é conhecida pela Administração justificativa plausível para o suposto comportamento condenável. (...)” (TCU, Acórdão nº 754/2015, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 08.04.2015)

⁴ “Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmam no campo daquela disciplina.” (STJ, RMS nº 24.559/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 03/12/2009, DJe de 01/02/2010)

⁵ “A Lei nº 14.133/2021 absorveu características interessantes de ambos os diplomas, estabelecendo um regime jurídico sancionatório que mescla dos dois anteriores e apresenta ainda alguns avanços.” (TORRES, 2021, p. 755)

⁶ Para compreensão, citamos o Acórdão nº 2.530/2015 do Plenário do TCU, que esclarece que a sanção de inidoneidade tem amplitude em todos os entes federados; a sanção de impedimento tem amplitude apenas dentro do ente sancionador; e a sanção de suspensão tem amplitude apenas dentro do órgão sancionador. Já no REsp nº 151.567/RJ, da Segunda Turma do STJ, o Tribunal entendeu que a amplitude das sanções de inidoneidade e de suspensão seria a mesma, ou seja, no sentido de fazer valer sobre todos os entes da federação.

⁷ Ressaltamos que a Lei nº 10.520/2002 já falava nesse mesmo âmbito de aplicação, contudo pelo prazo de até 5 anos.

⁸ Lembramos que a Lei nº 8.666/1993 não traz prazo específico para a pena de inidoneidade, apenas destaca que a sanção é vigente enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição e não foi reabilitado.

⁹ Tal situação já é pacífica na jurisprudência do TCU: “O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação”. (TCU, Acórdão nº 1.831/2014, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.07.2014)

¹⁰ “Art. 156. (...) § 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: (...)”

¹¹ “Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.”

¹² “Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: (...) V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo (...)”.

¹³ “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. Parágrafo único. Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.”

¹⁴ Acórdão TCU nº 1.758/2003 – Plenário; Acórdão TCU nº 2.627/2013 – Plenário; Acórdão TCU nº 1.795/2015 – Plenário.

¹⁵ “EMENTA: CENTRAL DE LICITAÇÕES – CELIC – PREGÃO -PROCEDIMENTO DE PENALIZAÇÃO DE LICITANTES – CONDUTA FALTOSA – DEIXAR DE APRESENTAR DOCUMENTO OU APRESENTAR DOCUMENTO INCOMPLETO – ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.520/02 – INCIDÊNCIA (...) 2. Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, descabido será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública.” (Parecer nº 18.051/2020, da Procuradoria do Domínio Público Estadual – PGE/RS, disponível em <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa18051.pdf>)

¹⁶ “REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. 1. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida

oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). 2. O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.” (TCU, Acórdão nº 1.211/2021, Plenário)

17 Conforme o professor Ronny Charles Torres (2021, p. 604), “o “gestor do contrato” coordena e comanda a execução contratual, representando a Administração na tomada de decisões; salvo delegação específica, ele que decidirá sobre a abertura de processo sancionatório, sobre a prorrogação contratual, sobre a necessidade de alteração contratual, entre outros”.

18 E segue o professor, “o fiscal de contrato auxilia o gestor, acompanhando a execução de maneira mais próxima ao contratado. Ele não detém poder decisório, contudo é o responsável pela apuração, instrução e acompanhamento da execução contratual (correção da execução do contrato, regularidade da documentação juntada, entre outros), podendo iniciar e opinar em processos decisórios, como o de sancionamento, para tomada de decisão pelo gestor ou outra autoridade competente.” (TORRES, 2021, p. 604)

19 “1070.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 298.1), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1070.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações que a não autuação sem justificativa dos processos administrativos referidos no subparágrafo 1070.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 59, § 298.1);

(...) 51. Destaco apenas que a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir.

52. Considero apropriado, portanto, orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma. Será evitada, assim, a autuação de processos nos casos em que, desde o início, já é conhecida pela Administração justificativa plausível para o suposto comportamento condenável.” (TCU, Acórdão nº 754/2015, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 08.04.2015)

Como citar este texto:

MAFISSONI, Viviane. Ebook: o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados: uma abordagem teórico-prática a partir das regras previstas na Lei nº 14.133/21. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 08 jun. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.