

ORIENTAÇÃO PRÁTICA



É POSSÍVEL CONSIDERAR A REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE NA APLICAÇÃO DE PENALIDADES POR INEXECUÇÃO CONTRATUAL?

Esta Orientação foi elaborada e revisada pela Equipe Técnica e de Supervisão do Serviço de Orientação da Zênite.

Questão apresentada à Equipe de Consultores Zênite:

“Buscando uniformizar nossos procedimentos para aplicação de penalidades nos casos de apuração de falta contratual e em respeito aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da razoabilidade e da proporcionalidade, perguntamos: a) Há algum impedimento legal para a fixação de reincidência como circunstância agravante na sanção administrativa, utilizando-se dos mesmos critérios de aplicação de pena do Direito Penal brasileiro (arts. 59 e

61 do CP)? b) Quando podemos considerar a empresa contratada como reincidente? Como fixar o marco inicial para o cálculo da reincidência? c) Para fins de reincidência somente seriam consideradas as faltas cometidas no decorrer do mesmo contrato? Poderíamos considerar o histórico de doze meses, computando inclusive as penalidades aplicadas e registradas por outros órgãos no SICAF? Esses critérios desrespeitam nosso ordenamento jurídico? d) Não havendo fixação de fração para majoração da pena em razão da reincidência, como proceder para que essa circunstância seja considerada e possa aumentar o quantum da penalidade? e) A falta de previsão para as condições de reincidência, em uma eventual apuração de falta contratual, pode atrair a participação de empresas de má reputação nos certames da Administração?”

Inicialmente, é válido esclarecer que a Administração Pública deve, na etapa de planejamento de cada uma de suas contratações, avaliar detidamente os riscos envolvidos em hipóteses de eventual inexecução ou inadimplemento contratual por parte do contratado.

A partir da análise detida dos prejuízos que podem advir do não cumprimento, do cumprimento parcial ou do cumprimento inadequado das obrigações que serão contratualmente previstas, a Administração passa a deter elementos objetivos que permitem definir com maior grau de segurança as consequências jurídicas que poderão ser impostas ao contratado infrator.

Aqui, é importante pontuar que a previsão de sanções nos contratos visa também inibir a prática de ilícitos contratuais por parte dos futuros contratados. Nesse sentido, Daniel Ferreira

sustenta que “a finalidade da sanção **não é a de punir**, mas apenas a de desestimular condutas administrativamente reprováveis”. (FERREIRA, 2009, p. 332.)

Para que a previsão contratual em torno da aplicação de sanções administrativas alcance seu objetivo sem incorrer em ofensa aos princípios que norteiam o exercício do dever-poder sancionador, cumpre à Administração, quando do planejamento, avaliar detidamente a importância do objeto contratado e as consequências danosas em caso de inexecução parcial e total.

Nessa análise, a Administração deve identificar o grau de comprometimento do interesse público em face das obrigações contratuais de maior relevância e, com isso, definir as sanções cabíveis diante de ilícitos contratuais que afetem tais obrigações, indicando, ainda, a possibilidade de apuração de responsabilidade em caso de outras condutas irregulares.

Trata-se de providência essencial, tendo em vista que a Lei de Licitações e a Lei nº 10.520/02 se limitam a indicar genericamente as condutas que ensejariam a incidência das sanções administrativas,¹ sem detalhar as irregularidades que poderiam importar na responsabilização do particular.

Justamente para conferir maior grau de objetividade no desenvolvimento das ações voltadas à responsabilização do contratado é que a Administração deve avaliar as particularidades do caso concreto e definir as sanções adequadas.

¹ “Há na Lei 8.666/1993 exemplo evidente de norma punitiva que não goza de clareza e precisão, ou seja, não atende ao princípio da tipicidade. Trata-se da norma prevista no art. 87, que arrola as sanções administrativas que podem ser aplicadas a particular que celebre contrato com a Administração Pública. Todas as medidas punitivas ali referidas têm por pressuposto a ‘inexecução total ou parcial do contrato’. É dizer, a hipótese de incidência de tal norma punitiva é descumprir o contrato, de modo total ou parcial - expressão vaga e imprecisa, que abrange uma vasta gama de situações de fato”. (MELLO, 2007, p. 137.)

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União exarou o Acórdão nº 536/2011 – Plenário:

Enunciado: **Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva gradação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.**

Excerto:

(RELATÓRIO)

No tocante à previsão de penalidades genéricas, observadas nos editais das licitações e respectivos contratos, (...), considera-se que a não especificação das situações as quais dariam ensejo à aplicação das penalidades e **a ausência de gradação para diferentes infrações dificultam a aplicação, nos casos concretos, das penalidades cabíveis, o que prejudica, inclusive, a gestão contratual.**

Além do mais, de acordo com o inciso VII do art. 55 da Lei 8.666/1993, são cláusulas necessárias em todo contrato firmado pela Administração as que estabeleçam os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas por descumprimento contratual.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU é de que **os contratos administrativos devem conter cláusula de penalidades, indicando a sanção administrativa correspondente à gravidade do evento e o valor gradual das multas, cumprindo à Administração, nos termos da avença, inclusive nos casos de atrasos, aplicar a punição cabível** (Acórdãos nº 669/2008-Plenário; 807/2008-2ª Câmara e 1597/2010-Plenário).

Assim, a inexistência de cláusula que preveja sanções por descumprimento do contrato é irregular, pois vai de encontro à exigência expressa da Lei nº 8.666/1993, (...).

(VOTO)

12. Manifesto-me, no essencial, de acordo com os pareceres e propostas emitidos nos autos, com os devidos ajustes de forma e de redação, (...)

(...)

16. Quanto às propostas contidas nos subitens 3, 4 e 5, do item 5, da instrução transcrita no Relatório precedente, no sentido de expedir alertas às (...), considero que o comando dos itens da proposta visa a corrigir falhas de natureza formal que implicaram a não observância tanto de princípios constitucionais como de norma legal aplicável à licitação e contratos, como também, normas do FNDE aplicáveis à espécie. Assim, a expedição de

determinação para adoção de providências corretivas será mais adequada (...)

(ACÓRDÃO)

9.1. com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno/TCU, determinar à (...) que:

(...)

9.1.2. **em atenção ao art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei 8.666/1993, preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras de aplicação das penalidades, estabelecendo graduações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada**, observando o disposto no subitem 9.1.5 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário,² nos acórdãos 669/2008-Plenário,³ 807/2008-2ª Câmara⁴ e subitem 9.2.9 do acórdão 1597/2010-Plenário;⁵ (Grifamos.)

2 "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG que preveja, em documento normativo que trate exclusivamente de licitação e contratação de serviços de Tecnologia da Informação, distinto da norma que se refere genericamente à contratação de outros serviços, que os projetos básicos ou termos de referência, utilizados pelos entes da Administração Pública Federal para contratar serviços de Tecnologia da Informação, contenham, no mínimo, os tópicos a seguir: (...) 9.1.5. Mecanismos de gestão do contrato, contendo no mínimo: (...) – regras para aplicar penalidades, observando os Princípios da Proporcionalidade, Razoabilidade e Prudência (Lei nº 8.666/1993, art. 55, VII, VIII e IX);”

3 "(Relatório) 6.36 Modelo de gestão do contrato – cláusulas de penalidades a) a Cláusula décima-primeira (fl. 317 do anexo I do vol. 1), que trata das “Sanções Administrativas”, é genérica, dispondo apenas que, além do previsto em lei, haveria multa de 1% (um por cento) sobre o valor da fatura por dia em que a contratada não cumprir suas obrigações contratuais. Dessa forma, sem discriminação mínima do que seria considerado descumprimento contratual, torna-se muito difícil cobrar da contratada requisitos básicos dos serviços como qualidade e prazo; b) entende-se que essa falha decorre das deficiências existentes nos sistemas de controle; c) essa falha gera risco de ineficiência na prestação dos serviços e pode ocasionar a impossibilidade de aplicar, na prática, as sanções previstas; (...)”

4 "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. determinar ao (...) que: (...) 9.1.3. inclua nos contratos cláusula específica prevendo penalidades para os casos de rescisão e inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, (...)”

5 "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.2. determinar ao (...),

Portanto, feito o levantamento em torno das obrigações de maior relevância para o atendimento do interesse público e, assim, identificado o grau de risco decorrente de eventual inexecução contratual, cumpre à Administração definir as sanções cabíveis à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Embora tratando da questão da aplicação das sanções já na etapa contratual, é válido trazer à colação interessante precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que confere um norte a ser seguido:

De acordo com o TRF da 3ª Região, “a Lei 10.520/2002, que prevê o procedimento na modalidade ‘pregão’, bem como a Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária, tratam especificamente da possibilidade de serem impostas sanções administrativas ao contratado pela inadimplência total ou parcial do objeto licitado. Conforme a hipótese, está prevista a impossibilidade de participar de futuros certames pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato. **A aplicação dessa penalidade depende de prévio procedimento administrativo, com a garantia da ampla defesa, e enseja a observância da proporcionalidade e razoabilidade na sua dosagem, levando em consideração as situações fáticas que acarretaram a inadimplência, se esta foi total ou parcial e a culpabilidade do contratado, dentre outras circunstâncias. No presente caso, de acordo com a decisão agravada, o recorrido cumpriu parcialmente o contrato, o que enseja, numa análise inicial própria desse momento, a manutenção da decisão proferida, afastando-se, assim, o elevado risco de prejuízo à empresa licitante pela paralisação ou diminuição de suas atividades**”. (TRF 3ª Região, AI nº 0026361-83.2010.4.03.0000, Rel. Des. Marli Ferreira, DJ de 29.11.2010.)” (TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 19303/RN, DJ de 16.07.1993.) (MENDES, 2017c.) (Grifamos.)

com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, nas futuras contratações de serviços de tecnologia da informação: (...) 9.2.9. em atenção ao art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei 8.666/1993, preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras de aplicação das penalidades, estabelecendo graduações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada, observando o disposto no item 9.1.5 do Acórdão 2.471/2008-TCU - Plenário (achado II.7);”

Ainda sobre a dosimetria da pena, válidos são os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, extraídos da obra *LeiAnotada.com*:

A dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a legalidade do bem protegido. **Falta contratual de natureza leve não deve ser apenas acirradamente com a proibição de licitar.** Manutenção da sentença por seus fundamentos. Apelação improvida. (TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 19303/RN, DJ de 16.07.1993.) (MENDES, 2017b.) (Grifamos.)

Ao analisar a legalidade da aplicação da sanção de inidoneidade em razão do não recolhimento do FGTS pelo contratado, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim se manifestou: “a gradação entre as espécies de sanções previstas legalmente impõe limites ao Administrador Público no ato da dosimetria. Assim, **as penas de suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade devem ser aplicadas para os atos de alta gravidade, em que tenha havido prejuízo relevante para a Administração Pública. Por outro lado, as atitudes de menor gravidade ensejam a aplicação das penas de multa e rescisão contratual.** 5. O não recolhimento do FGTS dos empregados da empresa agravante na data prevista configura inadimplemento capaz de ensejar a pena de multa, bem como a rescisão contratual, no entanto, no que diz respeito às punições de suspensão/impeimento do direito de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de 05 (cinco) anos e declaração de inidoneidade, estas encerram medidas desproporcionais ao ilícito cometido, ainda mais, levando em consideração que o inadimplemento contratual, qual seja, a ausência de pagamento do FGTS, já foi regularizado”. (TRF 5ª Região, AI nº 0016175-10.2011.4.05.0000, Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt, j. em 19.04.2012.) (MENDES, 2017b.) (Grifamos.)

Na análise a ser feita em torno da sanção mais justa e compatível com a conduta irregular que se pretende reprimir, a Administração deve ponderar não apenas o fato praticado e os prejuízos dele advindos, conforme dito, mas também as práticas irregulares anteriores, entre outros aspectos. Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr orienta que:

Os agentes administrativos devem avaliar qual a sanção é mais apropriada e, sobretudo, qual a medida da penalidade da sanção a ser aplicada. **A sanção deve ser aplicada de acordo com o grau de reprovação do comportamento do contratado e, se for o caso, dos prejuízos causados**

por ele à Administração. Em vista disso, os agentes administrativos, antes de aplicar as sanções administrativas, devem sopesar as especificidades de cada caso concreto, analisando em detalhe as condutas dos apenados, para impor a eles sanção que seja *lhe seja (sic)* proporcional. Os agentes administrativos não podem aplicar sanções aleatoriamente, sem ponderar e adequar a intensidade delas. (...) **Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser a mais grave.** A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade. Na mesma linha, se a falta não produziu prejuízo à Administração, a penalidade também não deve ser a mais grave. Também se deve levar em conta se o sujeito agiu com boa ou má-fé. Por vezes, o contratado comete falta, agindo de boa-fé, sem ter consciência da ilicitude do seu comportamento. Nesses casos, a penalidade também não deve ser a mais grave. E, enfim, é interessante questionar os meios utilizados para a ação que enseja a aplicação da sanção. Se o contratado engana, mente, sonega ou esconde informações, a penalidade deve ser majorada. Se ele não se utiliza desses subterfúgios, que visam a obscurecer o seu comportamento e dificultar a apuração dos fatos por parte da Administração, então a sanção deve ser minorada. (NIEBUHR, 2011, p. 992-993.) (Grifamos.)

Eduardo Rocha Dias também se inclina nesse sentido, cujas lições constam da obra *LeiAnotada.com* nos seguintes termos:

Acerca da aplicação das sanções, o autor Eduardo Rocha Dias assevera que se deve **atentar ao princípio da proporcionalidade, observando a gravidade da conduta e a questão da reincidência.** Segundo o autor, **‘o edital e o contrato cumprem papel importante na concretização de tal desiderato,** devendo cominar aos atos de inexecução contratual menos graves e que ocasionem menos riscos para a Administração a pena de advertência; no caso de atraso no cumprimento de suas obrigações, ao contratado deverá ser aplicada multa moratória; às infrações mais graves, que configurem hipóteses de séria inexecução contratual, deve ser aplicada a pena de suspensão; somente no caso de reiteração dessas mesmas faltas ou de prática dolosa de sérios atos de inexecução contratual ou de atos ilícitos, tal como definidos no edital ou no contrato, é que deverá ser aplicada a sanção de declaração de inidoneidade.’ (DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados.* São Paulo: Dialética, 1997. p. 99-100.) (MENDES, 2017a.) (Grifamos.)

ORIENTAÇÃO PRÁTICA

A fim de assegurar que a penalidade imposta seja a mais justa (proporcional) possível, é pertinente que sejam consideradas a reiteração de condutas irregulares e as respectivas penalidades. Por oportuno, veja-se o precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE PARTICIPAR DE PROCESSOS LICITATÓRIOS E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR PELO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES. REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. As penalidades aplicadas à autora decorreram da constatação objetiva do descumprimento das obrigações pactuadas, iniciando com a simples advertência e multa de 1% do valor do contrato e, **considerando a reincidência, houve a gradação da multa para 10% do valor do contrato, até alcançar a penalidade máxima de impedimento de contratar com a Administração Pública, diante da ineficácia das penalidades anteriormente aplicadas, de modo que não vislumbro a alegada violação ao princípio da proporcionalidade.**

2. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, *forteno art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.* (Apelação Cível nº 5046833-08.2011.404.7000/PR. Relatora Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria - Grifamos.)

Ainda, é válido citar como referência a Instrução Normativa nº 24/13, que dispõe sobre o procedimento de apuração e aplicação de penalidades às empresas contratadas pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual estabelece os seguintes fatores a serem considerados no momento da imputação da pena:

Art. 6º Na aplicação das sanções devem ser consideradas as seguintes circunstâncias:

I - a natureza e a gravidade da infração contratual;

II - os danos que o cometimento da infração ocasionar ao serviço e aos usuários;

III - a vantagem auferida em virtude da infração;

IV - as circunstâncias gerais agravantes e atenuantes;

V - os antecedentes da contratada. (Grifamos.)

Considerando esse panorama, a Administração deve estabelecer no edital e no contrato as condições para aplicação das penalidades, considerando o grau de reprovabilidade da irregularidade cometida, os prejuízos decorrentes, bem como a reincidência ou a ausência de regularização de pendências apontadas.

E, aqui, a Administração pode considerar o período total de vigência do ajuste, visto que, havendo continuidade da relação e preservação das mesmas obrigações, todo incidente pode ser objeto de análise para fins de apuração da postura do contratado.

De todo modo, não se descarta a possibilidade de limitar a análise dos antecedentes a um período de doze meses, tal como foi a opção do CNJ na já citada IN nº 24/13 para fins de aplicação de multa em caso de reincidência:

Art. 8º A Administração poderá, mediante despacho fundamentado, suspender a aplicação da penalidade de multa nos casos em que o valor for considerado irrisório.

§ 1º Para fins dessa instrução normativa será considerado irrisório valor igual ou inferior a 2% do previsto no:

I - art. 24, inciso I, da Lei 8.666/93, para obras e serviços de engenharia;

II - art. 24, inciso II, da Lei 8.666/93, para compras e serviços não referidos no inciso anterior.

§ 2º Nos casos de reincidência, mesmo que o valor da multa seja irrisório, a penalidade deverá ser aplicada cumulativamente com os efeitos e o valor de multa cuja exigibilidade tenha sido suspensa anteriormente.

§ 3º **Para determinar a reincidência no descumprimento do ajuste, serão considerados os antecedentes da contratada nos últimos doze meses, contados a partir da primeira ocorrência, ainda que sobrestada, não importando se decorrente de fato gerador distinto.** (Grifamos.)

Agora, é preciso ter cautela quanto à necessidade de análise da conduta do particular no bojo da própria contratação em que será apurada sua responsabilidade por eventual inexecução. É que um dos princípios que norteiam

o exercício do dever-poder sancionador é justamente o da proporcionalidade, que, segundo Rafael Munhoz de Mello, apresenta outra importante consequência no campo do Direito Administrativo, qual seja:

(...) exige que a sanção administrativa retributiva seja aplicada apenas à ação que seja, além de típica e ilícita, também culpável. A imposição de sanção administrativa retributiva depende da culpa do infrator, em função do subprincípio da adequação, corolário do **princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade**, que, por sua vez, decorre do princípio fundamental do Estado de Direito, previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988. (MELLO, 2007, p. 176.) (Grifamos.)

Se a sanção aplicada deve ser proporcional ao ilícito contratual cometido, aqui considerado o dano dele decorrente, não é possível sopesar sua adequação a partir de condutas praticadas pelo particular em outras relações jurídicas, visto que a penalidade tem como foco prevenir ou reprimir o contratado no âmbito do ajuste especificamente celebrado.

Ademais, a própria Lei de Licitações indica que a responsabilização por inexecuções contratuais deve ocorrer à luz do desenvolvimento do próprio contrato. Em seu art. 70, a Lei prevê que o

contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo **na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. (Grifamos.)

E o art. 86 estabelece que o “atraso injustificado **na execução do contrato** sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato” (Grifamos).

Da mesma forma, no art. 87, a Lei é clara ao dispor que, “**pela inexecução total ou parcial do contrato** a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções” (Grifamos).

Reforça essa linha de argumentação o entendimento de que a imposição de sanções restritivas de direitos de contratar com o Poder Público

não afeta obrigatoriamente os contratos celebrados em momento anterior – as penalidades têm efeitos *ex nunc*. Nesse sentido, veja-se o que já defendeu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS *EX NUNC* DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO.

1. (...)

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade ‘só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento’ (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de ‘licitar ou contratar com a Administração Pública’ (Lei 8666/93, art. 87), sem, **no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução**, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). **Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.**

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (MS 200802504300, Teori Albino Zavascki, PRIMEIRA SEÇÃO, 25/05/2009. (Grifamos.)

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – EFEITOS.

1. O aresto embargado (após intenso debate na Primeira Seção) examinou de forma devida o ato impugnado, adotando o entendimento de que a sanção de inidoneidade deve ser aplicada **com efeitos ‘ex nunc’**.

2. Aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade hierarquicamente superior apontada coatora, ao prestar informações, defende o mérito do ato impugnado.

ORIENTAÇÃO PRÁTICA

3. **A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93.**

4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para prestar esclarecimentos. (EDMS 200702240113, Eliana Calmon, PRIMEIRA SEÇÃO, 25/05/2009. (Grifamos.)

O Tribunal de Contas da União seguiu a mesma trilha de raciocínio, mencionando, inclusive, as decisões já colacionadas:

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAR REDAÇÃO DO ITEM 9.3.1. DO ACÓRDÃO 1262/2009-TCU-PLENÁRIO, **DE MODO A CONFERIR EFEITOS EX-NUNC À DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS EMPRESAS.** CIÊNCIA

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

4. Ao compulsar os exames empreendidos pela Serur, com os quais o Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo, vejo que a unidade técnica sugere que seja dado provimento parcial aos apelos em face de dois tópicos, a saber: a) a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos *ex-nunc*; e b) (...)

5. Quanto ao primeiro tópico, relativo à eficácia da declaração de inidoneidade, **manifesto-me de acordo com os exames empreendidos nos autos, pois, com amparo na moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1, concluiu-se que a declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a administração pública federal. Isso porque a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos *ex-nunc*, não autorizando que sejam desfeitos todos os atos práticos ao momento de sua proclamação.**

6. Nesse sentido, são plenamente aplicáveis os escólios do Exmo. Ministro Teori Albino Zavascki,

exarados nos autos do MS 13.964/DF, cuja ementa transcrevo a seguir:

(...)

7. Em acréscimo às ponderações de Sua Excelência, as quais adoto como razões de decidir, pondero que a rescisão de todos os contratos anteriormente celebrados pela empresa declarada inidônea nem sempre se mostra a solução mais vantajosa para a administração pública, pois, dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos **cuja execução estivesse adequada** para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório. (TCU, Acórdão nº 3002/2010 – Plenário.) (Grifamos.)

CONCLUSÕES

Em atenção ao exposto, responde-se objetivamente aos questionamentos formulados:

Pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, informadores do exercício do dever-poder sancionador, a Administração deve determinar sanção adequada ao ilícito contratual cometido, considerando-se os danos sofridos, a conduta do particular (se houve dolo ou má-fé) e sua atuação enquanto contratado até o momento.

Assim, não parece razoável e proporcional considerar, para fins de responsabilização do contratado, as condutas praticadas em outras relações contratuais com a própria Administração ou com outras entidades e órgãos públicos. Logo, não se mostra possível considerar “o histórico de 12 (doze) meses, computando inclusive as penalidades aplicadas e registradas por outros órgãos no SICAF”.

Conseqüentemente, para fins de sopesar a reincidência do particular no processo sancionador, deve a Administração restringir sua análise às irregularidades praticadas no bojo do próprio contrato administrativo em que será apurada a responsabilidade.

ORIENTAÇÃO PRÁTICA

Aqui, a Administração pode considerar o período total de vigência do ajuste, visto que, havendo continuidade da relação e preservação das mesmas obrigações, todo incidente pode ser objeto de análise para fins de apuração da postura do contratado. De todo modo, poderá, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, limitar essa análise aos últimos doze meses, a exemplo do que fez o CNJ.

Para determinar a sanção cabível diante de ilícitos reiterados cometidos pelo particular, a Administração deve novamente se valer dos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. É que, a depender da natureza do ilícito, ainda que seja reiterado, não há pertinência na imposição de sanção mais gravosa, a exemplo do que ocorre quando os profissionais alocados na prestação dos serviços deixam de se apresentar seguidas vezes com o uniforme completo na forma especificada, usando sapato de cor diferenciada (embora se trate de uma inexecução contratual reiterada, não se mostra razoável a imposição de sanção restritiva do direito de licitar). Por outro lado, haverá irregularidades que exigem atuação mais severa da Administração quando praticadas reiteradamente e assim autorizam a imposição de sanções mais gravosas em caso de reincidência, como pode ser o caso do atraso no pagamento do salário dos empregados. Aliás, nessa análise, deve-se, inclusive, ter a cautela quanto à definição de sanções razoáveis e proporcionais, que não determinem a necessidade de rescindir o contrato (a exemplo do que ocorreria com a suspensão do direito de licitar e contratar e do impedimento) quando o cenário não imponha solução drástica nesse sentido.

Por fim, com base na compreensão de que a finalidade da sanção é coibir a prática de ilícitos contratuais, não parece que a mera ausência de previsão quanto à consideração de antecedentes para fins de determinar a penalidade cabível possa "atrair a participação de empresas de má reputação nos certames desta Administração".

Se, à luz dos riscos envolvidos no caso concreto e da prática de mercado, o edital e o contrato já contemplam regramento para imposição de sanções para situações envolvendo inexecução contratual, então, em tese, o objetivo relacionado ao desestímulo da prática de ilícito já teria sido alcançado. Até porque, ainda que não haja previsão, a reincidência de inexecuções no bojo do contrato já pode ser objeto de consideração quando da dosimetria da pena. Nesse passo, a previsão quanto à consideração de antecedentes ocorridos no bojo do próprio contrato constituiria uma ferramenta para conferir maior objetividade ao processo sancionador.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Zênite, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Consulente.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Renato Geraldo. *LeiAnotada.com*. Lei nº 8.666/93, notas ao art. 87, categoria Doutrina. Disponível em: <www.leianotada.com>. Acesso em: 09 fev. 2017a.

_____. _____. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 87, categoria Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 09 fev. 2017b.

_____. _____. Lei nº 10.520/02, nota ao art. 7º, categoria Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 09 fev. 2017c.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Como citar este texto:

É possível considerar a reincidência como circunstância agravante na aplicação de penalidades por inexecução contratual? *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 278, p. 399-406, abr. 2017, seção Orientação Prática.