

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E A MODALIDADE LICITATÓRIA PREGÃO

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES

Advogado da União – Professor universitário - Mestre em Direito Econômico – Pós-graduado em Direito tributário – Pós-graduado em Ciências Jurídicas – Autor do livro “Leis de licitações públicas comentadas” (3ª edição. Ed. Jus Podivm) - Ex-Coordenador Geral de Direito Administrativo da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social.

1. INTRODUÇÃO. 2. DA APARENTE ANTINOMIA ENTRE AS SANÇÕES DA LEI Nº 8.666/93 E DA LEI Nº 10.520/02. 3. EXCLUSÃO, NO PREGÃO, DAS PENAS DE ADVERTÊNCIA, SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. 4. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. 5. ENTES FEDERATIVOS E ABRANGÊNCIA DA PENALIDADE APLICADA. 6. CONCLUSÃO.

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar a aplicação das sanções administrativas previstas pela Lei do Pregão. Diante da lacuna verificada no assentamento de regras claras sobre as sanções criadas pela Lei nº 10.520/02, apontamos alguns questionamentos e reflexões que buscam, diante da dogmática analítica e hermenêutica, encontrar respostas para alguns dilemas identificados na aplicação do artigo 7º da referida Lei.

PALAVRAS-CHAVE: Pregão. Licitação. Sanção. Aplicação. Antinomia. Competência. Abrangência.

1. INTRODUÇÃO

Tema de controvérsias, na confecção dos editais de licitação, a aplicação de penalidades na modalidade pregão merece ampla discussão pela doutrina pátria.

Embora seja uma atividade vinculada e obrigatória, a aplicação de penalidades decorrentes de irregularidades contratuais, no âmbito das licitações e contratos administrativos, tem se demonstrado uma exceção, causada não pelo bom comportamento das empresas licitantes, mas pela má técnica na elaboração legislativa e pelo pouco incentivo à capacitação dos responsáveis por essa atividade.

O regramento sobre o sancionamento administrativo disposto pela Lei nº 8.666/93 se manteve assemelhado ao outrora disposto pelo Decreto-Lei 2.300/86. Já

naquele diploma, a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade eram apresentadas como as sanções aplicáveis às situações de inexecução total ou parcial do contrato. Esse regramento, mantido pelo estatuto de licitações, caracteriza-se por uma falta de tipicidade específica, inexistindo minuciosa descrição legal do fato indicado para a imputação da respectiva sanção. Isso permite que a aplicação da pena seja relegada ao juízo de valor do administrador, de acordo com a prescrição editalícia. Tal situação pode gerar preocupações, por permitir proteções, influências e perseguições políticas indevidas, na aplicação da penalidade, além de tolher a segurança jurídica, criando empecilhos à participação de interessados no certame.

Outrossim, o raciocínio tradicional, identificado na Lei nº 8.666/93, impõe limites rígidos de competência para a aplicação das penalidades, estabelecendo que a declaração de inidoneidade, cujos efeitos podem afetar as contratações perante toda a Administração Pública, tem sua aplicação restrita à competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, após abertura de processo específico, com o respectivo prazo para apresentação de defesa. Deve-se atentar para a preocupação da Lei, ao exigir que a aplicação de penalidade de efeitos amplos fosse privativa de uma autoridade de maior hierarquia. Na visão do estatuto licitatório, sanções administrativas que vinculassem os órgãos da Administração Pública, de forma geral, teriam que ser aplicadas por autoridade de hierarquia superior. Esse raciocínio, ao menos no âmbito da União, exige uma enorme concentração burocrática, diante da capilaridade das relações contratuais pactuadas pelos numerosos órgãos e entes da Administração Pública Federal.

Com a aprovação da Lei nº 10.520/02 e a consagração da modalidade pregão, em sua forma presencial ou eletrônica, criou-se um novo paradigma para a aplicação das sanções administrativas no ambiente das licitações e contratações públicas. Em primeiro, vale salientar a importância da aplicação das penalidades nessa modalidade. É que, pela característica de inversão de fases, é possível que licitantes sem condições de, efetivamente, prestar o objeto contratual pretendido se apresentem à disputa preços, com valores inferiores aos patamares apresentados pela empresas mais sérias. Estas, cientes das efetivas condições do negócio em discussão, apresentam propostas exequíveis, de acordo com a qualidade necessária à contratação almejada, não conseguindo ultrapassar as propostas de empresas inidôneas ou com pouca responsabilidade na boa prestação do objeto contratual.

Nesse ambiente, caso ultrapassada a posterior fase de habilitação, pode dar-se ensejo a uma contratação que reste frustrada, antes do término da vigência contratual, pela falta de condições da empresa em cumprir devidamente com as exigências contratuais ou com os preços propostos. Na sistemática do pregão, sobretudo em sua forma eletrônica, é importantíssimo que empresas aventureiras sejam sancionadas, deixando de tumultuar os certames. Tal ausência pode evitar a frustração das licitações, pela incapacidade de chegar-se a uma proposta mais baixa, porém efetivamente exequível.

Em segundo, a Lei do Pregão criou uma nova espécie de sanção administrativa. Ao invés de se reportar à declaração de inidoneidade e à suspensão temporária, ela estabeleceu que determinados comportamentos, descritos em seu artigo 7º, gerariam o “impedimento de licitar e contratar” com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, além do descredenciamento do SICAF ou dos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º daquela Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato, além das demais cominações legais.

Da leitura atenta da Lei nº 10.520/02, verifica-se, ainda, que a norma não identifica expressamente a autoridade sancionadora, restando silente quanto à competência para a aplicação da sanção estabelecida na Lei do Pregão.

Diante desses elementos, ousamos discutir algumas questões relacionadas ao tema: haveria ou não aparente antinomia entre as sanções da Lei Geral e aquelas estipuladas pela Lei do Pregão? Poderiam ser elas aplicadas cumuladamente? Qual a autoridade competente para sua aplicação? Qual a abrangência dos efeitos da sanção denominada impedimento de licitar e contratar?

2. DA APARENTE ANTINOMIA ENTRE AS SANÇÕES DA LEI Nº 8.666/93 E AS SANÇÕES DA LEI Nº 10.520/02

Com relação à primeira indagação, é comum, nos editais relacionados às licitações realizadas mediante a modalidade licitatória denominada pregão, a apresentação cumulada das regras de sancionamento administrativo previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02.

A obra de orientação publicada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União¹ parece considerar como correta a aplicação cumulativa das penalidades previstas nos dois diplomas. Após descrever a possibilidade de aplicação da sanção de impedimento de licitar e de contratar, bem como o respectivo descredenciamento do SICAF (sanções previstas na Lei nº 10.520/2002), a citada publicação orienta que “essas penalidades não excluem as multas previstas no edital e no contrato e demais cominações legais, em especial as estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993”.²

Contudo, pode-se dizer que essa junção das penalidades estabelecidas pelas duas normas é tecnicamente adequada? Diante de uma situação fática, caberá ao gestor escolher qual das penalidades aplicar?

É cediço que o ordenamento jurídico não deve ser considerado como norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas como uma unidade constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas.³ Ora, esse ordenamento tem que ser coerente, uma vez que se cristalizou o princípio de que deve ser rejeitada a validade simultânea de normas incompatíveis entre si, já que a compatibilidade de uma norma com o ordenamento é condição necessária para sua validade.

Conforme ensina BOBBIO, “tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento”.⁴

Diante da profusão de normas existentes, regradoras das mais diversas relações jurídicas, foram estabelecidos critérios ou soluções fundamentais para a solução das antinomias, quais sejam: o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre a norma precedente), o critério hierárquico (norma de grau superior prevalece sobre norma de grau inferior) e o critério da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral).

Há também situações em que se verificam conflitos entre os critérios, como ocorre na aparente antinomia entre uma norma especial-precedente e uma norma geral-posterior. Nesses casos, a doutrina tem apontado o critério hierárquico e o critério da especialidade como fortes, em detrimento do critério cronológico, apontado como mais

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações básicas. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de controle Interno, 2006. p. 321/322.

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações básicas. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de controle Interno, 2006. p. 321/322.

³ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 197

⁴ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 203

fraco.⁵ Essas discussões, sobre as técnicas de utilização desses critérios, envolvem a dogmática analítica, que consiste na tarefa de identificação da norma a ser aplicada.⁶

O tema em questão envolve as disposições da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/02. Sendo óbvio que as duas possuem status de lei ordinária e que a Lei do Pregão é especial e posterior, em relação ao estatuto licitatório, que é geral e precedente, conclui-se que eventual antinomia aparente é resolvida em favor da Lei nº 10.520/02.

A Lei do Pregão estipula que, nas situações previstas em seu artigo 7º, deve ser aplicada a pena de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e realizado o descredenciamento do SICAF ou do respectivo sistema de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo da aplicação da pena de multa e das demais cominações legais.

Estariam inseridas, na expressão “demais cominações legais”, as sanções de advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade previstas na Lei nº 8.666/93, admitindo-se a aplicação cumulada? Seria possível o emprego das sanções estipuladas na Lei nº 10.520/02 para as ilicitudes verificadas no certame, enquanto as previstas na Lei nº 8.666/93 para as ilicitudes verificadas na execução contratual?

Parece-nos que não. Em primeiro, não é sensato autorizar a aplicação cumulada, por respeito ao princípio *non bis in idem*. O estatuto licitatório permite a aplicação simultânea apenas da multa, quando elenca as sanções administrativas em seu artigo 87. Em segundo, deve-se verificar que o artigo 7º da Lei do Pregão não se limitou a descrever condutas ilícitas praticadas durante o certame licitatório, mas descreveu condutas contratuais que gerariam a aplicação das sanções ali previstas. Nesse ponto, a Lei manteve a questionável conduta do Estatuto Geral de licitações, utilizando expressões genéricas. Essa opção permite certa discricionariedade para a Administração definir, de acordo com a situação concreta verificada, a incidência da ilicitude e a amplitude da sanção a ser aplicada.

Vale lembrar, as atividades infracionais previstas na Lei do Pregão foram: não celebrar o contrato; deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame; ensejar o retardamento da execução de seu objeto; não manutenção da proposta; falha ou fraude na execução do contrato; comportamento inidôneo; cometer fraude fiscal.

⁵ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico. 10ª edição. Brasília: UNB, 1999, p. 105/110.

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 256.

Algumas dessas atividades infracionais, como a falha ou fraude na execução do contrato, envolvem as atividades infracionais genéricas descritas pelo artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (inexecução total ou parcial do contrato). Havendo coincidência, pelo impedimento de aplicação cumulada, a coerência do ordenamento deve ser estabelecida pela preponderância da norma mais recente e especial, a Lei do Pregão.

Em uma visão ampla, a amplitude das condutas previstas na Lei nº 10.520/02 apresenta campo de incidência semelhante às condutas estipuladas pela Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual, diante da ocorrência de um fato jurídico, seja no certame ou na relação contratual, identificado como descrito pelas duas normas, devem ser aplicadas as sanções previstas pela Lei do Pregão.

3. EXCLUSÃO, NO PREGÃO, DAS PENAS DE ADVERTÊNCIA, SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

A segunda questão se refere à possibilidade ou não de aplicação cumulada, no pregão, das penas de advertência, de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade. Seria possível a aplicação cumulada? Teria ocorrido revogação das sanções da Lei nº 8.666/93?

Pois bem, revogação não houve. As sanções administrativas previstas pela Lei nº 8.666/93 continuam válidas. Elas são integralmente aplicáveis em todas as modalidades licitatórias e contratos administrativos, que não os relacionados ao certame realizado pelo pregão.

Aqueles que defendem a aplicação dessas sanções na modalidade pregão fundamentam tal entender na previsão, pela própria Lei nº 10.520/02, em seu artigo 7º, de que as sanções ali previstas serão aplicadas sem prejuízo das demais cominações legais. Argumenta-se, também, que o artigo 9º da referida Lei afirma aplicação subsidiária das regras do Estatuto Geral.

Nada obstante, esses argumentos buscam dar a tais disposições literais um alcance equivocado, maior do que o intentado pela Lei. Devemos lembrar que a alusão às “demais cominações legais” é comumente usada para deixar claro que a apuração administrativa de uma infração não impede que sejam tomadas outras medidas necessárias à responsabilização, inclusive, na área civil ou penal. Talvez por isso, o

legislador tenha sabiamente se referido a “medidas legais” e não a “medidas administrativas”. Outrossim, caso as “demais cominações legais” envolvessem as sanções de suspensão ou de declaração de inidoneidade, a Lei teria aproximado a expressão da referência feita à multa, também destacando sua previsão em edital e no contrato, já que as penalidades cabíveis são cláusulas necessárias dos contratos administrativos, nos termos do inciso VII do artigo 55 da Lei nº 8.666/93.

Na verdade, a interpretação correta do dispositivo acerca das “demais cominações legais” nos leva à compreensão de que determinadas atitudes ilícitas realizadas no certame ou na relação contratual advinda da licitação pelo pregão (como, por exemplo, a fraude na execução do contrato), podem, além da aplicação das sanções previstas no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, gerar medidas cíveis, penais ou mesmo administrativas, como a rescisão contratual. Esse raciocínio não permite a imposição seqüenciada ou cumulada de sanções administrativas diversas em razão do mesmo fato jurídico, sem o necessário respaldo legal, ou mesmo a livre escolha discricionária da legislação sancionadora a ser aplicada, pelo gestor. Tais comportamentos afrontariam os princípios da segurança jurídica e do *non bis in idem*.

Com relação ao argumento de aplicação subsidiária da Lei Geral, basta a correta percepção de que tal aplicação somente ocorre nas situações de lacuna da Lei do Pregão. Definitivamente, não se verifica tal omissão na determinação das sanções cabíveis, pois elas foram expressamente dispostas pelo artigo 7º da Lei nº 10.520/02. Assim, como já explicado, nas relações jurídicas dispostas por ambas, possuindo mesma hierarquia, sendo especial e cronologicamente posterior, resolve-se a aparente antinomia em favor da Lei do Pregão, que tem prevalência sobre a Lei Geral.

Devemos lembrar que a Lei nº 10.520/02 ressalvou, expressamente, a manutenção da aplicação da sanção de multa. Caso a norma admitisse a aplicação conjunta das sanções previstas pela Lei Geral, tal referência seria inútil. Parece mais correto perceber que ocorreu uma evidente escolha pela substituição das demais penalidades, que possuem certa divergência com a natureza da sanção de impedimento prevista pelo seu artigo 7º.

Pode-se deduzir, inclusive, que a Lei optou por desburocratizar a advertência, deixando de qualificar um processo de comunicação como se sanção fosse, disposição equivocadamente apresentada pela Lei nº 8.666/93. Tornar a advertência sanção apenas dificulta a aplicação das demais penalidades, em virtude das garantias processuais que têm que ser respeitadas.

Noutro prisma, a amplitude que se deu à sanção denominada impedimento de contratar e descredenciamento do SICAF possui natureza diversa da suspensão temporária, de reduzido espectro de aplicação,⁷ e da declaração de inidoneidade, que concentra a competência para sua aplicação em autoridades maiores. Sendo destoantes as penalidades, não nos parece que elas seriam aplicáveis simultaneamente. No mesmo sentido, SANTANA defende que, no pregão, não cabe a aplicação das sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93.⁸

A Lei do Pregão tem como referência um novo paradigma de Administração Pública. Isso porque ela esteve mais próxima, em sua concepção, da reforma administrativa influenciada pelo pensamento gerencialista. Isso torna parte de suas disposições divergentes de alguns ditames excessivamente burocráticos da Lei Geral, apontando para a busca de uma resposta mais eficiente, pela Administração, no âmbito das contratações públicas.

De qualquer forma, nos procedimentos relacionados ao pregão e sua respectiva relação contratual, parece-nos ser cabível, apenas, a aplicação das sanções previstas no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, quais sejam: impedimento de licitar e contratar com o ente (pelo prazo de até cinco anos); descredenciamento do sistema de cadastramento de fornecedores (também pelo prazo de até cinco anos); e multa (conforme previsão editalícia). Tudo isso sem prejuízo das demais medidas legais pertinentes, como rescisão contratual, execução da garantia, ajuizamento de ações judiciais pertinentes, entre outras.

4. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

⁷ Usamos aqui, como referência, o correto entendimento externado pelo Tribunal de Contas da União. Para o TCU, os efeitos impeditivos da suspensão devem ficar restritos ao órgão sancionador (vide Acórdão nº 842/2005, Plenário do TCU e Acórdão nº 538/2009, 1ª Câmara). Esse não é o entendimento identificado nos Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que demonstra a compreensão de que os efeitos da suspensão temporária não podem ficar restritos a um único órgão da Administração Pública (vide STJ – Resp 151567/RJ, Segunda Turma – DJ 14.04.2003).

Para analisar nossos argumentos, que justificam a opção pelo entendimento do TCU, em detrimento daquele verificado em Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, vide nossa obra “Leis de licitações públicas comentadas. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 324-327.

⁸ SANTANA, Jair Eduardo. Pregão presencial e eletrônico - Manual de implantação, operacionalização e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.346.

Questão sobre a qual a legislação foi omissa, relaciona-se à atribuição de aplicação das sanções previstas pelo artigo 7º da Lei nº 10.520/02. Qual a autoridade competente para tal prática?

Parte da doutrina⁹ defende que, por ausência de previsão expressa na Lei nº 10.520/02, no regime sancionatório do pregão se aplicaria o estatuído pelo § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, que restringe aos agentes políticos (Ministros de Estado, Secretários Estaduais ou Municipais) o poder para impor sanções que ultrapassem a circunscrição administrativa do órgão.

Temos opinião diversa, discordando da tentativa de utilizar a analogia com o § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 para suprimento dessa infeliz omissão legislativa. Em primeiro, também utilizando o recurso da analogia, poder-se-ia argumentar que, quando quis estipular competência específica aos agentes políticos, o estatuto geral o fez expressamente. Nesse prumo, nas demais sanções, em que a Lei nº 8.666/93 também restou omissa, permite-se a aplicação das penalidades pela autoridade responsável pelo certame. Assim, por analogia, a lacuna da Lei nº 10.520/02 deve ser interpretada como uma permissão, dada à autoridade responsável pela contratação, para aplicação da medida repressiva.

Devemos lembrar que a Lei nº 9.784/99 regrou, em seu artigo 17, que, inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir. Tal disposição fortalece o entendimento de que os processos para aplicação de sanções podem ser realizados perante a autoridade competente pela contratação, o ordenador de despesas.

Não obstante, a inteligência correta sobre a competência para tal aplicação exige uma maior construção hermenêutica, percorrendo, nas palavras de MAXIMILIANO, um caminho além da velha exegese, partindo para o exame das normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, com o objetivo de descobrir e revelar o Direito.¹⁰ Buscando essa construção, verificamos que há certa incompatibilidade entre a lógica de aplicação das sanções prevista pela Lei nº 10.520/02 e as regras estipuladas pela Lei nº 8.666/93. Essa divergência é resultado da mudança de paradigma em relação ao funcionamento da máquina estatal. Enquanto o Estatuto Geral repetiu as regras essencialmente burocráticas previstas pelo Decreto-Lei nº 2.300/86, a

⁹ SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 33.

Lei do Pregão foi concebida após o início da reforma administrativa brasileira, em que se vislumbrou uma maior flexibilização administrativa, em busca da eficiência gerencial. O forjar da nova legislação acompanhou um período de mudança ideológica no conteúdo da burocracia administrativa, que a fez migrar de um modelo weberiano para um modelo gerencialista.¹¹

Segundo DI PIETRO, a administração pública burocrática foi concebida na segunda metade do século XIX, ainda no período liberal, como forma de combater a corrupção e o assistencialismo. Ela tem como princípios fundamentais a profissionalização dos agentes, sua organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, controle formal e *a priori*, partindo de uma desconfiança prévia em relação aos administradores.¹²

Já a administração pública gerencial teria surgido na segunda metade do século XX, como resposta à expansão da atuação estatal, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, que expuseram problemas relacionados à eficiência administrativa. Ela fortaleceu a concepção de que é necessária a redução de custos, pelo gerenciamento da atividade administrativa, priorizando o resultado, em vez da lógica excessivamente burocrática que dá ênfase à forma.

Buscou-se reorganizar a Administração Pública brasileira, sob o argumento de que, embora a implementação de um regime administrativo baseado no princípio racional-burocrático tenha sido necessária para se contrapor ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo e outros vícios existentes em nossa máquina administrativa; hoje, pela primazia que dava aos padrões hierárquicos rígidos e ao controle dos processos, desprezando os resultados, ela era insuficiente e incapaz de dar soluções aos desafios enfrentados pelo Estado Democrático de Direito. Em síntese, à nova Administração Pública não basta ser efetiva em evitar o nepotismo e a corrupção, ela precisa buscar eficiência ao prover os bens e serviços públicos que cabem ao Estado.¹³

Assim, os reformistas alegavam a necessidade de dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, descentralizada e voltada para o controle dos resultados e participação popular. Isso não significa o abandono generalizado da administração

¹¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. Pág. 779.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceira público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49.

¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo estado. In: Revista de Economia Política. Vol. 17, n. 3(67), jul/set. 1997, p. 24-38.

burocrática, uma vez que, conforme admite o próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, conservando seus princípios fundamentais. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados.

Embora permaneça a crítica de que, no caso do Brasil, essa mudança no modelo administrativo induziu governos recentes à importação de modelos internacionais que não tinham a necessária relação de simetria jurídica com nosso ordenamento, o fato é que, diante do tamanho da máquina administrativa, medidas de concentração e rigidez burocrática acabam impedindo a efetividade das decisões administrativas que se fazem necessárias.

Os elementos históricos e sistemáticos nos ajudam a identificar o elemento teleológico da norma, investigando os fins que ela visa atingir. Nesse caso, evidente que a Lei do Pregão já havia focado seu regramento na busca de uma Administração gerencial, com a possibilidade de descentralização das decisões, em busca da eficiência e de resultados. Diante da grande quantidade de contratações realizadas, sobretudo no âmbito federal, permitir a concentração da competência para a aplicação das sanções nas figuras dos agentes políticos, por meios indiretos impede a efetivação da atividade sancionadora. Isso, no caso do pregão, sobretudo em sua forma eletrônica, importa em prejuízo à eficiência das contratações realizadas mediante esta modalidade.

A Lei nº 10.520/02 permite regulamentação no sentido de que a competência para aplicação das sanções previstas em seu artigo 7º seja fixada em autoridades hierarquicamente inferiores àquelas descritas pelo § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Entendemos plenamente admissível que a aplicação das sanções estipuladas pela Lei do Pregão seja realizada pela autoridade competente pela contratação. Além de respeitar os mencionados elementos de pesquisa jurídica, tal convicção segue a diretriz apontada pela Lei nº 9.784/99, segundo a qual o processo administrativo para aplicação da sanção deve ser iniciado perante a autoridade com poder de decisão, de menor grau hierárquico. Identificamos essa autoridade na figura do ordenador de despesa, que tem a competência de decisão sobre a contratação, por conta da delegação de autoridades superiores.¹⁴

¹⁴ Seguindo esse raciocínio, vale citar o Decreto nº 48.999, de 29 de setembro de 2004, do Estado de São Paulo, que fixa competência para a aplicação das penalidades previstas no artigo 7º da Lei federal nº 10.520/02, autorizando a delegação aos chefes de gabinetes ou dirigentes das unidades orçamentárias.

Em síntese, a atribuição de aplicação das sanções previstas pelo artigo 7º da Lei nº 10.520/02 é da autoridade com competência de ordenador de despesa, relacionada à pretensão contratual deflagrada.

5. ENTES FEDERATIVOS E ABRANGÊNCIA DA PENALIDADE APLICADA

Há uma última questão a ser enfrentada. Qual a abrangência da sanção denominada de impedimento de licitar e contratar?

Há divergências doutrinárias sobre o tema. SCARPINELLA afirma não fazer sentido o raciocínio de que o impedimento de contratar com a Administração Pública seja válido, apenas, para uma específica esfera administrativa. A autora defende que, por exemplo, um licitante sancionado por um dado Município reste impedido para participar de licitações dos demais órgãos, sejam federais, estaduais ou municipais.¹⁵ Essa defesa é coerente com o entendimento por ela esposado, que advoga a concentração de competência da penalidade prevista na Lei do Pregão, nos agentes políticos descritos pelo §3º do artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Para a autora, o recurso da analogia com a “declaração de inidoneidade”, serviria também para a aferição da abrangência da sanção “impedimento de licitar e contratar”.

Em sentido oposto, JUSTEN FILHO explica que a utilização da preposição “ou” indica alternatividade, o que fundamenta a interpretação de que a punição deve ter efeitos restritos à órbita interna do ente federativo em que a sanção for aplicada. O autor, ainda, corretamente reitera que a penalidade prevista no artigo 7º do pregão se diferencia da declaração de inidoneidade prevista no estatuto licitatório.¹⁶

Em nossa opinião, permitir a ampliação, para além da esfera federativa em que foi aplicada a sanção, parece temerário, pela afronta à autonomia federativa. Autorizando-se uma interpretação que permita tal ampliação, na prática, uma sanção aplicada ilegalmente por um Município não poderia ser revista pela Administração Federal ou Estadual, o que parece algo inconcebível, diante do princípio da autotutela administrativa. Exemplificando: uma sanção de impedimento aplicada por um pequeno

¹⁵ SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ª edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 193.

Município poderia gerar um efeito vinculante para todos os órgãos da Administração Federal, medida que não poderia ser revista, senão pelo próprio Município ou pelo Poder Judiciário, em razão da autonomia do ente federativo. Mais ainda, mesmo verificado abuso na aplicação da sanção, os demais entes não poderiam tomar qualquer atitude administrativa sancionadora, em detrimento do servidor responsável, justamente pela autonomia entre as Administrações.

O elemento histórico fortalece a compreensão de que a abrangência da sanção deve ficar restrita à órbita interna do ente federativo. É que a citação, pelo dispositivo, de todos os entes federativos, deve-se ao fato de que a Lei do Pregão, quando convertida de medida provisória em lei ordinária, já havia corretamente se adaptado à competência legislativa geral estatuída pela Constituição. Tal adaptação corrigiu o equívoco original, quando a modalidade fora criada por Medida Provisória com a pretensão de reger apenas contratações federais. Essa assertiva pode ser confirmada com a verificação de que o texto da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, que inicialmente buscou instituir o procedimento pregão, apenas no âmbito federal, previa em seu artigo 7º o impedimento de contratar somente em relação à União.

Nessa feita, entendemos que a sanção de impedimento de licitar e contratar aplicada, com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, deve se restringir à órbita interna do ente federativo sancionador.

Noutro diapasão, ressaltamos que a abrangência dos efeitos dessa penalidade envolve todo o ente federativo, gerando uma amplitude semelhante à da declaração de inidoneidade.¹⁷ Nesse prisma, dentro da esfera federativa, mesmo pequenas unidades podem imputar sanções com reflexos amplos. Ocorrendo eventuais excessos ilegais, por parte do órgão sancionador, a licitante prejudicada deverá buscar junto ao Poder Judiciário a invalidação do ato, além da representação às autoridades competentes, para apuração de responsabilidades.

Mesmo em relação aos certames desenvolvidos por pequenas unidades, a aplicação legítima e válida da sanção é importante para a regulação do ambiente licitatório e para a ampliação da eficiência nas contratações públicas, notadamente diante da realidade gerada com a inversão de fases do pregão e com a ampliação de participação permitida pela sua forma eletrônica. A concentração do poder sancionador

¹⁷ Ao menos nos limites que entendemos constitucionalmente permitidos, em razão do respeito à autonomia federativa.

nas autoridades políticas maiores prejudica a efetiva aplicação de sanções, consentindo que empresas que conspurcam licitações continuem a prejudicar o interesse administrativo de consecução de melhores contratações, beneficiadas pela morosidade e pela impunidade.

Parece-nos que entre a concentração burocrática, com seus controles hierárquicos *a priori*, e a autonomia gerencial para a tomada de decisões, com sua busca pela eficiência, o modelo administrativo brasileiro caminha neste último sentido, legitimando a interpretação favorável à desconcentração da competência para aplicação das sanções previstas no artigo 7º da Lei do Pregão.

Para evitar abusos ou situações esdrúxulas, todavia, cabe uma regulamentação adequada, que estabeleça as competências e os procedimentos pertinentes, inclusive, para o julgamento do recurso hierárquico específico, nos termos do artigo 56 da Lei nº 9.784/99.

6. CONCLUSÃO

A aplicação de sanções administrativas, em razão de descumprimento às regras licitatórias e contratuais é um poder-dever que exige obediência e cumprimento pelo administrador.

Com a instituição da modalidade pregão, ampliou-se a relevância da efetiva aplicação de penalidades, em detrimento daqueles que atentam contra suas obrigações contratuais ou mesmo contra a escorreita tramitação do certame licitatório. Contudo, a imprecisão técnica do legislador permitiu a criação de um ambiente confuso na aplicação de sanções administrativas, o que dificulta a devida percepção das regras relacionadas, gerando obstáculos para sua efetiva utilização.

Diante da aparente antinomia entre as sanções previstas pela Lei nº 10.520/02 e as previstas pela Lei nº 8.666/93, deve prevalecer a aplicação da Lei do Pregão, recente e especial. Isso gera um novo raciocínio sobre o tema da aplicação das penalidades administrativas, notadamente, em relação à exclusão da possibilidade (no pregão) de aplicação de algumas das tradicionais sanções (advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade), em relação à competência para aplicação de penalidades de espectro ampliado e em relação à amplitude das referidas sanções.

Todos esses pontos merecem ampla discussão e aprofundamento, para que alcancemos um ambiente mais claro e eficiente, na gestão das contratações públicas, evitando tanto os excessivos subjetivismos e abusos, que prejudicam o interesse na disputa licitatória, como a ineficiência gerada por regras burocráticas exageradamente rígidas, destoantes da realidade vivida hoje pela Administração Pública.