

2015

CADERNO DE LOGÍSTICA

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

**Diretrizes para formulação de
procedimento administrativo específico**

Versão 1.0

Presidenta da República

Dilma Rousseff

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP

Nelson Barbosa

Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI

Cristiano Rocha Herckert

Departamento de Logística – DELOG

Diogo da Fonseca Tabalipa

Coordenação-Geral de Normas

Andréa Ache

Equipe de Elaboração – CGNOR/DELOG/SLTI

Sandra Caldas F. Da Silveira | Elaboração

Augusto Seixas Silva | Colaborador

Genivaldo dos Santos Costa | Colaborador

Hudson Carlos Lopes da Costa | Colaborador

Kadu Freire de Abreu | Colaborador

Manuela Deolinda dos Santos da Silva Pires | Colaborador

Maria Arcângela Silva Casagrande | Colaborador

Weberson Pereira da Silva | Colaborador

Setembro de 2015

1. Introdução: 6

1.1. Breve histórico 7

Parte I

2. Aspectos gerais sobre o procedimento administrativo sancionador: 9

2.1. Alguns conceitos relevantes: 9

2.2. Características importantes: 10

2.2.1. Qual é a natureza jurídica das infrações administrativas sancionadoras? 10

2.2.2. Qual é a finalidade de se aplicar as sanções administrativas? 11

2.2.3. Quais são os pressupostos que regem os procedimentos de aplicação de sanções? 11

2.2.4. A abertura de processo administrativo para averiguação de eventual aplicação de sanções é obrigatória? 12

2.2.5. A defesa prévia é obrigatória ou facultativa? 13

2.2.6. A aplicação das sanções é um dever ou uma faculdade do gestor público? As sanções podem ser aplicadas também na fase da licitação? 13

2.2.7. Quais são os princípios que regem os procedimentos de aplicação de sanções? 15

2.2.8. Há falta de tipicidade nas sanções dos contratos administrativos da Lei nº 8.666, de 1993? Isso impossibilita o sancionamento da empresa pela administração? 16

2.2.9. Qual é a autoridade competente para aplicar as sanções administrativas? 18

2.2.10. A rescisão contratual é uma sanção? 19

2.2.11. É possível aplicar sanções às contratadas mesmo após a extinção do contrato? Existe prazo prescricional? 20

2.2.12. Há diferenças entre as sanções previstas nas Leis nº 8.666, de 1993 e nº 10.520, de 2002? Como se deve aplicá-las? 22

3. Alguns aspectos sobre as modalidades de sanção, a graduação das penas e seus efeitos:	25
3.1. Advertência:	26
3.2. Multa:	27
3.3. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos:	28
3.4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública:	28
3.5. Informações complementares:.....	29
4. Qual é o regramento legal que deve ser utilizado para regular o procedimento de aplicação das sanções? A Lei nº 8.666, de 1993, ou a Lei nº 9.784, de 1999?	29

Parte II

5. Diretrizes para os procedimentos necessários à análise, processamento, aplicação e julgamento das sanções administrativas:	30
5.1. Fase preliminar:.....	32
5.2. Fase da defesa prévia:	35
5.3 Fase de saneamento do procedimento e aplicação da sanção:	36
5.4. Fase do procedimento recursal:.....	38
5.4.1. Da decisão caberá interposição de recurso e/ou do pedido de reconsideração: 38	
5.4.2. Da análise do recurso e do pedido de reconsideração:	39
6. Publicações no Diário Oficial da União e demais efeitos:	41
7. Sugestões de providências internas (preventivas) relacionados à aplicação de sanções a serem adotadas pelos órgãos:	41

8. Modelos das principais peças (notificações): estão anexados a este caderno: Os modelos das peças estão anexados a este Caderno e foram elaborados conforme os disponibilizados pela Advocacia-Geral da União, com adaptações.....	42
MODELO I.....	43
MODELO II	46
MODELO III.....	48

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
DIRETRIZES PARA FORMULAÇÃO DE PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO

1. Introdução:

O presente trabalho tem por escopo traçar diretrizes gerais acerca do procedimento administrativo a ser autuado para apuração de eventuais infrações cometidas pelos licitantes e contratados, durante a fase licitatória e de execução contratual.

Não se pretende normatizar ou criar um procedimento administrativo sancionador¹ a ser implementado pelos órgãos da Administração Pública, tampouco realizar uma análise exaustiva e pormenorizada sobre o tema. Busca-se, precipuamente, oferecer as diretrizes e orientações sobre questões que são correlatas ao tema em análise e talhar as bases principiológicas que norteiam o assunto numa tentativa de uniformização de procedimentos, tendo em vista as diferentes estruturas administrativas dos órgãos públicos, o que dificulta a instituição de um modelo único e estanque.

Demais disso, a elaboração dos temas tratados foi ancorada em pesquisas na doutrina e jurisprudência, as quais estão informadas por meio de notas de rodapé, para que os interessados, principalmente aqueles que estão iniciando, possam realizar estudos complementares.

São diretrizes propostas para fomentar a atuação dos gestores conforme a Lei e o direito, pautadas na hermenêutica jurídico-constitucional, visando que dispensem maior atenção aos procedimentos dessa natureza, bem assim acautelar para que não ocorram medidas arbitrárias, desarrazoadas e ilegais, sob pena de invalidação dos atos administrativos lastreados por esses vícios, com vista à concretização dos princípios fundamentais atrelados ao Estado Democrático de Direito.

O caderno está estruturado em duas partes. A primeira tem por objetivo trazer algumas considerações importantes a respeito das características das sanções administrativas aos particulares, abordando assuntos que, apesar de considerados controvertidos, a exemplo da prescrição, foram destacados para fomentar o debate e assim receber tratamento mais uniforme pela jurisprudência ou a sua definição por proposição legislativa. A segunda parte informa as bases estruturantes de um rito procedimental específico, impelindo aos órgãos e entidades a criar um modelo próprio amoldado às suas estruturas e características específicas.

¹A expressão “sancionador” aqui utilizada foi extraída da obra: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

1.1. Breve histórico

Preliminarmente, é importante assentar que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), foi promulgada durante um período político retratado pelos fatos históricos conflituosos ocorridos no início da década de 1990, os quais tornaram evidente a necessidade de fazer alterações no diploma que normatizava as licitações e contratações públicas à época – com o objetivo de dar nova moldagem aos procedimentos de contratações governamentais. Aliado a essa situação, outro fator que motivou as mudanças ao texto foi a indispensável conformação de regras e princípios oriundos dos regramentos anteriores, à sistemática da Constituição Federal de 1988.

No que tange ao regime jurídico das sanções administrativas nas licitações e contratos, verifica-se que houve algumas modificações importantes quando se realiza comparação entre os dois regramentos. Porém, diante da finalidade desse trabalho, importa destacar os mais relevantes, a exemplo da inclusão do art. 78, parágrafo único da Lei nº 8.666, de 1993, o qual prevê que os casos de rescisão contratual deverão ser precedidos de processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, o que vem ao encontro das regras constitucionais em que prevalece o regime democrático de direito.

Outra inovação da Lei nº 8.666, de 1993, foi a inserção de dispositivos específicos (art. 82 a 85) voltados a inibir o comportamento irregular ou ilícito de agentes públicos, conferindo uma amplitude da Lei para alcançar não só os licitantes, mas todos os que estão envolvidos nos processos relacionados aos procedimentos licitatórios ou na contratação direta, exigindo-se cautela redobrada dos gestores na observância dos deveres funcionais.

Entretanto, o novo diploma não previu tópicos que são importantes para o sancionamento, como por exemplo, a tipificação dos comportamentos, a correlação entre as infrações e as sanções previstas, a competência para aplicar todos os tipos de penalidades e as regras que estabeleçam o rito procedimental sancionador, o que tem exigido dos gestores públicos esforço em grandes proporções quando da apuração e aplicação das reprimendas, as quais devem ser realizadas sob o manto da legalidade, em razão da gravidade das penas que podem ser impostas aos licitantes e contratados.

Importante destacar que, não obstante a concisão da Lei nesse sentido ou a insuficiência legislativa em relação à aplicação das sanções, as garantias aos direitos fundamentais constitucionais devem ser preservadas, tanto no que diz respeito à própria Administração Pública quanto à esfera dos direitos do licitante ou contratado, e isso somente é possível com a observância dos parâmetros legais conformados pelo direito.

Ao promover a materialização desses direitos, a Administração Pública concretiza relevante papel, pois o ato de orquestrar um processo que observa a legalidade, o devido processo legal, os princípios correlatos, entre outros, tem o condão de dar efetividade às sanções aplicadas, evitando-se que decisões judiciais resultem em anulação ou revisão de todo um procedimento administrativo.

Regra geral, a reforma das decisões administrativas desta natureza pelo Poder Judiciário têm ocorrido não pela ausência de justa causa ou por haver dúvidas em relação ao enquadramento dos comportamentos dos licitantes ou contratados, mas pelas falhas cometidas pelos órgãos e entidades em relação à aplicação da Lei e regras do edital e contratos, corroborada pela ausência de previsão pelos normativos internos quanto às regras procedimentais administrativas que deem sustentação e a devida transparência aos procedimentos sancionatórios.

Ressalta-se que todas essas precauções são de grande relevância para se estabelecer um maior controle e transparência quanto ao regime jurídico das sanções administrativas, uma vez que as políticas públicas instituídas nos últimos anos têm sido consideradas como indutoras das compras governamentais, trazendo um aumento vultoso na realização de obras, prestação de serviços e aquisição de bens, o que resultou na multiplicação de contratos com empresas privadas.

Isso impõe uma maior cautela por parte do administrador no exercício do poder, especialmente com relação ao controle e a qualidade do gasto público, exigindo-se especial atenção em relação ao cumprimento dos contratos pelos particulares. Nesse sentido, destaca-se a importância da implementação, pelos órgãos e entidades, de estudos constantes quanto ao refinamento das técnicas procedimentais administrativas que objetivam a análise dos processos que se referem ao regime jurídico das sanções administrativas.

Com esse recorte, revela-se imprescindível que o instrumental utilizado pelos gestores públicos no trato das relações que abarcam os procedimentos licitatórios e seus consentâneos devem se conformar com o regime jurídico-administrativo interpretado à luz da Constituição Federal – o qual é formado por um conjunto de normas específicas, notadamente, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público – bem como por outras normas, valores e princípios correlatos. Nos contratos administrativos esse regime representa, segundo a doutrina majoritária, uma espécie de supremacia especial no desempenho dos poderes administrativos, os quais foram conferidos à Administração Pública mediante prerrogativas que podem ser verificadas pela presença das cláusulas exorbitantes sempre visando à tutela do interesse público.

Dessa forma, segundo a doutrina², como a função administrativa está vinculada à satisfação do interesse público, o uso das prerrogativas deve ser visto como “deveres-poderes”, havendo uma subordinação do poder em relação ao dever. Assim, tanto a possibilidade quanto a obrigatoriedade de a Administração aplicar sanções às contratadas decorre do regime jurídico dos contratos administrativos instituídos pela Lei Geral de Licitações e outras legislações correlatas.

Essa possibilidade está lastreada na supremacia do interesse público, que confere um conjunto de prerrogativas à Administração, inclusive, o poder de aplicar sanções, motivada pela inexecução total ou parcial do ajuste. Por outro lado, é com base no

² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

princípio da indisponibilidade do interesse público que a Administração tem o dever de aplicar sanções às contratadas, sempre que diante de infrações contratuais ou descumprimento às regras que causem repercussão jurídica na órbita administrativa, não sendo possível relevá-las por mera conveniência e oportunidade³.

Conforme mencionado, a construção destas diretrizes não tem o caráter de esgotar o tema, mas o objetivo de criar para o gestor público um material para consulta que o auxiliará durante a fase de planejamento, ao implementar regras mais claras nos instrumentos editalícios, bem como na tomada de decisão quanto à aplicação de sanções nas fases subsequentes, não havendo a pretensão de suprir ou sobrepor o entendimento da Consultoria Jurídica dos órgãos ou entidades.

Por fim, é importante frisar que ao órgão ou entidade da Administração cabe empreender tratativas junto ao órgão consultivo correspondente para alinhar os procedimentos em questão para que, caso o sancionado recorra à esfera judicial por não concordar com a sanção aplicada, não subsista desarmonia de entendimentos entre as regras e teses expendidas na esfera administrativa em relação à esfera judicial, prejudicando indevidamente a defesa do órgão ou entidade.

Parte I

2. Aspectos gerais sobre o procedimento administrativo sancionador:

2.1. Alguns conceitos relevantes:

Devido Processo Legal: deste princípio é possível extrair todos aqueles que compõem o regime jurídico do processo administrativo, tendo em vista sua função de orientar a produção e aplicação de normas. No sentido amplo, é um princípio que deve ser interpretado à luz da Constituição de 1988, principalmente com supedâneo no art. 5º, incisos LIV e LV, os quais consagram a exigência de um processo formal regular antes de a administração tomar decisões que tragam gravame e possam atingir a liberdade e a propriedade. Ou seja, a Administração não pode proceder diretamente a uma decisão que entenda cabível sem antes garantir o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Regime Jurídico Administrativo: de acordo com a doutrina, é um regime que comporta o conjunto de regras que instruem o Direito Administrativo, capaz de colocar a Administração Pública em uma posição privilegiada na relação jurídico-administrativa para com o particular, a qual pode ser resumida em um plexo de prerrogativas e sujeições.

³ Conforme Parecer nº 00688/2015/HTM/CGJL/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 30.06.2015, “É comum encontrar previsões em editais da possibilidade de se relevar por conveniência punições, o que não é admitido pelo ordenamento”.

Infração Administrativa: é o comportamento ou a omissão que viola alguma norma de natureza administrativa, podendo ou não causar prejuízos ao órgão.

Sanção Administrativa: penalidade prevista em lei, instrumento editalício ou contrato, aplicada pelo Estado no exercício da função administrativa, como consequência de um fato típico administrativo com a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantidos por meio do devido processo legal.

Rescisão Contratual: é a ruptura da relação contratual, estabelecida entre a Administração Pública e a contratada, podendo ser unilateral, por acordo entre as partes, ou judicial, quando a Administração dá causa à rescisão, nos termos da legislação.

2.2. Características importantes:

Há certa concordância na doutrina e na jurisprudência acerca da similaridade entre as sanções administrativas e as de natureza penal. Inclusive, é o que se extrai de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁴ que aduz: “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 plasmaram no campo daquela disciplina”.

Dessa assertiva decorre que os princípios fundamentais do Direito Processual Penal podem ser aplicados às sanções administrativas, com as devidas adaptações, em razão de que ambos os processos possuem natureza restritiva de direitos. Assim sendo, com a devida cautela para não descaracterizar a natureza administrativa das sanções voltadas a penalizar as licitantes ou contratados, a vantagem de se assemelhar ao regime que rege o processo penal comum é que, em razão de seu sentido garantista, este proporciona que o aplicador percorra um caminho mais lógico e seguro para averiguar se há ou não a violação de normas ou regras diante de cada caso em concreto, para somente após aplicar as sanções correspondentes.

Outras características importantes foram agregadas por meio de arguições para que pudessem projetar um caráter mais pedagógico, as quais seguem abaixo destacadas.

2.2.1. Qual é a natureza jurídica das infrações administrativas sancionadoras?

Não obstante a existência de inúmeras correntes doutrinárias, a exemplo das teorias construídas em torno do assunto, correntes quantitativas e qualitativas⁵,

⁴ STJ/RMS 24559/PR, DJ 01.02.2010.

⁵ ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. O assunto foi tratado com base nas disposições feitas pelo autor, a qual traz, detalhadamente, demais esclarecimentos necessários à compreensão do tema. A citação realçada em aspas refere-se ao entendimento de Celso Antônio de Mello na obra *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

atualmente há prevalência do critério formal cuja compreensão pode ser extraída do seguinte enunciado “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”.

Em síntese⁶, partindo-se da premissa de que possa haver certa semelhança entre o ilícito penal e administrativo, dois importantes traços distintivos merecem destaque: o primeiro diz respeito à autoridade que aplica a sanção administrativa, a qual deve estar no exercício da função administrativa, mesmo que essa autoridade seja, por exemplo, um magistrado ou um parlamentar; o segundo baseia-se na natureza das sanções administrativas, as quais não podem, por exemplo, trazer previsões que restrinjam a liberdade das pessoas, observando-se, ainda, que ao administrador cumpre limitar-se tão somente às sanções elencadas no diploma que irá utilizar para balizar suas decisões.

Em complemento, além de as sanções administrativas possuírem natureza administrativa, segundo a doutrina, trata-se de um poder administrativo. Como decorrência da prevalência do interesse público sobre o privado surge como uma das prerrogativas inerentes ao poder disciplinar⁷ da Administração, consubstanciando-se na possibilidade de punir as infrações cometidas por particulares, vinculados por uma relação jurídica específica, como é o caso de empresas que participam ou mantêm contrato administrativo com o poder público.

2.2.2. Qual é a finalidade de se aplicar as sanções administrativas?

O procedimento de aplicação de sanções decorrente de comportamentos que resultem em infrações administrativas tem, regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. Outra finalidade é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, bem como afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção ao erário e ao interesse público.

2.2.3. Quais são os pressupostos que regem os procedimentos de aplicação de sanções?

⁶ Idem. Na referida obra o autor traça outros delineamentos importantes em relação ao assunto, os quais não foram inseridos neste Caderno pela sua grande extensão.

⁷ BORGES, Cyonil. **Licitações e Contratos: Teoria, jurisprudência e questões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. Segundo o autor, “é uma daquelas situações que serve para comprovar que o Poder Disciplinar não se confunde com o Poder Hierárquico. De fato, pelo Poder Hierárquico a Administração emite ordens, por exemplo, as quais, se descumpridas, levarão à aplicação de sanções ao infrator. Apesar de não existir hierarquia formal entre o contratado e o Estado, o vínculo especial formado a partir do contrato permite que a Administração assim proceda, punindo o faltoso, especialmente em razão da necessidade de preservação do interesse público”.

A Lei nº 8.666, de 1993 traz vários pressupostos que impõem ao administrador público o dever de aplicar as sanções decorrentes de comportamentos que violem a Lei ou o contrato, dos quais é possível citar alguns importantes cuja base legal está disposta nos seguintes artigos, dentre outros:

“**Art. 41.** A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada;”

“**Art. 76.** A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o Contrato;”

“**Art. 77.** A inexecução total ou parcial do Contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento;”

“**Art. 81.** A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o Contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas;”

“**Art. 86.** O atraso injustificado na execução do Contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no Contrato;

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

Os pressupostos relacionados aos procedimentos previstos para o Pregão estão mencionados na Lei nº 10.520, de 2002 e no Decreto nº 5.450, de 2005, bem como com os dispostos na Lei Geral de Licitações.

2.2.4. A abertura de processo administrativo para averiguação de eventual aplicação de sanções é obrigatória?

Diante uma suposta ocorrência de falhas, fraude ou outro tipo de infração à licitação ou ao contrato, que poderá ser identificada diretamente pelo pregoeiro, fiscal ou gestor do Contrato, pelo recebimento de uma denúncia ou reclamação de usuários dos serviços ou outro meio, é indispensável que haja a abertura de processo administrativo específico para apurar as ocorrências.

Dessa forma, o exame dos fatos deve ser sempre averiguado por intermédio da formalização de um processo administrativo, mesmo que diante de fortes indícios de autoria e materialidade ou mesmo quando se entender pela não ocorrência da infração, pois não cabe ao gestor um juízo pessoal e subjetivo sobre a situação, de modo que venha suprimir a abertura de procedimento.

Os pressupostos fundamentais para esse entendimento, que têm sustentação em princípios, encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A base infralegal está disposta no art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993, segundo o qual:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

De acordo com a doutrina⁸, a leitura conjunta do art. 37 e do art. 5º, incisos LIV, LV, XXXIV, alínea “a”, todos da Constituição Federal de 1998, impossibilita que quaisquer atos ou provas sejam produzidas sem a participação do particular.

A aplicação de quaisquer das sanções administrativas elencadas na Lei nº 8.666, de 1993, e na Lei nº 10.520, de 2002, somente é possível mediante instauração, processamento e julgamento pela autoridade competente.

2.2.5. A defesa prévia é obrigatória ou facultativa?

A doutrina é uníssona quanto à obrigatoriedade de a Administração observar a fase da defesa prévia, uma vez que há previsão expressa no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993:

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

É importante frisar que o texto previsto nos §§ 2º e 3º do art. 87, o qual traz a expressão “facultada a defesa prévia”, não se trata de ato discricionário do gestor. Diversamente, esse entendimento não encontra qualquer respaldo na doutrina ou na jurisprudência, não podendo prevalecer por estar em dissonância com o regime constitucional vigente, devendo sempre prevalecer o entendimento de ser obrigatória a sua concessão.

Essa assertiva deriva da premissa de que haverá defesa sempre que houver acusação, a qual foi fixada pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, cabe ao gestor a obrigatoriedade de conceder prazo para o exercício da defesa prévia pelo interessado, cabendo a este decidir por exercê-lo ou não.

2.2.6. A aplicação das sanções é um dever ou uma faculdade do gestor público? As sanções podem ser aplicadas também na fase da licitação?

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

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 específico visando à apuração dos fatos. A doutrina é unânime em afirmar que se trata de um poder, ou “deveres-poderes”⁹ decorrente de uma prerrogativa inerente ao Poder Disciplinar da Administração.

De acordo com a atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹⁰, trata-se de instrumento de controle da execução contratual, de aprimoramento da atividade administrativa e do comportamento dos gestores, sempre visando preservar o interesse público. Considerando-se os pressupostos que regem os procedimentos de aplicação das sanções, é proibido ao gestor abster-se de aplicar as medidas previstas em Lei e no contrato, devendo sopesar a gravidade dos fatos e as justificativas da contratada quanto à não execução ou execução irregular, para decidir quanto à proporcionalidade das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993, as quais devem estar previstas no instrumento convocatório, observado o devido processo legal.

Dessa forma, diante de indícios de infração administrativa do licitante ou contratado, a não autuação injustificada de processo administrativo específico poderá resultar na aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsto no art. 82 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como representação por parte TCU com supedâneo no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443, de 1992.

Em outra oportunidade, o TCU se manifestou orientando que, na análise do caso em concreto, se houver situações em que o gestor tenha motivos para deixar de aplicar as sanções, tal situação deve ser devidamente justificada nos autos do processo¹¹.

A base legal está disposta nos seguintes artigos da Lei nº 8666, de 1993, dentre outros:

“**Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
(...)
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;”

“**Art. 82.** Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.”

“**Art. 83.** Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.”

⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁰ São inúmeros os julgados da Corte de Contas, podendo ser citados os seguintes: TCU Acórdão 1632/2009; TCU AC nº 3.738/2007; TCU AC nº 1.793/2011.

¹¹ TCU – Acórdão 887/2010 – 2ª Câmara, em 09.03.2010.

“Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.”

Com relação à aplicação das sanções também na fase licitatória, recente julgado do Tribunal de Contas da União, Acórdão 754/2015/Plenário, trouxe recomendação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), para que oriente os gestores das áreas responsáveis pela condução dos processos licitatórios, no seguinte sentido:

I - deverá ser autuado processo administrativo para apenação das empresas que praticarem injustificadamente ato ilegal previsto no rol do art. 7º, da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002;

II - o art. 7º, da Lei 10.520, tem caráter abrangente, e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;

III - os responsáveis por licitações que não observarem as determinações previstas no subitem 9.5.1 do item 9.5. do Acórdão nº 754/2015-TCU-Plenário estão sujeitos a sanções.

O referido Acórdão tem por fundamento o previsto no art. 28 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, devendo eventuais sanções aplicadas após o processo administrativo serem registradas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), nos termos da Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010.

2.2.7. Quais são os princípios que regem os procedimentos de aplicação de sanções?

Segundo a doutrina¹², princípios e regras identificam-se como normas jurídicas por serem prescrições que autorizam a coerção, mas apesar de os institutos se assemelharem, as regras têm menor grau de abstração e generalidade se comparadas aos princípios. A aplicabilidade dos princípios deve levar em consideração a natureza do processo, sendo que os processos administrativos disciplinares, que objetivam apurar uma infração cometida pelo particular na execução de um contrato administrativo, podem ser considerados como processos restritivos de direito, porque se inserem no mesmo rol daqueles que causam uma diminuição na esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque ampliam dever já existente ou, ainda, suprimem direito existente.

¹² PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito – Vol. 26 – Coleção Temas de Direito Administrativo**. Malheiros, 2011. O detalhamento acerca do assunto foi extraído da obra da autora.

Não existem divergências significativas na doutrina acerca do tema, de forma que entende-se que os princípios aplicáveis aos procedimentos instaurados para aplicação das sanções administrativas são, dentre outros, os elencados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, quais sejam, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, transparência, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e eficiência, proibição da *reformatio in pejus*¹³, bem como revisibilidade, verdade material, celeridade, duração razoável do processo, formalismo moderado, os quais decorrem do princípio constitucional do devido processo legal. Cada princípio possui seus desdobramentos, devendo ser estudados, de forma criteriosa, para que possam ter aplicabilidade e mensuração de acordo com o caso em concreto.

Dentre os princípios elencados merece realce o princípio da motivação que, pelas disposições inscritas no inciso VII do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, condiciona o aplicador a indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram sua decisão. Reforça esse entendimento a coalizão do referido artigo com o art. 50, II e § 1º do mesmo diploma, segundo o qual “a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

Com o intento de ressaltar a importância desse princípio para os processos em questão importamos, mais uma vez, as lições da autora¹⁴, segundo a qual a motivação além de ser um dos princípios implícitos da Constituição da República, é requisito condicionador da validade dos atos e processos administrativos, devendo ser observado tanto para os atos administrativos expedidos no exercício da competência vinculada quanto para os discricionários.

Em complemento, enfatiza¹⁵ que a motivação está intimamente relacionada com a concretude do princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXV, pois a apreciação dos atos que causem ou ameacem causar lesão a direito, pelo Poder Judiciário, depende dos motivos avançados na decisão, visto que, se não revelados, a sindicabilidade¹⁶ dos atos restará prejudicada.

2.2.8. Há falta de tipicidade nas sanções dos contratos administrativos da Lei nº 8.666, de 1993? Isso impossibilita o sancionamento da empresa pela administração?

¹³ Idem. A autora traz o seguinte comentário: “o princípio da proibição da *reformatio in pejus* consiste na vedação de agravamento da decisão quando da prolação de novo juízo em grau de recurso”. Entretanto, esse posicionamento não é unânime. A maioria da doutrina entende que a **proibição** do agravamento da decisão somente pode ser utilizada nos casos de revisão do procedimento, conforme art. 65 da Lei nº 9784, de 1999.

¹⁴ Idem. De acordo com Angélica Petian, “a nosso ver, a motivação, princípio ínsito ao Estado de Direito, não pode ser desprestigiada em prol da satisfação da necessidade de celeridade”.

¹⁵ Idem.

¹⁶ KNOPLICK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª ed. Campus Elsevier, 2014. **Sindicabilidade**: segundo o autor, a expressão “sindicância” significa, em termos amplos, uma investigação, verificação, controle efetuado sobre alguém ou sobre alguma coisa. Nesse sentido, “sindicar” significa controlar. O princípio da **sindicabilidade** demonstra nada mais do que a possibilidade de se sindicarem, controlar a atuação da Administração, englobando os controles externo e interno, retratados nos princípios da tutela e autotutela, respectivamente. (grifos nossos)

Não existem muitas divergências na doutrina¹⁷ quanto ao conceito do instituto da tipicidade. De uma forma mais genérica, a tipicidade pode ser entendida como a essencialidade de que os comportamentos que se quer reprovar estejam minuciosos e objetivamente previstos em norma.

Com fundamento no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II e no art. 37, caput, da Constituição, as sanções devem estar antecipadamente previstas em lei¹⁸. Por outro lado, o princípio da anterioridade ancorado no art. 5º, XXXIX, significa que a Administração somente pode agir ou fazer o que a Lei autoriza, de forma que seja possível ao particular ter ciência antecipada dessa conduta infratora, bem como da sua sanção correspondente.

Com relação ao princípio da anterioridade, a Lei nº 8.666, de 1993, prevê que as espécies de sanções impostas às contratadas quando violam deveres legais ou contratuais são: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, sendo defeso ao gestor criar outras sanções distintas da referida previsão.

Entretanto, não se mostra viável predeterminar todos os casos fáticos para o cabimento dessas espécies de sanção, de forma que houvesse uma perfeita simetria entre cada comportamento a um tipo legal anteriormente previsto. De outro lado, não cabe à autoridade administrativa, de forma arbitrária, escolher livremente a sanção que incide ao caso em concreto, o que certamente resultaria em excessos inadequados e intoleráveis.

Há entendimento doutrinário¹⁹ que procura compatibilizar essas questões conformando-as com o princípio da legalidade/tipicidade, respaldado na premissa de que a natureza da responsabilidade administrativa é incompatível com definições legislativas mais exatas ou exaustivas, tendo em vista a quase impossibilidade de previsão legal para todas as situações possíveis devendo, porém, haver parâmetros para as sanções a serem

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Dentre outros comentários, o autor confere o seguinte conceito de tipicidade: “como último elemento do fato típico tem-se a tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei.”

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. O autor entende que o vocábulo ‘lei’ indica diversas espécies, sendo um gênero que abrange a constituição e suas emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos a até as resoluções.

¹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Segundo o autor, pág. 859, “É da natureza das penalidades administrativas o abrandamento do rigor na tipificação da conduta que gera o juízo de reprovação. Assim ocorre nas sanções disciplinares e nas atinentes à inexecução dos contratos públicos. Não se encontrarão na lei definições de tipos aos quais deva corresponder tal ou qual sanção. Abre-se para a Administração espaço discricionário para dosar a penalidade apropriada, desde que, em qualquer caso, se cumpra o devido processo legal, nele incluído o direito à defesa. A casuística é inumerável, posto que circunstâncias as mais variadas poderão combinar-se para atenuar ou agravar a inexecução atraente de penalidade.”

impostas diante das infrações administrativas, o que afasta o argumento de violação ao princípio da legalidade.

Dessa forma, apesar de não unânime, há preponderância na doutrina em considerar que, apesar de a Lei nº 8.666, de 1993, trazer um elenco taxativo para as modalidades de sanções sem ter definido todas as hipóteses de comportamentos infratores, tal fato não impede que o administrador, no uso do poder disciplinar, aplique a penalidade dosando a mais apropriada ao caso em concreto.

A situação ideal é o estabelecimento dos pressupostos delimitadores e delineadores das sanções no instrumento convocatório e no contrato, quanto ao núcleo essencial de um comportamento ou de um grupo de condutas proibidas, que são as obrigações legais, contratuais e editalícias, conjugando-as às sanções correspondentes, preferencialmente, de acordo com a gravidade do fato e o grau de reprovabilidade da conduta.

2.2.9. Qual é a autoridade competente para aplicar as sanções administrativas?

A Lei Geral de Licitações somente indica expressamente qual é a autoridade com competência administrativa²⁰ para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, deixando de trazer previsão quanto às demais sanções.

Isso permite concluir que tais disposições podem ser previstas nos normativos internos do órgão ou entidade, de forma que alguns exemplos podem ser citados para servir de parâmetro, quais sejam:

- Decreto nº 48.999/2004, do Estado de São Paulo/SP (autoriza a delegação aos chefes de gabinetes ou dirigentes das unidades orçamentárias).

- A Instrução Normativa DG nº 01, de 25 de novembro de 2013 do DNIT (a competência foi determinada a depender se a decisão é de primeira instância ou de segunda instância);

Subsistindo dúvidas acerca da competência para as demais sanções, esta poderá ser dirimida com a utilização do art. 17 da Lei nº 9.784, de 1999, que é aplicada subsidiariamente à Lei nº 8.666, de 1993, a qual informa que, na inexistência de competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29.1.1999**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Segundo o autor, competência administrativa é a quantidade de poderes atribuídos a um órgão ou agente da Administração Pública para o desempenho da função administrativa.

Alguns autores²¹ sugerem que é o ordenador de despesas quem possui atribuições para decidir as sanções, tendo em vista a sua competência para licitar e contratar com a Administração, bem como para os demais assuntos correlatos.

Esse é o entendimento da Advocacia-Geral da União, conforme Orientação Normativa nº 48, transcrita, *in literis*:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 48

“É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e nº 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, **a autoridade responsável pela celebração do contrato** ou outra prevista em regimento” (grifamos)

REFERÊNCIA: art. 58, Lei nº 4.320, de 1964; §1º do art. 37 e art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993; art. 3º e 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

Quanto à sanção de declaração de inidoneidade, talvez porque os efeitos decorrentes dessa sanção possam atingir as licitações e contratações perante toda a Administração Pública, o legislador entendeu por bem estabelecer previsão expressa de que a autoridade competente é o Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou Municipal. Como foi prevista a competência sem disposição que a exceção, a princípio, conclui-se que esta é exclusiva, não podendo ser delegada.

No âmbito federal, constatada a omissão da autoridade competente de instaurar o procedimento, a Controladoria-Geral da União pode requisitar a instauração de processo administrativo ou avocar processos administrativos iniciados por órgão ou entidade federal, conforme disposto na Lei nº 10.683, de 2008.

2.2.10. A rescisão contratual é uma sanção?

A rescisão contratual não possui natureza sancionatória, pois não se trata de uma genérica pretensão punitiva do Estado, além de não estar elencada no rol de sanções previsto na legislação. A rescisão é uma consequência de ruptura dos efeitos decorrentes da relação contratual entre a administração pública e a contratada, que se tornou insustentável diante de uma situação específica.

Como às partes cabe cumprir as obrigações de acordo com a forma prevista no contrato, tanto a contratante quanto o contratado poderão incorrer em motivo para a sua rescisão. A ruptura contratual também pode derivar de outros acontecimentos, a exemplo de situações provenientes do interesse público ou de força maior, estes alheios à vontade dos contraentes, que tornam impossível a continuidade da execução do objeto, fatos estes que não podem ser considerados de natureza sancionatória.

²¹ DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

Tendo em vista que todo contrato firmado decorrente de um processo licitatório, ou aqueles em que ocorre dispensa ou inexigibilidade, trazem custos à administração e, considerando que as regras obrigacionais não possuem um fim em si mesmas, pois tutelam interesse maior contido no escopo contratual ou em razão de interesse público, não é o descumprimento a qualquer dever que enseja a ruptura contratual, mas apenas os casos que coloquem em risco a manutenção das condições de pleno adimplemento do ajuste.

2.2.11. É possível aplicar sanções às contratadas mesmo após a extinção do contrato? Existe prazo prescricional?

À administração pública, enquanto titular de um direito violado, não cabe permanecer inerte diante o dever de instaurar e impor as sanções, uma vez que é ato administrativo vinculado e indisponível. A omissão do gestor não pode servir para trazer incerteza às relações jurídico-administrativas, pois o suposto devedor tem o direito de, inclusive, provar a sua inocência, uma vez que não houve a estabilização da sua situação junto ao órgão ou entidade contratante, por meio do devido processo legal.

Com relação à possibilidade de a administração aplicar sanções mesmo após o término da vigência contratual, é importante destacar o entendimento da Advocacia-Geral da União acerca do assunto, proferido por meio da Orientação Normativa nº 51, *in literis*:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº- 51

“A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, **permitindo eventual aplicação de penalidades** em caso de descumprimento de alguma de suas condições, **mesmo depois de expirada a vigência contratual.**” (grifos nossos)

REFERÊNCIA: Arts. 57, 69 e 73, §2º, da Lei nº 8.666, de 1993; PARECER PGFN/CJU/COJLC/Nº 1759/2010.

À luz dessas considerações, existe doutrina²² que aborda a questão assinalando entendimento em idêntico sentido:

“As faltas sancionadas com a advertência somente podem ser punidas durante a vigência do contrato. Findo este último, não mais poderá ser aplicada, até por não haver mais interesse para a Administração. Já as infrações mais graves, punidas com multa, suspensão do direito de contratar ou licitar ou contratar e com declaração de inidoneidade, caracterizando grave inexecução contratual ou prática de ilícitos, deve ser aplicado prazo **quinquenal**. O **momento** de início desse prazo deve ser aquele em que é **cometida a infração**. Pode ser, porém, que

²² DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. Dialética, 1997.

pela natureza do fato o mesmo não possa ser imediatamente conhecido. Aí, então, o prazo prescricional deverá começar a correr **a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa**". (grifos nossos)

Com base no entendimento supramencionado, há possibilidade de o gestor aplicar as sanções mesmo após o término da vigência contratual, respeitado o prazo prescricional contado, em regra, do momento do cometimento da infração. Não obstante, a depender da natureza da infração, quando esta não puder ser imediatamente conhecida, o início deste prazo deve ser contado a partir da ciência do fato.

Em relação ao prazo prescricional²³, a Constituição Federal de 1988, art. 37, § 5º, prevê que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que venham a causar prejuízos ao erário, ressalvando, tão somente, as respectivas ações de ressarcimento.

Ocorre que a legislação infraconstitucional não prevê expressamente um prazo prescricional para a aplicação das penalidades às licitantes e contratados, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência a solução para essa questão, sendo que, para ambos, o entendimento é pacífico no sentido de que a regra é a prescritibilidade²⁴, restando por controverso o estabelecimento do "quantum" desse prazo prescricional.

O entendimento doutrinário mais abalizado, atualmente²⁵, é pelo prazo prescricional de 5 (cinco) anos, cujo fundamento provém da verificação de maior incidência desse prazo na legislação que rege as relações de direito público.

²³ ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2014. O autor traça interessante comentário acerca dos traços distintivos entre os institutos da decadência e da prescrição, em relação às sanções administrativas costumeiramente apontados pela doutrina, expondo que "(...) a decadência extingue, diretamente, o direito, e, com ele, a ação que o protege; ao passo que a prescrição extingue, diretamente, a ação, e, com ela, o direito que protege. Ocorre que, por força do atributo da *executoriedade* conferido aos atos administrativos, a Administração Pública não depende da propositura de uma ação para aplicar sanções. Como visto, o regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei nº 8.666/1993, confere à Administração (...). Nesse sentido, a perda do poder administrativo sancionador pelo decurso do tempo aproxima-se muito mais do que se definiu acima como decadência do que da prescrição".

²⁴ O STF já decidiu que "a regra é a da prescritibilidade". Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174). Fábio Lemos Zanão in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34

²⁵ ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2014. As informações aqui relacionadas sobre o prazo prescricional foram baseadas na obra do autor, o qual informa que a doutrina se baseia no fato de que o prazo de 5 anos está previsto em diversas legislações: ação popular (Lei 4.717/1965, art. 21); ação punitiva da Administração pública federal no exercício do poder de polícia (Lei 9.873/1999, art. 1º); ação de cobrança do crédito tributário (Lei 5.172/1966, art. 174); ação disciplinar quanto às infrações puníveis com demissão (Lei 8.112/1999); ação punitiva para apurar infrações da ordem econômica (Lei 12.529/2011, art. 46); punibilidade de profissional liberal por falta sujeita à processo disciplinar (Lei 6.830/1980); ação por ato de improbidade administrativa

Do mesmo modo, a tendência abarcada pela jurisprudência²⁶ é pelo prazo prescricional de 5 (cinco) anos, utilizando-se de interpretação analógica das relações de direito público. Cite-se parte do texto extraído de julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça²⁷, segundo o qual as ações do poder público em desfavor de particulares teriam prescrição quinquenária:

“1. Se a relação que deu origem a crédito em cobrança tem assento no direito público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. (...)

3. Incidência, na espécie, do Dec. 20.910/1932, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, colorário do princípio da simetria”.

Assim, em síntese, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que o prazo prescricional para que a administração aplique sanções na fase licitatória ou contratual aos particulares é de 5 (cinco) anos, cujo marco inicial considera-se aquele em que é cometida a infração, exceto se, pela natureza do fato, este não puder ser imediatamente conhecido, caso em que o prazo prescricional deverá ter início a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa.

Resta ainda à doutrina e à jurisprudência, ou até que sobrevenha solução legislativa, estabelecer se o prazo prescricional indicado abarca o prazo máximo de duração de todo o procedimento para os atos administrativos necessários à sua conclusão, ou seja, do cometimento da infração ou da ciência do fato pela autoridade administrativa até a decisão pela autoridade competente, o que em tese impõe, por cautela, a previsão de hipóteses dos eventos de interrupção e/ou suspensão desse prazo.

Em vista de este Caderno tratar-se de uma diretriz orientativa, caberá ao órgão ou entidade buscar elucidar a questão junto às suas Consultorias Jurídicas.

2.2.12. Há diferenças entre as sanções previstas nas Leis nº 8.666, de 1993 e nº 10.520, de 2002? Como se deve aplicá-las?

Este é um dos temas mais divergentes, dentre os aqui tratados, que se encontra pendente de posicionamento pacificado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Por essa razão, o desafio que aqui se propõe cinge-se na tentativa de minimizar a aparente desarmonia existente entre os institutos, com o objetivo de incentivar a discussão e evidenciar a necessidade de uniformização de entendimento a ser assentado pela jurisprudência, ou a solução definitiva por intermédio de previsão legislativa.

(Lei 8.429/1992, art. 23,I); pretensão à punibilidade dos advogados por infrações disciplinares (Lei 8.906/1994, art. 43).

²⁶ STJ – Edcl no Resp 716.991, rel. Min. Luiz Fux, de 23 de junho de 2010.

²⁷ STJ – Resp 623.023/RJ, 2ª turma, DJ. 14.11.2005, Relatora Ministra Eliana Calmon.

Outra razão que motiva a inclusão do assunto neste Caderno, mesmo diante da controvérsia de natureza jurídica existente, traduz-se pela necessidade de o órgão ou entidade agir com a mínima certeza de qual é a forma mais correta para a utilização desses preceitos, para que as sanções estejam previstas no edital e no contrato, já em correlação à modalidade de licitação que será realizada, o que facilita a aplicação das sanções pelos gestores por meio dos procedimentos administrativos sancionadores.

Com o advento da Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu o Pregão, houve uma amplitude no nível de competitividade devido às suas peculiaridades, em especial a relacionada à inversão das fases, que traz facilidades à participação de empresas no certame. Entretanto, a experiência tem demonstrado que nem sempre as vencedoras que se comprometeram com preços, às vezes incompatíveis com as suas reais condições, conseguem realizar a entrega do bem ou a prestação de um serviço de acordo com o avençado.

Ocorre que tanto a Lei nº 8.666, de 1993, quanto a Lei nº 10.520, de 2002, incidem em idênticas situações de falhas, fraudes ou de inadimplemento total ou parcial de licitantes ou contratadas e, na medida em que ambas seguem vigentes, deve-se verificar qual é a forma mais adequada para serem aplicadas.

Ao examinar os dois diplomas, verifica-se que há várias diferenças entre as regras da Lei nº 8.666, de 1993 e a Lei nº 10.520, de 2002, dentre as quais é possível destacar que esta última estabeleceu algumas condutas “típicas”, outras genéricas; não trouxe previsão para a sanção de advertência e de inidoneidade, ampliou a pena para o impedimento de licitar e contratar, bem como trouxe a previsão de descredenciamento do sancionado do SICAF, providência não disposta na Lei nº 8.666, de 1993.

É evidente a vontade do legislador de prever figuras distintas ao ter contemplado para o Pregão um artigo próprio para as sanções e diverso da previsão contida na Lei nº 8.666, de 1993.

Analisando as duas Leis constata-se que ambas possuem *status* de ordinárias sendo que a última é especial e posterior em relação à primeira. Ademais, o art. 9º da Lei do Pregão estabelece a regra em que a Lei nº 8.666, de 1993 pode ser aplicada na modalidade Pregão de forma subsidiária. Assim, parte da doutrina entende que existiria²⁸ uma “aparente antinomia” normativa, que deve ser solucionada por critérios já estabelecidos no ordenamento jurídico, ou seja, diante eventual antinomia aparente seria resolvida em favor da Lei nº 10.520, de 2002.

O pressuposto de que são sanções assemelhadas²⁹, mas que podem coexistir, decorre da assertiva de que o ordenamento jurídico deve ser considerado como um

²⁸ Este tema foi tratado tendo por base o entendimento esposado na doutrina de Ronny Charles, na obra **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

²⁹ Idem.

sistema formado por um conjunto de normas, as quais se convergem numa unidade coerente, de forma que sejam compatíveis entre si como condição necessária para sua validade.

Tendo em vista essas premissas, segundo parte da doutrina³⁰, não teria havido revogação, razão em que as sanções previstas na Lei nº 8.666, de 1993, continuam válidas e são aplicáveis para as modalidades relacionadas aos procedimentos licitatórios regidos por esse diploma, ao passo em que serão aplicadas as sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, quando a modalidade de licitação for o Pregão. Em complemento, para minimizar dúvidas a respeito do previsto na parte final do referido artigo “e das demais cominações legais”, essa mesma doutrina revela que se trataria de medidas relacionadas à possibilidade de responsabilização nas demais áreas do direito, como a civil e penal, afastando a possibilidade de mesclar as sanções previstas nas duas leis para serem aplicadas simultaneamente.

Esse raciocínio está em conformidade com o contido no Acórdão Nº 3171/2011, julgado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, sendo relevante o destaque de alguns trechos alinhados pelo relator³¹:

“(…)

239. Reforça esse entendimento o art. 9º da Lei 10.520/2002, que prevê: Aplicam-se subsidiariamente para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993’ (grifo nosso). Isso significa que, quando um tópico possuir disciplinamento próprio na Lei do Pregão, fica afastada a aplicação da Lei de Licitações e Contratos.

240. Essa é a posição adotada por este Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1925/2006-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Augusto Nardes) e 114/2007-TCU-Plenário (relatoria do Ministro Benjamin Zymler). Neste último, constou no voto do relator que ‘não se afigura cabível, portanto, defender a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93, uma vez que esta norma somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária e que, em relação a este tópico, a norma específica possui disciplinamento próprio, o qual afasta a Lei de Licitações e Contratos’.

(…)

244. Portanto, verifica-se que a sanção disposta no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se confunde com aquelas previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993, visto que são penalidades distintas.

(…)

246. Ante essas considerações, constata-se que não há lacuna na Lei nº 10.520/2002 em relação à imposição de sanção em certame realizado na modalidade pregão, de modo que, acerca desse tópico, mostra-se impertinente a aplicação analógica ou subsidiária da Lei 8.666/93”.

Não obstante esse entendimento, existem teses³² divergentes. Em suma, para essa vertente, o Pregão, como nova modalidade de licitação, não teria rompido com a

³⁰ Idem.

³¹ Ilustre Ministro do TCU André Luiz de Carvalho.

sistemática da Lei nº 8.666, de 1993, mas sim complementado a Lei de Licitações. Na medida em que a interpretação literal das sanções previstas na Lei nº 10.520, de 2002 resultaria em que todas as faltas levariam ao impedimento de licitar e contratar com a União, a melhor solução seria o método do diálogo das fontes, o qual traz como fundamento o exame da finalidade da norma à luz dos princípios da continuidade do serviço público, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desse modo, para haver compatibilidade da legislação com a Constituição Federal, a tese em questão preconiza que as leis devem ser aplicadas simultaneamente.

Conforme visto, é de suma importância que essa temática esteja definida e bem alicerçada nas regras do edital e, tendo em vista de que este Caderno se trata de uma diretriz orientativa, caberá ao órgão ou entidade buscar elucidar a questão junto às suas Consultorias Jurídicas.

3. Alguns aspectos sobre as modalidades de sanção, a graduação das penas e seus efeitos:

É possível verificar, pela leitura dos dispositivos previstos no art. 87 da Lei nº 8666, de 1993, que existe uma gradação entre as sanções, da mais leve (advertência) para a mais grave (declaração de inidoneidade), uma vez que as consequências e amplitudes de efeitos que delas decorrem são diferentes.

Entretanto, não há previsão legal que imponha à Administração, necessariamente, aplicar a sanção mais leve para posteriormente, diante de um novo descumprimento, aplicar uma sanção mais grave. As sanções devem ser aplicadas em consonância com a gravidade do fato e da repercussão da conduta faltosa para a Administração, de forma que seja necessária, compatível e suficiente para reprimir a continuidade da conduta ou afastar temporariamente o direito de o particular licitar e contratar com a Administração, após a análise do grau de reprovabilidade do comportamento do licitante ou contratado.

Não há liberdade absoluta para a Administração. O juízo de valor a ser realizado pelo aplicador da norma encontra limites na lei e nos princípios pertinentes. Para julgar a penalidade mais adequada, a autoridade deve examinar o fato conjugando-o com as regras contratuais, sem se descuidar das garantias constitucionais, por meio de procedimento específico, utilizando-se dos princípios como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da ampla defesa, do contraditório, da impessoalidade, da isonomia, dentre outros.

A doutrina não diverge quanto à necessidade de o administrador atentar-se para graduação e a proporcionalidade do ato que sanciona o particular, tendo em vista que as sanções aplicadas de forma exagerada e desproporcional, ou em desacordo com a

³² Exposição realizada por Fábio Mauro de Medeiros (Sanções Administrativas aplicáveis aos contratados públicos), podendo ser acessada no endereço: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1817553>.

previsão contida no edital ou contrato, têm sido revistas pelo judiciário, não se tratando de ingerência no mérito administrativo, mas sim de anulação do ato arbitrário.

Isso exige que a autoridade esteja atenta para que a aplicação da pena esteja calcada na proporcionalidade e na razoabilidade, podendo ocorrer, inclusive, a possibilidade de haver resultados distintos para condutas aparentemente idênticas³³.

Nesse sentido, é possível elencar alguns parâmetros/critérios que podem ser utilizados para a dosimetria das penas: a gravidade da conduta em relação ao objeto lícito; a rapidez ou demora do contratado para reparar a obrigação; a reiteração da conduta faltosa; os argumentos da defesa e as provas que a instruem; se a infração atinge o objeto principal contratado ou alguma obrigação acessória menos importante, dentre outros. Deve haver transparência quanto aos critérios escolhidos para dosar as sanções, buscando-se a individualização da penalidade de acordo com a situação concreta.

Busca-se, nessa perspectiva, materializar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade de forma que atuem como ferramenta de aferição dos limites da atuação do gestor. Esses princípios estão intrinsecamente ligados à proibição do excesso, devendo a sanção ser necessária, suficiente e estar adequada ao caso, de forma que os meios utilizados atinjam aos fins pretendidos.

Seguem algumas diretrizes em relação às modalidades de sanções previstas na Lei nº 8.666, de 1993:

3.1. Advertência:

A pena de advertência é aquela que traz menor grau de restrição, é a mais branda das penas, devendo ser reservada para as infrações mais leves, que não acarretam prejuízo de monta à Administração. São cabíveis somente aos contratos ainda vigentes. Segundo a doutrina, esta sanção possui um caráter mais educativo, devendo produzir um efeito pedagógico junto ao penalizado, cujo objetivo é que surta um efeito positivo na qualidade da prestação dos serviços.

Alguns doutrinadores entendem que, em caso de reincidência, o particular poderá vir a sofrer punição mais severa, porém, essa possibilidade não é pacífica. Considerando que a sanção de advertência pode não cumprir a finalidade preventiva, a reincidência poderá, em alguns casos, ensejar outra pena mais severa, não pela repetição da conduta em si, mas com intuito de alcançar a reprovabilidade da conduta diante de determinada situação concreta, alcançando outra finalidade, que é o caráter repressivo da sanção.

³³ Observação: a possibilidade de a autoridade competente aplicar sanções distintas para fatos idênticos ocorre, por exemplo, após a análise dos fundamentos contidos na defesa, cotejadas com as provas idôneas apresentadas pelo particular que podem trazer motivos diversos, a exemplo de caso fortuito, força maior, dentre outros, capazes de impossibilitar a aplicação da sanção.

Vale salientar que não se deve utilizar a advertência como substitutivo da notificação. A advertência é uma hipótese de penalidade a ser aplicada ao final de um procedimento administrativo, enquanto que a notificação é a convocação de um licitante/contratado para se manifestar nos autos. Em razão da vedação legal da cumulação de penalidade, com exceção da multa, o ato de o fiscal do contrato (ou outra autoridade) advertir o contratado e então pedir explicações pode acarretar a impossibilidade de aplicação de outras penalidades (salvo a multa) por preclusão, caso se entenda que já houve a aplicação de advertência. Por esse motivo, é necessário que o administrador público evite utilizar termos como “advertir” ou “advertência” (exceto para se referir à possibilidade de aplicação de advertência no caso) antes de haver decisão, pela autoridade competente e após procedimento administrativo regular, no sentido de ser aplicada a pena de advertência, em detrimento das penas de suspensão do direito de contratar e licitar e da declaração de inidoneidade³⁴.

3.2. Multa:

Com relação à pena de multa, esta é a única que possui natureza pecuniária e que pode ser cumulada com as outras sanções.

O art. 86 da Lei. n.º 8.666, de 1993, prevê a aplicação de multa para o atraso injustificado na execução do contrato. É a multa de “mora”, ou seja, pela demora injustificada para a execução do contrato. Tem caráter sancionatório cujo objetivo é penalizar o particular em relação ao atraso no cumprimento de prazo contratual.

O art. 87 do mesmo normativo prevê a aplicação da multa por descumprimento total ou parcial das obrigações contratuais. Possui um caráter indenizatório, cujo objetivo é trazer uma compensação pelos prejuízos causados à Administração, na hipótese de descumprimento que comprometa a exequibilidade do objeto contratado.

Existe uma peculiaridade dessa modalidade de sanção que merece destaque. As previsões contidas no art. 55, VII; nos arts. 86 e 87, II, da Lei nº 8.666, de 1993 e no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, impõem que, para que a sanção de multa possa ser cobrada, ela deve estar previamente prevista no Edital ou no Contrato. Além disso, de acordo com a doutrina, as multas também devem estar previamente dispostas em formas de percentuais, os quais incidirão como parâmetros mínimos e máximos, que serão aplicados de acordo com a gravidade da infração, a depender de cada caso em concreto.

A sanção de multa, após regular procedimento e observado o contraditório e a ampla defesa, poderá ser descontada da garantia relativa ao objeto contratado e, se superior ao valor desta, o remanescente será descontado dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, conforme previsão contida nos §§ 2º e 3º do art. 86 da Lei nº 8.666, de 1993.

³⁴ Conforme entendimento exarado no Parecer nº 00688/2015/HTM/CGJL/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 30.06.2015.

A doutrina³⁵ preconiza que o pagamento do valor da multa admite duas formas: a administrativa e a judicial. Na ausência de pagamento da multa, a autorização contida no § 3º do art. 86 da Lei nº 8.666, de 1993 confere à Administração a possibilidade realizar a compensação, sendo o valor descontado revertido à Administração.

3.3. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos:

A legislação prevê somente a pena máxima. Os efeitos são de restringir temporariamente o direito de o particular participar de licitações ou contratar com o poder público pelo prazo máximo de 2 (dois) anos. Em razão da severidade da penalidade, da qual decorre essa dupla consequência, a aplicação da referida sanção exige submissão à proporcionalidade e à razoabilidade, conferida pela gravidade da infração em relação ao objeto contratado.

Por ausência de previsão legislativa, a restrição ou a irradiação dos efeitos ao órgão/entidade da Administração, bem como a outros entes federados não é unânime. Depende da legislação incidente (Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 2002, ou Decreto nº 5.450, de 2005) e do entendimento dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Com isso, deve a autoridade realizar consulta quanto ao posicionamento destes à época da aplicação da sanção.

No momento da elaboração deste documento, o Superior Tribunal de Justiça entende que a sanção se aplica a todos os entes federados, enquanto que o Tribunal de Contas da União tem posicionamento no sentido de que a sanção fica adstrita apenas ao órgão que aplica a sanção. Recomenda-se a adoção do posicionamento do TCU, sem prejuízo da consulta ao órgão de assessoramento jurídico respectivo acerca da questão.

3.4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública:

Esta sanção é aplicada pela Administração ao particular, e está lastreada no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, em razão de descumprimento total ou parcial do contrato ou no caso de ocorrência da prática de alguma conduta prevista no art. 88 do mesmo diploma. Os efeitos persistirão enquanto durarem os motivos que determinaram a punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, conforme § 3º do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, a qual será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorridos 2 (dois) anos da aplicação da penalidade.

³⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

É considerada a mais gravosa das sanções, sendo que o texto normativo somente estabeleceu um prazo mínimo para os efeitos da declaração de inidoneidade.

A doutrina³⁶ preconiza que não existem muitas distinções entre as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87, havendo diversos pontos em comum, o que pode gerar dúvidas acerca de qual dessas sanções, tecnicamente, incidiria sobre determinado fato. Dentre outras várias formas de diferenciação, mostra-se como a mais pragmática a ideia de distinguí-las pelo grau de reprovabilidade, de modo que a sanção de inidoneidade exigiria, como regra, a presença do dolo (é a intenção, ou a vontade dirigida para determinado resultado) como elemento subjetivo para a sua configuração. Assim sendo, de acordo com essa doutrina, deve ficar configurado que a parte teria atuado com a vontade preordenada de infringir deveres contratuais, de forma tal que se revelassem como condutas incompatíveis com a manutenção das relações jurídicas com a Administração Pública.

Quanto ao âmbito de efetividade da sanção, a jurisprudência dominante entende que a declaração de inidoneidade importa em impossibilidade de participar de licitações ou de contratar com a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos entes federados.

3.5. Informações complementares:

Informações complementares acerca dos efeitos dessas sanções e daquelas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, e no art. 28 do Decreto nº 5.450, de 2005, bem como os procedimentos no Sistema de Cadastramento de Fornecedores do Governo Federal (SICAF) podem ser acessados no Portal de Compras do Governo Federal³⁷.

4. Qual é o regramento legal que deve ser utilizado para regular o procedimento de aplicação das sanções? A Lei nº 8.666, de 1993, ou a Lei nº 9.784, de 1999?

Apesar de a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, este diploma somente é aplicável ao procedimento que visa apurar as condutas para aplicação das sanções às licitantes e contratadas de forma residual, ou seja, de forma subsidiária, tendo em vista o contido no art. 69, abaixo transcrito, o qual prevê que os processos administrativos específicos serão regidos por lei própria:

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. Dialética, 2010.

³⁷ Caderno de Logística - Sanções Administrativas em Licitações e Contratos, no endereço: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>, em junho de 2015.

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.

Desse modo, os processos administrativos específicos devem ser regidos pela legislação própria, como é o caso da Lei Geral de Licitações, uma vez que o legislador conferiu ao seu texto alguns requisitos para o procedimento, a exemplo de: um elenco exaustivo de sanções; a possibilidade de aplicação cumulativa das multas e a competência para aplicação da sanção de inidoneidade (art. 87, I, II III e IV e parágrafos); a previsão para a abertura de defesa prévia (art. 87 § 2º); os procedimentos relacionados à fase recursal com os prazos correlatos (art. 109 e parágrafos); e a previsão expressa quanto à necessidade de instauração de procedimento administrativo específico (art. 78, parágrafo único).

Além disso, outra forma de diferenciação e discernimento entre os normativos está no elenco de sanções previstas no art. 68 da Lei nº 9.784, de 1999, que são de natureza pecuniária ou consistem em obrigação de fazer ou de não fazer, ou seja, diverso daqueles contidos na Lei nº 8.666, de 1993, o que reforça a tese exposta.

Apesar de não estabelecer uma base procedimental completa, a Lei nº 8.666, de 1993, contempla regras suficientes para a formalização de um procedimento administrativo sancionador, sendo que a estruturação do rito procedimental, objetivando apurar as eventuais sanções aos licitantes e contratados, pode ser compatibilizada com as normas da Lei nº 9.784, de 1999. Embaralhar as duas normas sem a distinção da especificidade erigida pelo legislador poderá não corresponder à melhor técnica legislativa.

Dessa forma, as previsões de caráter geral poderão ser extraídas da Lei nº 9.784, de 1999, e aplicadas às sanções das Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, de forma subsidiária, desde que não sejam incompatíveis com esses diplomas.

Parte II

5. Diretrizes para os procedimentos necessários à análise, processamento, aplicação e julgamento das sanções administrativas:

Após a Administração Pública firmar o contrato cabe ao gestor/fiscal a incumbência de garantir que as condições estabelecidas no edital e na proposta vencedora sejam cumpridas durante toda a execução do contrato, para que os objetivos da licitação sejam materialmente concretizados.

Diante de indícios da existência de uma infração, esses agentes têm o dever de agir para identificar a ilicitude, oferecendo subsídios para a aplicação da sanção equivalente, sempre em cotejo com a análise do grau de reprovabilidade do

comportamento, devendo haver, para tanto, a instauração de um processo administrativo específico, instruído com absoluta imparcialidade.

Sugere-se que ao instaurar o processo para averiguação de eventual inadimplemento, a administração deve – já na primeira notificação – dar ciência ao contratado quanto ao rito procedimental estabelecido pelo órgão ou entidade, ou seja, quais as fases e prazos a que será submetido, buscando com isso ampliar as garantias processuais.

Além disso, com amparo no art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, o ato notificador exarado pela Administração deve conter a descrição clara dos fatos, as cláusulas legais ou contratuais infringidas, a finalidade da notificação, o local de protocolo da defesa e recurso, as informações sobre acesso aos autos, dentre outros, de forma a conferir a plenitude do contraditório, a ampla defesa e a transparência dos atos administrativos.

Com o fim de facilitar as atividades, o órgão ou entidade deve construir um arcabouço normativo próprio, a exemplo de portarias ou instruções normativas, que venham a estabelecer competências, atribuições, rito procedimental com todas as fases e prazos, modelos de documentos, dentre outros, elaboradas com amparo na legislação, devendo também estar em consonância com as especificidades e complexidade de sua estrutura administrativa.

Destaca-se, ainda, a necessidade de o órgão ou entidade garantir que o processamento de apuração seja estruturado com a repartição de funções entre os agentes públicos, acautelando-se para que estes não acumulem competências que sejam incompatíveis, a exemplo daquelas que envolvam a prática de atos de fiscalização; de análise e aplicação de sanções; ou de análise de eventuais pedidos de reconsideração e recursos em face das sanções aplicadas. Cuida-se da observância quanto ao princípio da segregação de funções, que decorre do princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, a depender de sua estrutura administrativa, podem instituir comissão temporária ou permanente composta por servidores, atribuindo-lhes competência para autuação, instrução e análise das infrações; ou poderá distribuir essas funções entre os setores internos do órgão ou entidade, sempre por meio de ato administrativo idôneo³⁸ capaz de consignar as competências de servidores para cada fase, observando-se o princípio da segregação das funções.

Com base no acima disposto e especificamente com intuito orientativo, abaixo serão estabelecidas diretrizes acerca de um rito procedimental para a instauração e

³⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. O ato administrativo idôneo, neste caso nos parece ser a Portaria, cujo conceito se extraiu da obra do autor “**Portarias:** são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal.” (grifo nosso)

sistematização de um processo administrativo sancionador. Optou-se por dividi-lo em 4 fases: (i) fase preliminar; (ii) fase da defesa prévia; (iii) fase de saneamento e aplicação da sanção e (iv) fase do procedimento recursal. A cada fase foram acopladas notas explicativas objetivando trazer maior número de orientações.

5.1. Fase preliminar:

5.1.1. Atribuição: não sendo o caso de comissão especial temporária ou permanente previamente instituída, sugere-se que as atribuições da fase preliminar e fase da defesa prévia, sempre que possível, sejam providenciadas pelo gestor, com o apoio do fiscal técnico e/ou fiscal administrativo. Essa indicação decorre do fato de que estes possuem um contato mais próximo com a execução da obra e dos serviços ou detêm maior conhecimento sobre o bem a ser entregue, o que facilita a análise dos fatos bem como o contato com a empresa supostamente infratora.

a. Identificação da suposta infração na fase do procedimento licitatório ou da execução contratual:

Nota (1): uma suposta infração (indícios de algum tipo de descumprimento legal ou contratual) poderá ser identificada diretamente pelo fiscal ou gestor do contrato; pode ocorrer pelo recebimento de uma denúncia ou reclamação de usuários dos serviços; por falhas no procedimento licitatório identificadas pelo pregoeiro ou outros meios. A notícia da infração deve ser reduzida a termo, ou seja, deve ser documentada, preferencialmente, pelo gestor/fiscal ou setor responsável pela execução do objeto.

b. Autuação de processo administrativo específico contendo as peças iniciais necessárias:

Nota (1): a autuação é a abertura de processo específico, com a informação de sua finalidade, em que serão inseridos os documentos iniciais. Sugere-se que seja autuado pelo setor responsável pela execução do objeto, quando não houver setor específico.

Nota (2): indica-se que o procedimento seja autuado em processo autônomo, para que o processo originário, em que se desenvolveram os atos da licitação ou dispensa, possa ter seu curso normal para demais providências administrativas.

Nota (3): sugere-se que o processo seja autuado com as seguintes cópias: i) edital; ii) contrato; iii) empenho; iv) portaria de designação do fiscal, dentre outras. Além disso, incluir a notícia da ocorrência da infração e eventuais provas que a instruem até aquele momento.

c. Comunicação do suposto evento à autoridade competente para aplicar a penalidade:

Nota (1): os autos do procedimento, com a notícia da suposta infração, deverão ser preferencialmente encaminhados à autoridade competente para aplicação das sanções, dando ciência da ocorrência do fato, para que esta possa autorizar a continuidade do procedimento.

Nota (2): sugere-se que a autoridade competente seja o ordenador de despesas que, diante da notícia de eventual descumprimento, poderá proceder às medidas cabíveis perante a situação concreta (providências para evitar que o órgão fique sem cobertura contratual com o risco iminente da interrupção do ajuste).

Nota (3): em nenhuma hipótese poderá ser aplicada sanção sem o devido procedimento administrativo.

d. Comunicação ao contratado, via Ofício, com estabelecimento de prazo, a contar do recebimento, para oferecer justificativa em relação à suposta infração ([modelo I](#)):

Nota (1): a legislação não prevê a possibilidade de oferecimento de justificativa, sendo a sua utilização facultativa. Porém, a abertura para que o particular explicita suas razões pode ser importante para algumas espécies de contratos, especialmente aqueles cujos objetos são mais complexos, pois possibilita ampliar o nível de informações para a análise do gestor/fiscal acerca da suposta infração.

Nota (2): em alguns casos, após a apresentação da justificativa, será possível concluir que a infração pode não ter se consumado, bastando a tomada de providências pelo licitante/contratado com vistas aos ajustes adequados ao cumprimento de obrigações, resolvendo-se o conflito nessa fase.

Nota (3): neste documento, o órgão ou entidade deve informar ao licitante/contratado qual é a legislação e o rito procedimental do processo administrativo sancionador a que ele será submetido, com a descrição de todas as fases e prazos. Essa informação é de suma importância para que sejam ampliadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Nota (4): como não há previsão legal, o prazo oferecido para resposta pode ser análogo ao utilizado para apresentar defesa prévia, ou seja, de 5 dias (cinco dias) conforme § 2º do art. 87 da Lei nº 8.666 de 1993 ou outro definido pelo órgão.

Nota (5): todas as comunicações/notificações devem ser feitas via ofício, entregues pessoalmente ou via postal com aviso de recebimento, constando as informações quanto

ao endereço, local e horários em que as respostas devem ser protocoladas no órgão ou entidade.

Nota (6): em todas as fases do procedimento deve haver prova do recebimento da comunicação/notificação, a qual será juntada aos autos.

Nota (7): todos os prazos deverão ser contados a partir da data do recebimento da notificação. Para a contagem dos prazos deve-se observar o contido no art. 110 da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê a exclusão do dia inicial e a inclusão do dia do vencimento.

e. Análise da justificativa apresentada pela contratada:

Nota: nessa oportunidade devem ser examinados os argumentos da contratada para certificar quanto à ocorrência ou não de infração. Para tanto, devem as razões do licitante/contratado e as provas eventualmente juntadas serem analisadas em cotejo com todas as cláusulas legais, editalícias e contratuais.

e.1. No caso de serem aceitos os argumentos contidos na justificativa: após a análise da justificativa e documentos que a instruem, se for constatado que o comportamento do licitante/contratado não corresponde a uma infração, ou que os argumentos trazidos podem ser aceitos por possuírem justificativa capaz de afastar a sanção prevista, os autos do procedimento podem ser arquivados, por intermédio de despacho fundamentado, após a anuência do chefe imediato e da autoridade competente para aplicar a sanção.

Nota (1): despacho fundamentado é o instrumento que concretiza o dever de motivação das decisões, previsto no art. 37, caput e art. 5º, inciso LV da CF de 1988. A motivação (art. 50 da Lei nº 9.784/99) é a explicitação do motivo, que é o conjunto das razões de fato ou de direito capazes de revelar a vontade constitutiva do ato.

Nota (2): o despacho fundamentado deve conter, de forma expressa, os motivos que levaram à conclusão de que o fato não corresponde a uma infração, ou que os argumentos do licitante/contratado podem ser aceitos por possuírem justificativa capaz de afastar a sanção prevista.

Nota (3): a anuência da autoridade superior traduz-se numa forma de controle dos atos de fiscalização.

e.2. No caso de não serem acatados os argumentos contidos na justificativa: se após a análise da justificativa e dos documentos que a instruem for constatado que o comportamento do licitante/contratado corresponde a uma infração, deve-se realizar a subsunção do fato à sanção correspondente prevista na lei, edital ou contrato e, por meio de despacho fundamentado, delimitar a infração e indicar a sanção correlata.

Nota (1): a subsunção do fato à sanção editalícia ou contratual é o enquadramento, ou seja, a verificação da correspondência do tipo de sanção que está prevista para um

comportamento ou grupo de condutas específicas previstas (a exemplo das obrigações legais editalícias e contratuais).

Nota (2): a falta de uma tipificação exata para cada espécie de comportamento não impede a aplicação da sanção administrativa.

5.2. Fase da defesa prévia:

a. Notificação do licitante ou contratado: deverá ser feita, via ofício, para apresentação de defesa prévia, contendo a descrição detalhada da suposta infração, as conclusões quanto à análise das justificativas apresentadas, se houver, devendo também indicar a infração cometida com a correspondente sanção prevista, caso não sejam acatados os argumentos da defesa. Os prazos previstos na Lei nº 8.666, de 1993 são: cinco dias úteis (§ 2º do art. 87) no caso das sanções previstas nos incisos I, II, e III, e dez dias (§ 3º do art. 87), decorrente da sanção prevista no inciso IV. ([modelo II](#))

Nota (1): a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, juntos, traduzem não somente na garantia de apresentação e observância de prazos, mas na ampla possibilidade de oferecimento de provas. Por isso, havendo necessidade de realização de perícias ou outros meios de provas, a exemplo de vistorias ou oitiva de testemunhas, sugere-se franquear ao particular as condições para a sua realização, desde que solicitado formalmente, e no mesmo prazo da resposta, o que poderá resultar num alargamento dessa fase.

Nota (2): são requisitos mínimos da notificação ao licitante ou contratado, para o oferecimento de defesa prévia: (a) identificação do interessado e do órgão ou entidade; (b) restar claro a finalidade da notificação, ou seja, que é para a apresentação de defesa prévia; (c) a indicação dos fatos e fundamentos legais que ensejaram a abertura da fase; (d) o prazo para resposta com a data de início da contagem; (e) a possibilidade de acesso aos autos do procedimento; (f) a informação da continuidade do processo com ou sem a apresentação da resposta; e (g) a orientação de que à parte são concedidos todos os meios de prova em direito.

Nota (3): sugere-se que estes requisitos sejam observados para todas as notificações feitas pelo órgão ou entidade.

Nota (4): é importante indicar a infração cometida e a correspondente sanção a que estaria enquadrada pelo órgão sancionador para que esta também possa ser matéria de defesa.

Nota (5): deve haver prova do recebimento da notificação relativa à defesa prévia, a qual será juntada aos autos.

Nota (6): No caso de o licitante/contratado estar em local incerto e não sabido, recomenda-se que a notificação seja feita a partir de publicação pelo Diário Oficial da União, nos termos do parágrafo 4º do artigo 26 da Lei nº 9.784, de 1999.

b. Análise da defesa prévia apresentada:

b.1. Havendo necessidade de produção de provas, encerrada a instrução, o particular poderá se manifestar no prazo máximo de 10 (dez) dias (art. 44 da Lei nº 9784/1999).

b.2. No caso de serem aceitos os argumentos contidos na defesa prévia: após a análise da peça de defesa e dos documentos que a instruem, se for constatado que o comportamento do licitante/contratado não corresponde a uma infração, ou que os argumentos trazidos na defesa prévia podem ser aceitos por possuírem motivos capazes de afastar a sanção prevista, deverá ser justificada a não aplicação da penalidade por meio de documento hábil (relatório ou nota técnica), sendo os autos do procedimento arquivados após a anuência do chefe imediato e da autoridade competente para aplicar a sanção. Havendo discordância desses quanto à análise realizada, os autos não serão arquivados e o procedimento retomará o rito procedimental estabelecido para a próxima fase, podendo ser indicado novo servidor para continuidade da instrução, se for o caso.

b.3. No caso de não serem aceitos os argumentos contidos na defesa prévia: após a análise da peça de defesa e dos documentos que a instruem, se for constatado que o comportamento do licitante/contratado corresponde a uma infração, ou que os argumentos trazidos na defesa prévia não podem ser aceitos por não possuírem motivos capazes de afastar a sanção prevista, deve-se realizar a subsunção do fato à sanção correspondente prevista na lei, edital ou contrato e, por meio de documento hábil (relatório ou nota técnica), delimitar a infração e sugerir a sanção correlata.

Nota (1): no relatório ou nota técnica deverão ser consignadas todas as ocorrências, sugerindo a aplicação ou não da sanção correlata e adequada, bem como a rescisão do contrato, se for o caso. A sanção sugerida deve ter compatibilidade com a infração cometida, sempre amoldada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nota (2): em todas as fases, caso o licitante/contratado deixe transcorrer o prazo e não ofereça resposta (justificativa, defesa prévia, recurso, dentre outros) o responsável deve dar continuidade ao procedimento com a análise dos documentos que o instruem até aquele momento.

5.3 Fase de saneamento do procedimento e aplicação da sanção:

5.3.1. Saneamento:

a. Os autos do procedimento, contendo o documento hábil (relatório ou defesa) e demais documentos da instrução, serão encaminhados à autoridade competente para aplicar a sanção, com o objetivo de saneamento e posterior decisão.

Nota (1): o saneamento do procedimento não é obrigatório, porém, é recomendável. Trata-se de providência tomada a fim de eliminar os vícios, irregularidades ou nulidades processuais, bem como a verificação da plausibilidade da sanção indicada e preparar o processo para decisão.

Nota (2): se for o caso, poderão ser realizadas diligências para a complementação de informações ou provas complementares necessárias à instrução.

Nota (3): caso sejam encontradas inconsistências na instrução do procedimento ou irregularidades formais, a exemplo de inobservância de prazos pela Administração, os autos devem ser devolvidos ao setor de origem para regularização.

b. Antes da aplicação da sanção, os autos poderão, facultativamente, ser encaminhados para análise e emissão de parecer pela Assessoria/Consultoria Jurídica do órgão.

Nota: sugere-se que tal fase seja previamente ajustada com o órgão consultivo respectivo.

5.3.2. Aplicação da sanção:

c. Saneado o procedimento, ou em não havendo necessidade, caberá à autoridade competente exarar decisão.

c.1. No caso de a autoridade competente entender pela não aplicação da sanção: após análise dos documentos constantes nos autos, a decisão pela não aplicação da sanção deverá ser exarada por intermédio de despacho fundamentado, de forma a contemplar as razões que levaram a autoridade a entender pela inexistência da violação às regras da licitação ou do contrato e/ou acatar a tese de defesa apresentada, com o consequente arquivamento dos autos.

c.2. No caso de a autoridade competente entender pela aplicação de sanção: após a análise dos documentos constantes nos autos, a decisão pela aplicação da sanção deverá ser exarada por intermédio de despacho fundamentado, de forma a contemplar as razões que levaram a autoridade a entender comprovada a existência da violação às regras da licitação ou do contrato e rejeitar a tese de defesa apresentada. Ainda, deve tecer a delimitação da infração cometida e a correspondente sanção prevista, bem como decidir pela rescisão contratual, se for o caso.

Nota (1): Sugere-se que a peça de decisão contemple a descrição dos fatos, os fundamentos jurídico-administrativos e a decisão.

Nota (2): a autoridade competente para decidir pode utilizar-se do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999, o qual prevê que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de parecer da Consultoria Jurídica do órgão ou entidade ou parecer pericial que, neste caso, serão parte integrante do ato. Nota-se que a intenção da regra não é possibilitar fundamentação remissiva do julgador sem que este traga valoração crítica dos fatos e argumentos de defesa, uma vez que deve fazer constar suas próprias razões para justificar a decisão.

Nota (3): nas duas hipóteses deve haver prova do recebimento da notificação, a qual será juntada aos autos.

5.4. Fase do procedimento recursal:

5.4.1. Da decisão caberá interposição de recurso e/ou do pedido de reconsideração:

a. Recurso hierárquico: aplicadas quaisquer das sanções previstas no art. 87, incisos I, II e III da Lei nº 8666/93, cabe recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis. A notificação deverá dar ciência da decisão tomada pela autoridade competente, conforme inscrito no art. 109, inciso I, alínea f da Lei nº 8666/93 (incluir a alínea “e” para o caso de haver rescisão contratual).

b. Recurso hierárquico para modalidade convite: no caso de aplicação de sanção decorrente de licitações efetuadas na modalidade convite, o prazo estabelecido será de 2 (dois) dias úteis, conforme art. 109, § 6º da Lei nº 8.666, de 1993.

c. Pedido de Reconsideração: para o caso específico de aplicação da Declaração de Inidoneidade, a Lei nº 8666/93, em seu art. 109, inciso III, prevê a possibilidade de apresentação de pedido de reconsideração dirigido à autoridade que aplicou a sanção, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

Nota (1): é importante destacar que o § 5º do art. 109 da Lei nº 8666, de 1993, traz a previsão de que o prazo de recurso ou pedido de reconsideração somente se inicia após a parte interessada ter vista do processo. Desse modo, é necessário que na notificação feita pelo órgão ou entidade, que cientifica quanto à decisão da autoridade competente e a consequente abertura de prazo para recurso, deve constar que será franqueada à parte vista do processo, com a informação do local e horários, sob pena de nulidade dos atos posteriores³⁹.

Nota (2): Nos termos do art. 87, §3º, da Lei nº 8666, de 1993 a aplicação da sanção de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal.

³⁹ STJ - MS nº 7.106, 1ª S., rel. Min. Francisco Falcão, j. Em 26.06.2001.

Nota (3): Deve haver prova do recebimento da notificação relativa à aplicação da sanção, a qual será juntada aos autos.

5.4.2. Da análise do recurso e do pedido de reconsideração:

a. O recurso deverá ser dirigido à autoridade superior e será encaminhado por intermédio daquela que decidiu a aplicação da sanção.

Nota: trata-se do direito de petição consagrado pelo art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a” da CF de 1988, não podendo haver cobrança de taxas ou exigência de depósitos prévios para tramitação do recurso ou do pedido.

b. Após a interposição de recurso ou na sua ausência, a autoridade competente, depois de feita a análise dos pressupostos recursais poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, previsto no § 4º do art. 109 da Lei nº 8.666, de 1993, reconsiderar a sua decisão, ou dentro do mesmo prazo encaminhar os autos à autoridade superior.

Nota (1): a necessidade de verificação da existência de pressupostos recursais⁴⁰ tem por objetivo vedar o exercício arbitrário da faculdade de impugnar atos administrativos pelas licitantes/contratadas. São várias as classificações na doutrina, sugerindo-se que possa ser utilizada a classificação que traz a seguinte divisão: pressupostos subjetivos, que são a legitimidade e interesse recursal; e objetivos, que são a existência de ato administrativo de cunho decisório, a tempestividade, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão.

Nota (2): a admissibilidade do recurso será examinada pela autoridade que aplicou a sanção que, ao determinar o processamento do recurso, deverá indicar os efeitos da decisão proferida que, em regra, não possui efeitos suspensivos, conforme § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666, de 1993.

Nota (3): a doutrina⁴¹ assevera que o recurso poderá ser imediatamente rejeitado diante o não preenchimento de um dos pressupostos recursais. Porém, em razão da gravidade de um ato sumário, aliada à necessidade de motivação, não haveria impedimento do seu processamento (acolhimento formal) e posterior rejeição (no mérito).

Nota (4): admitido o recurso, a autoridade que aplicou a sanção poderá reconsiderar sua decisão. A Lei nº 8.666, de 1993 estabelece que, se o juízo de retratação for negativo (não acolher a tese da defesa), os autos devem ser encaminhados à autoridade superior para decisão. Entretanto, a doutrina⁴² entende que também no caso de ser positivo (acolher a tese da defesa), como o efeito será de provimento do recurso, de forma idêntica os autos devem ser remetidos à autoridade superior, uma vez que esta tem o dever de manifestar-

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. Dialética, 2010. Para demais informações complementares consultar obra do autor.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem. O ilustre doutrinador cita Acórdão nº 1.788/2003 do TCU, nesse mesmo sentido.

se acerca do recurso a ela dirigido, podendo, inclusive, rever a decisão da autoridade inferior quanto ao juízo de retratação.

Nota (5): regra geral, a interposição do recurso não tem efeito suspensivo (é o que impede a ocorrência de efeitos imediatos da decisão). Porém, a autoridade competente pode, presentes as razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva ao recurso (art. 109, § 2º da Lei nº 8.666, de 1993). A utilidade da suspensão dos efeitos é que esta impede o acesso do contratado ao judiciário por não haver lesão a ser tutelada.

c. Ao ter conhecimento do recurso a autoridade superior deverá, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados do recebimento, proferir decisão de forma fundamentada, negando ou concedendo provimento ao recurso (§ 4º do art. 109 da Lei nº 8.666, de 1993), sob pena de responsabilidade.

Nota (1): caso conhecido o recurso, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, será feito o juízo de mérito pelo julgador, que corresponde à possibilidade de prover (acolher) ou não o pedido. A competência para julgamento do mérito do recurso é reservada à autoridade hierarquicamente superior àquela que aplicou a sanção.

Nota (2): a doutrina⁴³ classifica as decisões do órgão revisor da seguinte forma: (i) decisões confirmadoras (corroboram a decisão anterior); (ii) alteradoras (modificam/reformam a decisão anterior); (iii) supressivas (anulam ou revogam decisão anterior).

d. Após exarar a decisão, a autoridade superior deve **notificar** a contratada para ciência da decisão. (**modelo III**).

e. No caso em que a decisão do recurso puder alterar a decisão anterior e agravar a sanção, a autoridade deve notificar o particular para formular alegações antes da decisão.

Nota (1): sugere-se a observância desta previsão, a qual possibilita abertura de prazo para alegações finais no caso de haver possibilidade de agravamento da decisão em grau de recurso (art. 64 e parágrafo único da Lei nº 9.784, de 1999). Trata-se da possibilidade de incidência do princípio da *reformatio in pejus*⁴⁴.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29.1.1999**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁴ PETIAN, Angélica. **Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito – Vol. 26 – Coleção Temas de Direito Administrativo**. Malheiros, 2011. A autora tem posicionamento contrário à possibilidade da *reformatio in pejus* prevista no parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999, tecendo o seguinte comentário: “assim, a fim de harmonizar o disposto na Lei Processual Federal com os ditames da Constituição da República, afirmamos que o parágrafo único do art. 64 refere-se apenas à hipótese de anulação da decisão recorrida por motivos de ilegalidade, restando a proibição da *reformatio in pejus* para todas as demais hipóteses”. Apesar do posicionamento da autora, o

Nota (2): Deve haver prova do recebimento, a qual será juntada aos autos.

6. Publicações no Diário Oficial da União e demais efeitos:

6.1 O art. 109, § 1º da Lei nº 8.666, de 1993 prevê, para alguns casos, a publicação da intimação dos atos via imprensa oficial. Como a aplicação das sanções de advertência e multa não surtem efeitos para além da órbita jurídica da contratada, ou seja, dessas não se extrai efeitos restritivos que venham a interessar aos outros órgãos públicos contratantes, a doutrina⁴⁵ entende que, pelo princípio da eficiência, não se faz necessária a publicação dessas duas sanções no Diário Oficial da União (DOU), bastando o seu registro no sistema cadastral correspondente ou no SICAF.

6.2. As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (Lei nº 8.666, de 1993) e impedimento de licitar e contratar com a União, Estado, DF e Município (Lei nº 10.520/2002) e impedimento de licitar e contratar com a União (Decreto nº 5.450/2005), devem ser publicadas no DOU e registradas no sistema cadastral correspondente ou SICAF.

6.3. As rescisões contratuais devem ser publicadas no DOU.

6.4. Nas hipóteses em que o particular não seja encontrado, tenha mudado de endereço sem atualização de dados junto à Administração ou se recuse a receber a notificação, sugere-se que esta seja publicada no DOU, com o objetivo de dar publicidade ao licitante/contratado.

6.5. As multas deverão ser recolhidas por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU).

6.6. No caso de não pagamento da multa administrativa, os autos devem ser encaminhados para inscrição em dívida ativa e posterior cobrança judicial.

7. Sugestões de providências internas⁴⁶ (preventivas) relacionados à aplicação de sanções a serem adotadas pelos órgãos:

entendimento dominante na doutrina é pela possibilidade de ocorrer decisão mais gravosa pela autoridade superior, em grau de recurso, o que legitima a necessidade de prazo para o particular formular alegações finais.

⁴⁵ DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

⁴⁶ Sugere-se que sejam previamente discutidas com as Consultorias Jurídicas dos órgãos, com o objetivo de conferir a legalidade do teor desses documentos.

7.1. Elaboração de manual ou cartilha para o órgão, contendo previsões relacionadas às responsabilidades, procedimentos, definições conceituais, dentre outros.

7.2. Elaboração de normativo interno, a exemplo de Portaria, com a previsão das atribuições e competências - fiscais, gestores, autoridade que aplica as sanções, autoridade que julga os recursos - bem como o rito procedimental aplicável às situações de inadimplemento dos particulares que contratam com o poder público.

7.3. Criação de comissão temporária ou permanente, formada por servidores, para atuar em processo administrativo sancionador.

7.4. Inserção, no termo de referência, projeto básico, edital e contrato, de cláusulas prevendo definições mais precisas das infrações e correspondentes sanções, direitos, obrigações, responsabilidades, inexecução e rescisão contratual bem definidas, tanto para a fase de licitação quanto para a fase de execução do objeto.

7.5. Capacitação constante de servidores em relação às matérias relacionadas às sanções contratuais.

8. Modelos das principais peças (notificações): estão anexados a este caderno:

Os modelos das peças estão anexados a este Caderno e foram elaborados conforme os disponibilizados pela Advocacia-Geral da União⁴⁷, com adaptações.

⁴⁷ Sítio da Advocacia-Geral da União: www.agu.gov.br, em junho de 2015.



NOME DO MINISTÉRIO
XXXXXXXXXX
NOME DO ÓRGÃO
ENDEREÇO DO ÓRGÃO
EMAIL
MODELO I

Ofício

nº xxxx/ano/unidade

Município, dia de mês de ano.

À empresa

Nome da empresa

Aos cuidados do (a) representante, Sr. (a), **nome da pessoa**

Endereço completo

ASSUNTO: Solicita justificativas/esclarecimentos/providências.

Senhor Representante,

1. Com fulcro no art. 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, solicito justificativas ou esclarecimentos, bem como adoção de eventuais providências, sobre os fatos abaixo relacionados:

Resumo dos fatos	Referência Legal/ Edital/ Contrato	Sanções Correlatas
Descrição dos fatos com um nível de detalhamento que propicie à empresa apresentar sua justificativa de forma ampla. Indicar, se for o caso, o período, valores, nome dos tercerizados envolvidos e outras informações importantes.	Indicar as cláusulas do Edital ou do Contrato, bem como da legislação correlata eventualmente infringidas.	Indicar qual ou quais sanções previstas para o fato em que a empresa poderá ser sancionada, tendo em vista a violação ao Edital ou Contrato.

OBS: Caso seja necessário, deve-se incluir outros detalhes no parágrafo abaixo.

2. Tendo em vista os fatos acima elencados, requer-se a imediata regularização da situação (descrever o que deve ser feito para o exato cumprimento da obrigação), a qual já enseja o atraso de (...) dias em relação à obrigação prevista na cláusula (.....) do Contrato Administrativo (nº do contrato).

3. Alerto sobre o que dispõem as cláusulas XXX do Contrato nº XXX que se referem às sanções previstas para o descumprimento de obrigações pela Contratada.

4. Por oportuno, informo que o não atendimento da providência ou o seu atendimento fora das condições contratuais ensejará instauração de procedimento administrativo específico para o exame dos fatos e eventual aplicação das sanções previstas no Contrato nº (XXX), que terá por base a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 9.784, de 1999, bem como a legislação correlata, e será processado de acordo com as seguintes fases: (a) fase preliminar: possibilitar à empresa apresentar justificativas quanto à conduta que ensejou a abertura do procedimento; (b) fase da defesa prévia: não sendo aceitos os argumentos da justificativa será aberto prazo para apresentação de defesa prévia (art. 87, § 2º da Lei nº 8.666, de 1993); (c) fase de aplicação da sanção: se os argumentos presentes na defesa não forem suficientes para afastar a sanção prevista e/ou não forem apresentadas as provas do alegado, a sanção será aplicada pela autoridade competente com abertura de prazo para recurso administrativo; (d) fase recursal: protocolado o recurso, se não reconsiderar a decisão, a autoridade que aplicou a sanção remeterá o recurso à autoridade imediatamente superior para análise e decisão sobre o recurso (art. 109, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993).

5. Solicito, que a resposta seja realizada por escrito, instruída com documentos que julgar pertinentes e assinada pelo representante legal da empresa.

6. Por fim, seja encaminhada à autoridade abaixo no endereço (**endereço completo com indicação de número de andar, sala e telefone**), no prazo máximo de (**cinco dias úteis**), contados do recebimento deste.

Atenciosamente,

Nome da autoridade

cargo

órgão

NOTAS EXPLICATIVAS:

1. Alertamos sobre a necessidade do Fiscal do Contrato manter em registro próprio, regularmente atualizado, todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, nos termos do § 1º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993. Esse expediente permitirá que se solicite à Contratada, de forma clara e precisa, os esclarecimentos e providências indispensáveis ao adequado acompanhamento contratual.

2. Alertamos, por outro lado, que esta etapa (de oferta de justificativas) pode ser suprimida, na hipótese de o fato infracional estar comprovadamente consumado, não havendo necessidade de solicitação de providências.

2.1. Neste caso, a autoridade competente do órgão, mediante informações prestadas pelo Fiscal do Contrato poderá, de plano, notificar a Contratada acerca dos fatos (para o regular procedimento), tendo em vista a possível aplicação de penalidade.

3. O item 4 do presente modelo contém uma sugestão de procedimento administrativo específico instaurado para o exame dos fatos e eventual aplicação das sanções às contratadas. Porém, conforme informado no caderno de Sanções Administrativas no item “diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico”, cabe a cada órgão ou entidade estabelecer por normativo interno o rito procedimental mais adequado, levando-se em consideração as suas peculiaridades de estrutura procedimental.

***OS CAMPOS GRAFADOS EM VERMELHO DEVEM SER PREENCHIDOS PELO ÓRGÃO**

*** OS CAMPOS GRAFADOS EM AZUL CONSTITUEM NOTAS EXPLICATIVAS, QUE DEVEM SER EXCLUÍDAS QUANDO O DOCUMENTO FOR ENCAMINHADO À CONTRATADA**



NOME DO MINISTÉRIO
XXXXXXXXXX
NOME DO ÓRGÃO
ENDEREÇO DO ÓRGÃO
EMAIL
MODELO II

Ofício nº **xxxx/unidade**

Município, **dia** de **mês** de **ano**.

À empresa

Nome da empresa

Aos cuidados do (a) representante (a), Sr. (a), **nome da pessoa**

Endereço completo

ASSUNTO: Notificação para apresentação de defesa prévia

1. A União, por intermédio do (nome do órgão), neste ato representada por (nome e cargo do titular ou autoridade que detiver competência para notificar), vem NOTIFICAR (nome da empresa a ser notificada), já qualificada no Contrato nº (número e ano do contrato), acerca dos seguintes fatos:

Resumo dos Fatos	Referência Legal/Edital Contrato	Sanções Correlatas
Descrição dos fatos com um nível de detalhamento que propicie à empresa apresentar sua defesa prévia de forma ampla. Indicar, se for o caso, o período, valores, nome dos tercerizados envolvidos e outras informações consideradas importantes	Indicar as cláusulas do Edital ou Contrato, bem como da legislação correlata que foram infringidas.	Indicar qual ou quais sanções previstas para o fato em que a empresa poderá ser sancionada, se restar comprovada a infringência da Lei, Edital e/ou Contrato
1. Ex: atraso de salário		

OBS: Caso seja necessário, incluir demais detalhes no parágrafo abaixo.

2. Em resposta ao Ofício nº de/...../....., encaminhado pelo (nome do órgão ou entidade contratante), por meio do qual foram relacionados os fatos acima elencados, essa empresa (nome da empresa contratada) apresentou justificativas em/...../....., bem como anexou as provas documentais que julgou pertinentes.

3. As justificativas apresentadas foram examinadas pelo setor competente, juntamente com os documentos que a instruíram, com o fim de amparar os argumentos da defesa. Ocorre que ficou constatado o atraso de **XX** dias no pagamento do salário dos empregados que prestam serviços neste órgão, não sendo possível aceitar como justificativa o pagamento parcial dos valores, conforme a análise feita pelo setor competente constante do relatório/nota técnica, juntada em anexo.

4. Assim, fica essa empresa notificada para, querendo, apresentar **defesa prévia** no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da data do recebimento desta notificação, dirigida a (nome da autoridade máxima do órgão), no endereço (endereço completo com indicação de número de andar, sala e telefone), tendo em vista que a avaliação do setor competente indicou ser o caso de aplicação de sanções administrativas previstas na cláusula XX do Contrato Administrativo nº XX/20XX, conforme disposições contidas nas Seções I e II do Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, (sem prejuízo da rescisão do contrato, nos termos do art. 77 e seguintes da Seção V do Capítulo III do mesmo diploma legal. (Nota explicativa: manter o trecho sublinhado somente se for notificar conjuntamente a rescisão contratual e a aplicação de penalidade).

Ou (para as sanções previstas na Lei nº 10.520, de 2002):

4. Tendo em vista a possível aplicação de sanções administrativas previstas na cláusula XX do Contrato Administrativo nº XX/20XX, conforme disposições contidas na Seção I, Capítulo IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e seus regulamentos, sem prejuízo da rescisão do contrato, nos termos do art. 77 e seguintes da Seção V do Capítulo III do mesmo diploma legal. (Nota explicativa: manter o trecho sublinhado somente se for notificar conjuntamente a rescisão contratual e a aplicação de penalidade).

5. Por oportuno, informo que os autos do Processo Administrativo (incluir nº do processo administrativo específico) encontram-se à disposição para vista do interessado, no setor (incluir o nome do setor, nº da sala, horário e demais dados importantes), o que não modifica ou altera o prazo improrrogável de 5 (cinco) dias úteis para interposição da defesa prévia.

Nome da autoridade

cargo

órgão

***OS CAMPOS GRAFADOS EM VERMELHO DEVEM SER PREENCHIDOS PELO ÓRGÃO**

*** OS CAMPOS GRAFADOS EM AZUL CONSTITUEM NOTAS EXPLICATIVAS, QUE DEVEM SER EXCLUÍDAS QUANDO O DOCUMENTO FOR ENCAMINHADO À CONTRATADA.**



MINISTÉRIO
XXXXXX
NOME DO ÓRGÃO
ENDEREÇO
EMAIL
MODELO III

Ofício nº **xxxx/unidade**

Município, **dia** de **mês** de **ano**.

À empresa

Nome da empresa

Aos cuidados do (a) representante, Sr. (a) **nome da pessoa**

Endereço completo

ASSUNTO: **NOTIFICAÇÃO DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE/RESCISÃO CONTRATUAL** *(nota explicativa: somente incluir a rescisão contratual na hipótese de ser adotada juntamente com a imposição da penalidade)*

1. A União, por intermédio do (**nome do órgão**), neste ato representada por (**nome e cargo do titular ou autoridade que detiver competência para notificar**) vem **NOTIFICAR** (**nome da empresa a ser notificada**), já qualificada no Contrato (**número e ano do contrato**) da aplicação da penalidade (**descrever a pena aplicada, por ex. advertência, multa, etc.**) e da rescisão do Contrato nº **XX/XX** *(nota explicativa: manter o trecho sublinhado somente se for notificar conjuntamente acerca da rescisão contratual e da aplicação de penalidade)*, conforme **decisão fundamentada** da autoridade, juntada em anexo.

2. Assim, fica a empresa notificada para, querendo, apresentar **RECURSO**, conforme previsto no art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a contar da data do recebimento desta notificação, dirigido a (**nome da autoridade máxima do órgão**), no endereço (**endereço completo com indicação de número de andar, sala e telefone**).

3. Por oportuno, informo que os autos do Processo Administrativo (**incluir nº do processo administrativo específico**) encontram-se à disposição para vista do interessado, no setor (**incluir o nome do setor, nº da sala, horário e demais dados importantes**), o que não modifica ou altera o prazo improrrogável de 5 (cinco) dias úteis para interposição do recurso.

Nome da autoridade

cargo

órgão

*NOTA EXPLICATIVA: decisão fundamentada: documento produzido nos autos do processo administrativo, que cuida da contratação, em que a autoridade competente, estatutária ou regimentalmente, decide sobre a ocorrência dos fatos noticiados pelo Fiscal do Contrato, enfrentando **todos** os pontos fixados pela Administração como irregulares e, eventualmente abordados na defesa, se houver, com foco no contraditório e ampla defesa, decidindo pela imposição da penalidade e/ou rescisão contratual, justificando a sanção adotada, cuja cópia autenticada deve ser encaminhada à empresa como anexo à notificação.*

***OS CAMPOS GRAFADOS EM VERMELHO DEVEM SER PREENCHIDOS PELO ÓRGÃO**

*** OS CAMPOS GRAFADOS EM AZUL CONSTITUEM NOTAS EXPLICATIVAS, QUE DEVEM SER EXCLUÍDAS QUANDO O DOCUMENTO FOR ENCAMINHADO À CONTRATADA**

