

UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP - REDE LFG 2013
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

ESPECIALIZAÇÃO TELEPRESENCIAL E VIRTUAL EM DIREITO
ADMINISTRATIVO

A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CÍCERA DE LIMA

PALMAS

2013

UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP – REDE LFG 2013
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES

ESPECIALIZAÇÃO TELEPRESENCIAL E VIRTUAL EM DIREITO
ADMINISTRATIVO

A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO NOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CÍCERA DE LIMA

PALMAS
2013

LIMA, Cícera de. A Efetividade na Aplicação de Sanção pelos Contratos nos Contratos Administrativos. UNIDERP, 2013. 46 pp.

O presente trabalho possui a finalidade de analisar a efetividade da aplicação de sanção nos contratos administrativos, mediante a análise do regime disciplinar para aplicação de penalidades decorrentes da regulamentação contratual, no âmbito das atividades e contratos administrativos.

A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

de acordo com a regulamentação contratual, embora não seja uma atividade vinculada e obrigatória, tem se mostrado de maneira deficiente, a exemplo de outros procedimentos administrativos que possuem a mesma natureza.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Administrativo, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Administrativo.

Universidade Anhanguera– UNIDERP

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG

Orientador. José Carlos Zanetti

Palavras-chave: Administração Pública, Pregão, Aplicação de Sanção, cumprimento, princípios, Regras de Licitação e Diretrizes.

RESUMO

LIMA, Cícera de. A Efetividade na Aplicação de Sanção pela Administração nos Contratos Administrativos. UNIDERP, 2013. Fls.29

O presente trabalho possui a finalidade de apresentar um estudo sobre os regramentos existentes para aplicação de penalidades decorrentes de irregularidades contratuais, no âmbito das licitações e contratos administrativos, mediante análise crítica.

A aplicação de sanções pela Administração Pública nessa área, em decorrência de inexecução contratual, embora seja uma atividade vinculada e obrigatória tem se mostrado de maneira deficitária. Partindo dessa observação, procurou-se fazer tal abordagem com a intenção de contribuir com o debate em busca de caminhos que possam apontar um tratamento jurídico adequado sobre o tema.

Para analisarmos o tema, tratamos sobre as sanções administrativas expressas no texto da Lei nº 10.520/02, que instituiu a modalidade de licitação pregão, fazendo confronto com o regramento expresso na Lei nº 8.666/93, por entendermos ser esta a lei utilizada diante das lacunas da lei do pregão.

Abordamos as dificuldades encontradas pela Administração Pública em cumprir seu papel sancionador diante das circunstâncias de descumprimento das regras contratuais. Enfatizando, que apesar dessas deficiências é preciso ponderação e observância aos princípios administrativos, principalmente o da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de sanções.

Palavras Chave: Administração Pública, Pregão, Aplicação de Sanção, Descumprimento, Princípios, Regras de Licitações e Contratos.

ABSTRACT

LIMA, Cícera de .The Effectiveness in the Application of Sanction by the Administration in the Administrative Contracts. UNIDERP. 2013

The present paper aims to present a study on the existing rules to the application of penalties as a result of contractual irregularities found in public auctions and administrative contracts through a critical analysis.

The application of penalties by the public administration in this field as a result of contractual inexecution, although mandatory and required by law, has been unsatisfactory. Based on this point of view, we chose such approach as a way to contribute to the debate in search of an adequate judicial treatment of the matter.

In order to analyze the problem, we studied the administrative sanctions established by the law 10.520/02, which institutionalized the public auctions system, confronting it with the rules fixed by the law 8.666/93 since this is the law applied in the absence of provision in the public auction law.

We approached the difficulties found by the public administration to fulfill its duty of sanctioner when faced with the failure to comply with the contractual rules. We emphasize that, despite the deficiencies, it is necessary to ponder and observe the administrative principles in particular the ones of proportionality and reasonability in the application of sanctions.

Key Words: Public Administration, Auction, Application of Sanction, Noncompliance, Principles, Auction Rules and Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS NO ÂMBITO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	8
1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	8
1.2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO	9
1.3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	10
1.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	10
2. IMPORTÂNCIA DO PREGÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EXISTÊNCIA DE REGRAS REFERENTES À APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS CONTRATUAIS	12
2.1. PROBLEMAS QUE SE APRESENTAM NO MODELO IMPLEMENTADO PELO PREGÃO	13
3. A LEI 8.666/1993 E A EXISTÊNCIA DE REGRAS REFERENTE À APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS CONTRATUAIS, EM CONFRONTO COM AS REGRAS ESTABELECIDAS NA LEI DO PREGÃO	15
4. DAS DIFERENÇAS EXISTENTES ENTRE AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 10.520/02 QUE NÃO CHEGAM A CONSTITUIR EM ANTINOMIA	16
5. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES	19
5.1 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28

INTRODUÇÃO

A ausência de uma completa descrição em relação às sanções a serem aplicadas em casos de descumprimento das regras contratuais nas licitações observadas na Lei 10.520/02, que instituiu a modalidade de licitação pregão, somadas à inexistência de tipicidade específica e minuciosa descrição legal dos fatos indicados para a imputação da respectiva sanção observadas na Lei nº 8.666/93, que é usada de modo subsidiário nas lacunas da Lei nº 10.520/02, tem levado a Administração Pública diante de situações de inexecução contratual, a deixar de aplicar ou a aplicar de maneira irrisória as penalidades em decorrência das irregularidades contratuais ou ainda a aplicá-las de forma abusiva.

Verifica-se que existem lacunas na lei nº 10.520/2002 em relação à aplicação de sanção que se traduzem na ausência de previsão de uma escala gradativa de penalidades a serem aplicadas de acordo com a gravidade da conduta que leva muitas vezes a Administração Pública a aplicar a penalidade mais grave, que é o impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até 5 anos, em casos de condutas mais brandas.

Foi partindo dessa observação e reconhecendo a necessidade de termos uma compreensão mais clara acerca do tema, que decidimos fazer uma análise reflexiva por meio de um estudo teórico sobre o assunto com a intenção de contribuir com o debate em busca de caminhos apontados na direção de um tratamento jurídico adequado sobre o tema. Procurou-se alternativas no sentido de ser usado pela Administração Pública de ponderação, para que aqueles que descumprem as normas estipuladas em contratos não fiquem impunes ou não sejam apenados em demasia.

Trabalhamos na perspectiva de um enfoque metodológico hermenêutico, fazendo uma análise das sanções administrativas expressas no texto da Lei nº 10.520/2002 que instituiu a modalidade de licitação pregão, bastante utilizada pela Administração Pública nos dias atuais, seguidos da análise do regramento existente na Lei nº 8.666/1993 acerca do tema, por ser esta utilizada de forma subsidiária à lei que instituiu o pregão.

Enfocamos a visão de alguns autores que trabalharam acerca do tema como Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo, Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho.

O primeiro capítulo traz uma sucinta abordagem acerca dos princípios administrativos mais diretamente relacionados à aplicação de sanções administrativas, para que tenhamos uma diretriz na análise da possível aplicação de sanção em casos de descumprimento contratual em ajustes firmados com a administração.

O segundo capítulo, num primeiro momento, aborda a importância do pregão para a Administração Pública, dando ênfase à crescente utilização dessa modalidade de licitação pelo modelo de flexibilização e desburocratização adotados, bem como as regras existentes referentes à aplicação de sanção, em casos de descumprimento das regras contratuais. Em seguida aborda os problemas que se apresentam no modelo implementado pelo pregão.

O terceiro capítulo traz a existência de regras referentes à aplicação de sanção na Lei 8.666/93 em casos de descumprimento das regras contratuais, fazendo seu confronto com o regramento estabelecido na lei do pregão.

No quarto capítulo, apresenta-se uma análise das diferenças existentes entre as sanções previstas na Lei 8.666/93 e as sanções previstas na Lei 10.520/02, dando enfoque à questão de que as duas normas apesar de apresentarem previsão de sanções de forma diversa, não são incompatíveis entre si.

O quinto capítulo faz referência à questão primordial da necessidade da Administração Pública estar pautada nos princípios administrativos, principalmente o da proporcionalidade, quando da aplicação das sanções, sob pena da sanção aplicada ser anulada na via judicial.

Por derradeiro, no capítulo destinado às considerações finais, fizemos uma breve conclusão, ressaltando o caráter obrigatório da aplicação da sanção em razão do poder-dever da Administração Pública, bem como a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade.

1. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS NO ÂMBITO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os princípios administrativos são orientadores de toda a administração pública.

No nosso ordenamento jurídico temos de forma expressa alguns princípios básicos para a Administração na nossa Constituição Federal e outros que muito embora não estejam de forma expressa no texto constitucional, são aceitos pelos administrativistas, pois implicitamente se fazem presente.

Alguns princípios são previstos expressamente na legislação infraconstitucional, mas todos de certa forma encontram-se expressos ou são decorrência lógica das disposições constitucionais concernentes à atuação da Administração Pública.

1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Esse princípio é de fundamental importância, pois integra certamente o pilar de sustentação de toda e qualquer decisão da administração pública, uma vez que toda e qualquer atividade administrativa deve estar fundamentada por lei, ou poderá ser entendida como sendo de forma ilícita.

A pessoa investida nas funções de administrador público não pode agir, nem tão pouco deixar de agir, senão de acordo com a lei e na forma por esta determinada. Como bem sintetizou o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo:

“(...) implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”

A legalidade se traduz em princípio basilar do regime jurídico administrativo. É a base do estado democrático de direito e encontra-se inserido de forma expressa no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988, onde se lê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. No exercício da função sancionatória, a legalidade a ser observada é a legalidade estrita, na linha apresentada por Hely Lopes Meirelles, abaixo transcrita:

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".

Por meio dessa expressão vemos que esse princípio deve ser entendido de forma diferente para os particulares e para a Administração Pública, uma vez que aos particulares o campo de ação é mais abrangente, enquanto à Administração Pública somente é permitido fazer aquilo que a lei autoriza ou determina.

1.2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Por meio desse princípio vemos que pelo fato de todas as atividades administrativas do Estado estarem voltadas para o interesse público, a Administração Pública tem posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e funções que não são extensivas aos particulares.

Em razão desse princípio, existindo conflito entre o interesse público e o particular, deverá prevalecer o primeiro em detrimento do segundo, respeitadas as garantias individuais expressas na Constituição.

O princípio da supremacia do interesse público não está de forma expressa no texto constitucional, todavia vemos que em razão do regime democrático e do sistema representativo adotado no Brasil toda a atuação do Estado deve ser movida pelo interesse público.

Na fundamentação desse princípio, verifica-se supremacia nos contratos administrativos, por meio das cláusulas exorbitantes que permitem à Administração modificar ou rescindir unilateralmente um contrato firmado com um particular e até mesmo a possibilidade de aplicação unilateral de penalidade aos contratados, como se vê no art. 87 da Lei nº 8.666 de 1993 e art. 7º da Lei nº 10.520 de 2002.

1.3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Esse princípio serve para limitar a atuação do agente público. Pode-se entender como um contrapeso à superioridade da administração. Os bens e interesses públicos não pertencem à administração, nem a seus agentes. A estes cabe apenas a função de gestores em prol da coletividade, tendo sempre como meta o interesse público.

Trata-se de um princípio implícito no texto constitucional e dele advém muitos outros princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade e o da eficiência.

Em nome da supremacia do interesse público, em posição de superioridade, a administração pode muito, como vimos anteriormente, mas não pode abrir mão do interesse público. Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para disposição. O administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação e deve sempre ter em mente que a atividade administrativa é um múnus público, um encargo, uma obrigação.

Em razão desse princípio, a Administração Pública não pode por exemplo, renunciar ao recebimento de receitas advindas de tributos devidos ao Estado ou deixar de aplicar penalidades aos contratados nos casos de descumprimento das cláusulas estipuladas nos contratos.

A Administração Pública não pode deixar de aplicar a punição adequada quando identificada a ocorrência de infração administrativa. Existe aqui, por parte da administração um dever de sancionar, não restando para o administrador margem de discricionariedade.

1.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade também não se encontra de forma expressa na nossa Constituição Federal, entretanto observa-se que é usado de forma constante por todos os ramos do direito como elemento norteador de sua construção doutrinária.

O fato deste e outros princípios mencionados anteriormente não estarem de forma expressa no texto constitucional, não significa que estes tenham menor importância. O legislador constitucional previu a inclusão, no nosso ordenamento

jurídico, de direitos e garantias decorrentes de outros princípios ou até mesmo de tratados constitucionais que o Brasil seja signatário. E o que se vê no texto do § 2º do art. 5º da Carta Magna:

Art. 5º (...)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, vê-se que a Constituição está a admitir que, as garantias decorrentes de outras leis e tratados, possam não só integrar nosso ordenamento jurídico, como estarem imbuídas pela mesma força que os princípios constitucionais estão. Sendo este entendimento inteiramente aplicável ao princípio da proporcionalidade, que ao lado dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público e de muitos outros, que embora não estejam de forma expressa, não são menos importantes e integram o pilar de sustentação de toda e qualquer decisão da Administração Pública.

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder e a finalidade a que se destina é a de conter exageros nas condutas, decisões e atos dos agentes enquanto investidos da função pública que ultrapasse os limites adequados, com vistas a atingir os objetivos almejados pela Administração Pública.

Na Lei nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal, esse princípio encontra-se de forma expressa, conforme se vê transcrito abaixo:

Art. 2º A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Como não poderia deixar de ser, o princípio da proporcionalidade deve ser visto como parâmetro a ser seguido, a inibir o abuso do poder público no exercício das funções que lhe são próprias, notadamente a legislativa e a regulamentar e principalmente a sancionatória.

2. IMPORTÂNCIA DO PREGÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EXISTÊNCIA DE REGRAS REFERENTE À APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS CONTRATUAIS

O pregão foi criado pela lei 10.520/2002 e se traduz numa modalidade de licitação utilizado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. Vem sendo muito utilizado pela Administração Pública, principalmente a Federal que a partir do Decreto 5.450/2005 teve a obrigatoriedade de utilização, de preferência, na forma eletrônica e visa dar efetividade ao princípio constitucional da eficiência, bem como reduzir despesas públicas na contratação de bens e serviços.

Não se olvida, que o pregão representou uma importante inovação na Administração Pública Brasileira, pois almejou dar uma maior flexibilização e desburocratização ao procedimento licitatório convencional com a inversão na ordem das fases de habilitação e de propostas, estreitou a relação de confiança e de boa fé entre a Administração Pública e o particular que resultou em uma presunção de que o participar do certame preenche todos os requisitos de habilitação previstos no instrumento convocatório e na lei.

Essa simplificação do processo com a não exigência de habilitação prévia ou de garantias, vivenciado no pregão têm permitido a redução do preço das contratações, apresentando vantagem para o erário, uma vez que aumenta o número de concorrentes. Por outro lado, essa alteração da estrutura tradicional dos processos licitatórios levou a uma fragilidade do ente público, na medida em que suprimiu uma etapa prévia para análise do preenchimento de tais requisitos, forçando a Administração a adotar maior rigidez na punição do particular que não possua condições financeiras, tecnológicas ou seja, qual for e, mesmo assim, participa da licitação.

A consequência de tudo isso foi a cominação rigorosa de sanções àqueles que, vencendo a licitação deixem de adimplir o contrato ou o executem inadequadamente. A lei prevê até o impedimento de licitar e contratar com o ente federado licitante pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízos das multas previstas no edital e no contrato, além das demais cominações legais. É o que se vê do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, transcrito abaixo:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SicaF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Em razão de se observar no pregão a relação de confiança e boa-fé presumida, o intencional descumprimento às normas previstas no edital do certame, de início já acarretaria a grave sanção de impedimento de licitar e contratar com a administração pública pela quebra da confiança. Observa-se, no artigo 7º da lei do pregão (10.520/2002), condutas legalmente tipificadas que se infringidas, dará ensejo à aplicação desse tipo de sanção.

2.1. PROBLEMAS QUE SE APRESENTAM NO MODELO IMPLEMENTADO PELO PREGÃO

O modelo licitatório implementado pelo pregão, menos formal e mais dinâmico atraiu a simpatia da Administração Pública como um todo e provocou a adesão a essa proposta, além de especificamente a Administração Pública Federal, que a partir do decreto nº 5.450/2005, foi obrigada a usar essa modalidade de licitação, preferencialmente na forma eletrônica.

Todavia, com a inversão de fases neste sistema, é provável que licitantes sem condições de efetivamente prestarem o objeto contratual pretendido pela Administração, se apresentem à disputa de preços com valores muito abaixo do que aqueles apresentados por empresas mais sérias.

Como a modalidade de pregão sempre adota como critério de julgamento o menor preço da proposta, estas empresas mais sérias, ao apresentar propostas exequíveis, de acordo com a qualidade necessária à contratação almejada, podem perder a disputa licitatória para empresas com pouca responsabilidade na boa prestação do objeto contratual e que apresentam preços incompatíveis com as condições necessárias à contratação

O que explica a popularização do pregão, conforme vimos anteriormente além da inversão da ordem das fases de habilitação e de propostas que dá maior

celeridade ao processo, uma vez que somente é examinado os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor, é o fato desta modalidade de licitação permitir a aquisição de bens e serviços comuns independentemente do valor do contrato.

Essa última vantagem, a nosso ver, representa um problema nos casos em que o contratado descumpra as regras firmadas com a administração, uma vez que a Lei nº 10.520/2002 não prevê escala gradativa de penalidades a ser aplicada de acordo com a gravidade da conduta.

Como não há um limite de valor a ser contratado por meio do pregão, pelas facilidades apresentadas pelo modelo licitatório é comum a Administração Pública, principalmente no âmbito Federal firmar com particulares contratos, cujos valores expressos em multas previstas nos mesmos, representam pequena monta e em casos de descumprimento, não podem sequer ser inscrito no CADIN – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal, que traz valor de isenção abaixo de R\$ 999,99 (novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), conforme se vê no inc. I, art. 1º da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional nº 685/2006, transcrito abaixo:

Art. 1º Os valores a serem observados para a inscrição dos débitos de pessoas físicas e jurídicas no CADIN serão os seguintes:

I - dívidas iguais ou inferiores a R\$ 999,99 - vedada inscrição;

II - dívidas iguais ou superiores a R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 9.999,99 - inscrição a critério do órgão credor;

III - dívidas iguais ou superiores a R\$ 10.000,00 - inscrição obrigatória.

Sendo a penalidade de multa, nestes casos, devido ao pequeno valor impedida de inscrição no CADIN – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal, resta para Administração efetuar a cobrança direta desse débito, que a nosso ver é desarrazoada, devido ao valor de pequena monta que implicaria em prejuízo para os cofres públicos ou partir para a aplicação da penalidade mais grave prevista na lei do pregão, que é impedimento de licitar e contratar com a administração pública pelo prazo de até 5 anos. Em muitos casos, diante do impasse, é provável que a administração deixe de aplicar a sanção.

Aqui, abre-se um leque para reflexão acerca do fato de ser proporcional ou não a sanção aplicada, diante da ausência de previsão gradativa das penalidades na Lei nº 10.520/2002, em casos de aplicação de sanção.

3. A LEI 8.666/1993 E A EXISTÊNCIA DE REGRAS REFERENTE À APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS CONTRATUAIS, EM CONFRONTO COM AS REGRAS ESTABELECIDAS NA LEI DO PREGÃO.

Preocupa-se com as regras referentes à aplicação de sanções, uma vez que toda e qualquer sanção, seja no campo do direito administrativo, seja no do penal, ou onde quer que for, abraça a teoria da tipicidade. Isso hoje é decorrência do Estado de Direito expresso inciso XXXIX no art. 5º da Constituição Federal, onde se lê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não poderia ser diferente ser diferente, em se tratando de licitação.

Ao contrário da Lei 10.520/2002 que estabeleceu condutas legalmente tipificadas a ensejar a aplicação de sanções, a Lei 8.666/1993 traz uma ausência de tipicidade específica, inexistindo no seu texto, descrição legal do fato que ensejará a aplicação de uma das sanções expressas no art. 87. Observa-se aqui, apenas a descrição de infrações genéricas “pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar aos contratados as seguintes sanções: (...)”.

Por outro lado, em relação à aplicação de sanções, a Lei 8.666/1993 traz em seu texto uma escala gradativa de gravidade das penalidades, conforme se observa no art. 87, abaixo transcrito:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O fato da previsão dessas sanções vir expressamente escalonado, facilita a condução do administrador público ao aplicar as penalidades previstas em casos de descumprimento do contrato, pois aqui existe a possibilidade de o fato punível ser

apenado adequadamente: para uma infração branda, uma penalidade branda e para uma infração grave, uma penalidade grave, que é a de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública.

O contrário dessa previsão se observa na Lei nº 10.520/2002, conforme vimos anteriormente, que não traz essa escala gradativa das penalidades, trazendo já de início, a grave sanção de impedimento de licitar e contratar com a administração pública pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e demais cominações legais.

4. DAS DIFERENÇAS EXISTENTES ENTRE AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 10.520/02 QUE NÃO CHEGAM A CONSTITUIR EM ANTINOMIA

Conforme vimos anteriormente, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 são expressas de forma diversa das existentes no art. 7º da Lei nº 10.520/02, tornando-se um motivo de preocupação para o administrador público, principalmente a nível federal, que convive diariamente com um grande volume de contratações de bens e serviços comuns realizados por meio da modalidade de licitação pregão, que prevê em seu art. 9º da Lei nº 10.520/02 “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.”

Essa divergência no texto das referidas leis, foi acompanhada por nossos doutrinadores pátrios, quando se referiam à aplicação de sanções, conforme se vê do entendimento do professor Marçal Justen Filho, ao comentar sobre o art. 7º da Lei 10.520/02, transcrito abaixo:

Nas edições anteriores, afirma-se a possibilidade de aplicação cumulativa das sanções dos incs. III e IV – raciocínio que, rigorosamente, é destituído de sentido. A cumulação das duas sanções infringe a razoabilidade, especialmente porque ou as duas figuras apresentam idêntica eficácia ou a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão do direito de licitar. Em qualquer dos dois casos, não teria cabimento aplicar ambas as sanções em face de um mesmo sujeito em virtude de uma mesma e única conduta. O que se reafirma é o cabimento da cumulação de uma das duas sanções (declaração de inidoneidade e/ou suspensão de licitar) com as outras figuras sancionatórias.

Em razão das divergências apontadas acima e do direito não tolerar a existência de duas normas incompatíveis entre si, faz-se necessário uma breve análise sobre esse tema.

O ordenamento jurídico de um modo geral não deve ser considerado como uma norma singular ou acervo de normas singulares, mas como unidade constituída pelo conjunto sistemático das normas com um todo. Todavia, antagonismos não são tolerados, pois as normas tem que ser coerentes. Nesta linha de pensamento, cristalizou-se o princípio da não aceitação simultânea de normas incompatíveis entre si conforme se vê da orientação do doutrinador Norberto Bobbio, transcrita abaixo:

“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) validamente fazer parte do referido ordenamento.”

Para a solução de conflitos que se apresentam com as antinomias, existem critérios legais, quais sejam: o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre 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). Conforme se vê no art. 2º do Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, abaixo transcrito:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Não obstante, haver as divergências em relação à previsão de sanções nas duas leis estudadas que tratam de licitações públicas, entendemos que as referidas leis não são incompatíveis e por isso devem coexistir, sob pena de antinomia, devendo haver uma complementariedade entre as normas.

Entende-se que a Lei 10.520/02 deve ser aplicada especificamente à modalidade pregão e a Lei 8.666/93 deve ser aplicada somente em situações de lacuna da lei do pregão. Este é o entendimento que se extrai da redação do art. 9º

da Lei nº 10.520/02 “Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n 8.666 de 21 de junho de 1993”.

Em relação ao campo de abrangência do pregão, entende-se que a 10.520/02, apesar de apresentar natureza de norma geral no sentido de ser observada por todas as esferas de governo, conforme descreve Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “A Lei 10.520/02, expressamente estendeu o pregão a todas as esferas da federação, passando ele a ser modalidade aplicável no âmbito da União, estados, DF e municípios”, é também específica em relação à matéria por ela tratada, uma vez que tem aplicação restrita ao pregão.

Essa noção de complementaridade entre as normas, utilizando-se a Lei nº 8.666/93 apenas em caráter subsidiário quando se tratar da modalidade licitatória pregão é expresso na obra de José dos Santos Carvalho Filho, conforme abaixo transcrito:

“É importante sublinhar que a nova legislação tem o objetivo básico de complementar a Lei nº 8.666/93.

Não houve, pois, o intuito de revogação dessa última lei. É claro que a nova disciplina tem normas que alteram certos aspectos de fins e procedimentos em relação ao Estatuto. Evidentemente, por ser *lex posterior* prevalecem suas normas sobre as da lei antiga.(...)

Nesse sentido registra o novo diploma a aplicação subsidiária das normas da Lei 8.666/93 à modalidade de pregão.”

Para os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, essa noção de complementaridade também se faz presente, sendo importante destacar que para estes, pelo fato da Lei 10.520/02 também regulamentar o art. 37,XXI, da nossa Constituição Federal encontra-se no mesmo patamar da Lei nº 8.666/93, mas o caráter de subsidiariedade da Lei nº 8.666/9 ao pregão também é defendido, conforme abaixo transcrito:

“podemos afirmar, hoje, que a Lei 10.520/2002 veicula normas gerais, de caráter nacional, em matéria de licitações públicas. Encontra-se, portanto, na mesma situação da Lei nº 8.666/1993 em nosso ordenamento jurídico. Temos em verdade duas leis nacionais de normas gerais regulamentando o art. 37,XXI, da Constituição de 1988, a segunda acrescentando normas à regulamentação inicial: a 8.666/1993 e a Lei 10.520/2002.(...)

Aplicam-se subsidiariamente ao pregão as disposições constantes da Lei 8.666/1993.”

Assinale-se, entretanto que diante da divergência entre as sanções previstas na Lei 8.666/93 e as sanções previstas na Lei 10.520/02, existem autores

que defendem a impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 à modalidade de pregão em se tratando de aplicação de sanções, a exemplo de Ronny Charles Lopes de Torres, cujo posicionamento transcrevemos abaixo:

“(…) nos procedimentos relacionados ao pregão e sua respectiva relação contratual, é cabível apenas a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02, sendo inadmissível a cumulação com as sanções estabelecidas somente na Lei nº 8.666/93.”

Todavia, entendemos que este último posicionamento não merece prosperar, pois em que pese as leis 8.666/93 e 10.520/02 trazerem normas sobre aplicação de penalidades e a Lei nº 10.520/02 ser considerada especial e posterior em relação àquela que é geral e considerada Estatuto Licitatório, a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 se destina especificamente à modalidade de licitação pregão.

Quando a licitação for realizada por pregão, todas as regras previstas na Lei nº 10.520/02 devem ser aplicadas, inclusive àquelas que se referem à aplicação de sanção, devendo, entretanto ser buscada a subsidiariedade da Lei nº 8.666/93 nas lacunas existentes, tal como previsto no art. 9º da lei do pregão “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Partindo desse ponto de vista, acreditamos que usando a subsidiariedade da Lei nº 8.666/93, o administrador público terá um campo de abrangência maior de possibilidades de aplicar penalidades mais adequadas àqueles que descumprirem as regras firmadas em contrato, pois entendemos que estes devem realmente serem punidos por agirem com deslealdade com a Administração Pública, mais não podem ser punidos em demasia.

5. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

Como vimos anteriormente as regras sobre sanções administrativas dispostas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02 não são colocadas a contento, dificultando a atuação do administrador público na aplicação de penalidades

decorrentes de irregularidades contratuais, no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Na aplicação de sanções administrativas em licitações públicas deve ser observado em primazia o princípio da legalidade por ser uma atividade vinculada. A Administração Pública, no exercício da função sancionatória deve observar o panorama constitucional respeitando a legalidade estrita em razão de dispositivos expressos na Constituição Federal, sobretudo o art. 5º, II e 37, caput.

Somente a lei em sentido formal pode definir infrações e estipular penalidades, devendo ser observada a previsão legal. Neste sentido determinou o Tribunal de Contas da União à unidade jurisdicionada que não incluísse, nos atos convocatórios dos certames realizados, cláusula prevendo a sustação do pagamento como sanção, tendo em vista não haver previsão na Lei 8.666/93, conforme se vê na Decisão nº 621/2001 – Plenário da Relatoria do Ministro Marco Vileça, abaixo transcrito:

(...)

l. determinar à Caixa Econômica Federal que, relativamente às disposições contidas nos editais pertinentes aos processos de licitação por ela promovidos, inclusive (...)

c) em todas as espécies de processos licitatórios, abster-se de inserir cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como punição em si mesma, tendo em vista que as disposições da Lei nº 8.666/93 não tratam tal providência como modalidade autônoma de apenação.

Conforme vimos anteriormente, por ocasião da descrição dos princípios, a Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, se destaca nos contratos administrativos por meio da inserção de cláusulas exorbitantes e permite entre outros, a aplicação de penalidades aos contratados em razão de descumprimento do contrato e aqui reside um ponto de fundamental importância para a Administração Pública, pois para que exerça essa supremacia precisa estar atenta e inserir, por exemplo, nos editais e nos contratos previsão de aplicação de sanções, pois como vimos no final do texto do art. 7º da Lei nº 10.520/02 as multas para serem aplicadas precisam estar previstas “(...), sem prejuízos das multas previstas em edital e nos contratos e das demais cominações legais”.

Em relação ao regramento de aplicação de sanções, em obediência ao princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, conforme vimos anteriormente põe o administrador como mero gestor do interesse público, a Administração não pode atuar numa postura discricionária. Observa-se aqui, um dever de sancionar.

O poder público terá sempre que apurar as circunstâncias relativas ao descumprimento contratual e aplicar as punições exigíveis ao caso, tendo em vista o interesse público, resguardando a prévia defesa do contratado, em atenção às garantias individuais expressas na Constituição.

Neste sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a, obrigatoriedade de se aplicar sanções previstas, conforme se vê do Acórdão nº 2.470/2006 – 1ª Câmara, transcrito abaixo:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária de 1ª Câmara de 5/9/2006, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM (...)em determinar:

Exercício: 2003

1. à Secretaria Especial de Informática do Senado Federal - Prodasen que: (...)

1.3. aplique as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993, na hipótese de inexecução do contrato por seu fornecedores ou prestadores de serviços;

A observância do princípio da proporcionalidade constitui-se como prioridade máxima quando se trata de aplicação de sanções, em razão das imprecisões textuais existentes nas duas leis estudadas no que se refere ao tema. Conforme vimos anteriormente, por ocasião da abordagem dos princípios administrativos, o grande fundamento desse princípio é conter o abuso do poder público no exercício das funções que lhe são inerentes, especialmente a sancionatória.

Quando nos reportamos às facilidades apresentadas pelo modelo licitatório instituído pelo pregão, mencionamos que em razão da relação de confiança e boa-fé da administração com o contratado, em casos de intencional descumprimento das normas estipuladas em edital, já ensejaria de início a grave sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública.

Esse entendimento de sanção única na Lei nº 10.520/02, é expresso pelo doutrinador Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 7º da referida lei, conforme transcrito abaixo:

Já o art. 7º da Lei nº 10.520 (que disciplina o pregão) introduz algumas inovações sobre o tema. Reconhece a existência da advertência e da multa, mas alude a uma sanção única de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de até cinco anos. O regime jurídico dessa sanção é distinto tanto da suspensão temporária quanto da declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666.

Para solucionar essas lacunas existentes na lei do pregão em relação à sanções, entendemos que o Administrador Público deve nortear suas decisões pelo princípio da proporcionalidade e somente assim terá condições de apenar adequadamente àqueles que descumprirem as normas pactuadas; para uma infração branda, uma penalidade branda e para uma infração grave, um penalidade grave.

Para isso, terá que buscar, a subsidiariedade da Lei 8.666/93 e em casos de infrações de menor gravidade, aplicar a penalidade de advertência, prevista no inciso I do art. 87 da Lei 8.666/93, no âmbito do pregão, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Isso só é possível, se entendermos que não há antinomia entre a Lei 8.666/93 e a lei do pregão, a 10.520/02. Diante das imperfeições dos dispositivos das duas normas em relação à aplicação de sanções, deve-se adotar um entendimento de que, essas duas normas, apesar de falhas não são incompatíveis entre si, pois possuem validade própria e produzem efeitos próprios.

Conforme já mencionamos anteriormente, o que deve existir é uma complementaridade entre as mesmas. A Lei 10.520/02 deve ser aplicada especificamente à modalidade pregão, e a Lei 8.666/93 somente deverá ser aplicada subsidiariamente, quando a Lei 10.520/02 for silente, conforme previsto no art. 9º dessa última lei.

Sendo assim, por entendermos que a Lei nº 10.520/02 mesmo sendo especial e posterior, não afasta a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/93 de forma subsidiária por se destinar ao pregão, achamos que em casos de descumprimento das regras contratuais por irregularidade de menor gravidade, aplica-se sanção correspondente somente prevista na 8.666/02. Dessa forma o Administrador Público estará agindo de forma ponderada e proporcional.

O entendimento de que as penalidades devem ser gradativas e proporcionais, está presente na obra de doutrinadores pátrios, como do professor Hely Lopes Meirelles que ao defender que a penalidade de inidoneidade deve ser aplicada no caso de faltas mais graves, se reporta “o que caracteriza a inidoneidade é o dolo ou a reiteração de falhas do profissional ou da empresa”.

Esse também foi o entendimento do legislador ordinário que ao editar a Lei 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo da Administração Pública Federal, fez constar no art. 2º, VI, parágrafo único, abaixo transcrito:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Ainda buscamos o entendimento do eminente doutrinador Marçal Justen Filho, para ressaltamos a necessidade de análise da existência de dolo na função sancionatória da Administração Pública, pois segundo este:

“o erro é uma contingência humana e, quando não há má-fé ou reincidência decorrente de culpa grave”.

(...)

“A contratada deve ser punida com penalidade mais branda que a declaração de inidoneidade.”

Esse entendimento nos informa que a penalidade de inidoneidade, segundo esse autor, somente pode ser aplicada nos casos de falta mais grave cometida pela contratada.

Um simples erro, se cometido genuinamente e sem intenção dolosa, não deve ocasionar de imediato a aplicação da penalidade mais grave.

5.1. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado acerca do tema, apontando no sentido de que a Administração deve analisar a penalidade a ser adotada com base na razoabilidade, adotando entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, e a proporcionalidade.

Neste sentido:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. DIGITALIZAÇÃO DE PROCESSOS. CERTIFICADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DISCREPANTES QUANTO A REQUISITO CONSTANTE DO EDITAL, DE EXPERIÊNCIA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS DEPENDÊNCIAS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. QUESTIONAMENTO SOBRE A VALIDADE DO REQUISITO E AO MODO DE REALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS DE APURAÇÃO. LICITAÇÃO POSTERIORMENTE REVOGADA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE À LICITANTE. IMPUGNAÇÃO.

1. A competência exclusiva do Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou

Municipal, disciplinada no art. 87, §3º, da Lei 8666/93, diz respeito exclusivamente à declaração de inidoneidade de empresa para contratar com a administração pública, não à mera suspensão temporária tratada pelo art. 87, inc. III.

2. Não se pode falar de perda de objeto quanto à imposição de penalidade ao licitante na hipótese em que a revogação da licitação se deu, em parte, em função sua conduta.

3. É razoável e, portanto, não é nula, a exigência, no edital, de prévia experiência, por parte da licitante, em digitalização de processos fora do seu estabelecimento, notadamente considerando a inconveniência do transporte de processos para a realização desse serviço fora do Tribunal. Vencida a relatora.

4. A apuração de irregularidade em atestado de capacidade técnica pode conduzir à imposição de penalidade.

5. Na hipótese em que, não obstante o atraso decorrente da conduta da impetrante, o serviço para o qual fora instaurado o pregão acabou por ser realizado de maneira independente, a aplicação da penalidade de suspensão de dois anos, com fundamento no art. 7º da Lei 10.250/2002, é exagerada, devendo ser reduzida.

6. Segurança concedida em parte, para fixar em um ano o período da suspensão temporária de participação da impetrante em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

(STJ, MS 14868/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 20/06/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PENALIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A HABILITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO.

I - Conforme expressa disposição editalícia, o não envio da documentação no prazo exigido de 24 horas, não gera como penalidade a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, mas apenas a desclassificação do interessado da referida modalidade de licitação.

II - Não houve recusa por parte da Recorrente em fornecer as informações suficientes, tampouco foram estas inadequadamente fornecidas, pelo que resta injustificável a aplicação da penalidade de suspensão temporária.

III - A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação, sujeitará o licitante às sanções previstas na legislação pertinente e, in casu, na exclusão do certame.

IV - Recurso Ordinário provido.

(STJ, RMS 23088/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJe 24/05/2007)

Conforme se vê, o Superior Tribunal de Justiça observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de sanção.

Muito embora a lei 10.520/2002 tenha estabelecido condutas tipificadas a ensejar a aplicação de sanções, numa atitude de vanguarda em relação a lei 8.666/93, que apresenta uma ausência de tipicidade específica e de descrição legal do fato a ensejar a aplicação de uma das sanções descritas no seu art.87, deixou a desejar quanto á previsão da penalidade a ser aplicada, uma vez que não trouxe uma escala gradativa de penalidade como a Lei 8.666/93. Isso a nosso ver, dificulta na aplicação da pena tornando-se um risco de o fato punível não ser apenado adequadamente.

CONSIDERE Em razão disso, quando da aplicação de sanções, deve o administrador atuar devidamente pautado nos princípios administrativos, principalmente o da proporcionalidade, sob pena da sanção aplicada desproporcionalmente ser anulada na via judicial.

Diante do exposto, a jurisprudência do STJ, sob o REsp 1.520/02 e REsp 1.530/03, que regulam a aplicação das sanções, tornou-se obrigatória para o administrador público o cuidado de aplicar a sanção de modo proporcional ao dano causado pelo contratado, sob pena de nulidade. Assim, a aplicação de sanções deve ser feita de modo proporcional ao dano causado pelo contratado, sob pena de nulidade. Assim, a aplicação de sanções deve ser feita de modo proporcional ao dano causado pelo contratado, sob pena de nulidade.

A aplicação das sanções tem caráter obrigatório e a aplicação de sanções é instrumento de regulação do ambiente econômico, visando a disciplina do mercado e a preservação da eficiência das atividades administrativas. Assim, a aplicação de sanções é instrumento de regulação do ambiente econômico, visando a disciplina do mercado e a preservação da eficiência das atividades administrativas.

O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo.

O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. O princípio da proporcionalidade é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo.

Dessa forma, considerando a importância da proporcionalidade no Direito Administrativo, o administrador deve aplicar as sanções de modo proporcional ao dano causado pelo contratado, sob pena de nulidade. Assim, a aplicação de sanções deve ser feita de modo proporcional ao dano causado pelo contratado, sob pena de nulidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento do pregão e as facilidades apresentadas, com a inversão das fases (julgamento da proposta anterior à habilitação) e possibilidade de contratos de pequeno valor, a Administração Pública pôde conferir maior eficiência e agilidade no procedimento licitatório. Todavia, surgiu o risco de contratação com empresas com pouca responsabilidade na boa prestação do objeto contratual.

Diante das imprecisões apresentadas nas Leis nº 10.520/02 e 8.666/93, que regulam o procedimento licitatório acerca da aplicação das sanções, tornou-se difícil para o administrador público o exercício de aplicação de penalidades nos casos de descumprimento dos contratos firmados com a Administração Pública. Mas é de fundamental importância o esforço de todos no sentido de aplicar a punição adequada, principalmente àquelas empresas que apresentam preços inexequíveis e tumultuam o processo.

A aplicação das sanções tem caráter obrigatório e apresenta-se como instrumento de regulação do ambiente licitatório, retirando empresas irresponsáveis que comprometem a eficácia das contratações administrativas. Para tanto o Administrador Público deve estar atento para fazer constar nos editais e nos contratos previsão de aplicação de penalidades, pois como vimos nos casos de aplicação de multas, estas têm que estar previstas no contrato.

O exercício da função sancionatória deve sempre estar pautado no princípio da proporcionalidade. Diante de um fato jurídico de descumprimento das normas de menor gravidade, deve ser buscada uma pena mais branda, mesmo não havendo previsão de regramento na Lei nº 10.520/02, busca-se a subsidiariedade da 8.666/93, pois como vimos estas normas não são incompatíveis.

O sancionamento daquele que descumpre as regras avençadas com a administração, deve ser compatível com a gravidade da infração, ou seja deve ser aplicada sanção correspondente e suficiente para as condutas praticadas.

Dessa forma, constatamos a importância que o princípio da proporcionalidade vem assumindo na área do direito administrativo punitivo, norteando as definições de sanções administrativas cabíveis, bem como as suas graduações, levando em consideração a gravidade das infrações cometidas em cada caso.

A Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação pregão, representou uma importante inovação na Administração Pública na medida em que deu uma maior flexibilização e desburocratização ao procedimento licitatório convencional apresentado pela Lei nº 8.666/1993, com a inversão na ordem das fases de habilitação e de propostas.

Todavia, constatamos o problema que se deparou a Administração Pública quando o particular não cumpre as regras contratuais, ensejando a aplicação de sanção, pois a referida lei não prevê escala gradativa de penalidade a ser aplicada de acordo com a gravidade da conduta.

Diante disso, vimos que a aplicação das sanções previstas Lei nº 8.666/1993 que traz em seu texto escala gradativa de penalidades, conforme se observa no seu art. 87, no contexto da modalidade de licitação pregão, é uma alternativa que se propõe, consagrando assim os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade previstos legalmente no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784.

Agindo dessa forma, a Administração Pública estará cumprindo o seu poder-dever aplicando sanção àqueles que descumprem as regras avençadas em contrato de uma forma adequada; para uma infração branda, uma penalidade branda e para uma infração grave, uma penalidade grave.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado/ Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 17ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei N° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em 20 mar 2013

BRASIL. Lei N° 10.520, de 17 de Julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em 25 mar 2013

BRASIL. Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em 03 abr. 2013

BRASIL. Lei N° 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 12 abr. 2013

BRASIL. Decreto N° 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm> Acesso 21 de abr. de 2013

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo; Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 1993.

CARVALHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª edição ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes: Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL, TCU, Licitações e Contratos: Orientações Básicas, 3ª ed., Brasília, Secretaria de Controle Interno, 2006,

FERNANDES, Francisco. Dicionário Brasileiro Globo/Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993.

GASPARINI, Diógenes: Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NORBERTO Bobbio, o Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito, São Paulo: Ícone, 2006.

SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Reflexões sobre a aplicação de sanções administrativas nas licitações públicas. Revista NDJ, São Paulo, v. 11, p. 1247-1256, Nov. 2009. Disponível em < www.ndj.com.br > Acesso em 19 de mar de 2013.