



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

**A SANÇÃO A LICITANTES E FORNECEDORES A LUZ DOS
DISPOSITIVOS DAS LEIS 8.666/93 E 10.520/05 – POSSÍVEIS
ANTINOMIA E CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA
APLICAÇÃO DA SANÇÃO.**

Artigo de Pós-Graduação

RAMON VIEIRA MATHIAS

Restinga Seca, RS, Brasil

2011

**A SANÇÃO A LICITANTES E FORNECEDORES A LUZ DOS
DISPOSITIVOS DAS LEIS 8.666/93 E 10.520/05 – POSSÍVEIS
ANTINOMIA E CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA
APLICAÇÃO DA SANÇÃO.**

por

RAMON VIEIRA MATHIAS

Artigo apresentado ao Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-RS), como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Gestão Pública Municipal

Orientadora: Prof^a. Kelmara Mendes Vieira

Santa Maria, RS, Brasil

2011

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o artigo de Pós-graduação

**A SANÇÃO A LICITANTES E FORNECEDORES A LUZ DOS
DISPOSITIVOS DAS LEIS 8.666/93 E 10.520/05 – POSSÍVEIS
ANTINOMIA E CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA
SANÇÃO.**

elaborado por
RAMON VIEIRA MATHIAS

como requisito parcial para obtenção de grau de
Especialista em Gestão Pública Municipal

Comissão Examinadora:

Prof. Dr. Kelmara Mendes Vieira - presidente/orientadora (UFSM)

Prof. Dr. Breno Augusto Diniz Pereira - membro (UFSM)

Prof. Dr. Daniel Arruda Coronel - membro (UFSM)

Santa Maria, ____de _____ de 2011.

A SANÇÃO A LICITANTES E FORNECEDORES A LUZ DOS DISPOSITIVOS DAS LEIS 8.666/93 E 10.520/05 – POSSÍVEIS ANTINOMIA E CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.

Ramon Vieira Mathias¹

RESUMO

O Processo sancionatório de fornecedores há muito tempo vem sendo realizado pelas unidades administrativas estatais e tem-se grande preocupação em saber se tais processos atendem aos direitos e garantias individuais presentes na Carta Magna brasileira, na Lei de licitações e contratos e na Lei do Pregão. Objetiva-se, com o presente trabalho, encontrar uma forma legalmente mais segura de assessorar os gestores públicos municipais, que estejam iniciando o uso do pregão eletrônico, em possíveis sanções a fornecedores, para tanto, foi utilizado o método dialético, a fim de fixar premissas conceituais básicas, e a seguir, na fase procedimental, o método comparativo, para tornar possível a análise das múltiplas facetas dos processos sancionatórios disponíveis. Na análise dos resultados percebeu-se que, de 2005 até o final de 2010, verificou-se um aumento no número de processos sancionatórios abertos, e, além disso, teve-se, também, um aumento considerável no universo de empresas que se tornaram inadimplentes no que tange ao fiel cumprimento das obrigações editalícias, são 155 páginas de suspensões e apenas 36 de declarações de inidoneidade, comprovando mais uma vez a importância do Pregão Eletrônico.

Palavras-chave: Administração Pública, Sanção, Licitante, Antinomia

ABSTRACT

The sanctions process suppliers has long been held by the state administrative units and has great concern about whether such procedures meet the individual rights and guarantees present in the Brazilian Constitution, the law of contracts and bids in the Auction Law. The objective is to, with this work, find a way legally safer to advise the municipal starting up the use of electronic bidding on possible sanctions to suppliers, we used the dialectical method in order to establish basic conceptual premises, and then, in the procedural phase, the comparative method, to make possible the analysis of the multiple facets of sanction procedures available. In analyzing the results it was found that from 2005 to the end of 2010, there was an increase in the number of open sanction procedures, and also had it, too, a considerable increase in the universe of companies that have become delinquent with respect to the faithful fulfillment of obligations of bidding are 155 pages of suspensions and only 36 declarations of unsuitability, proving once again the importance of Electronic Auction.

Keywords: Public Administration, Sanction, Bidder, Antinomy

1. INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório conjuga basicamente duas finalidades distintas: de um lado busca a satisfação do interesse público e, de outro, a garantia de igualdade de tratamento entre os particulares que desejam celebrar um contrato com a Administração.

Para melhor atingir esses objetivos, a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, exigida, até o presente momento apenas para aquisição de bens e serviços comuns.

Em 31 de maio de 2005, o Decreto nº. 5.450 revoga o Decreto nº. 3.697/2000, regulamenta e torna obrigatório o Pregão, preferencialmente na forma eletrônica, e, pouco tempo depois, o Decreto nº. 5.504, de 05 de agosto de 2005, estabelece a obrigatoriedade da utilização do Pregão Eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, em decorrência de repasses voluntários da União aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios.

O objetivo do Governo Federal ao tornar, por ora, preferencial e futuramente obrigatório o uso do pregão na sua forma eletrônica é, exatamente, alcançar as duas principais finalidades da licitação, ou seja, garantir menor preço para a aquisição dos bens e serviços comuns e, ao mesmo tempo, garantir a igualdade de tratamento entre os participantes. Tal consecução torna-se possível tendo em vista que: (a) no pregão eletrônico, tem-se um aumento considerável do número de empresas participantes, o que garante maior competitividade em busca do menor preço; (b) a utilização de meio cibernético para a realização do procedimento licitatório, por meio de lances sucessivos entre os particulares, sem que o pregoeiro conheça previamente as empresas participantes, torna o pregão eletrônico, de longe o recurso administrativo mais transparente para realizar o certame.

Ocorre que, juntamente com a necessidade de aliar maior competitividade para conquistar o menor preço, tem-se como postulado basilar do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 37, inciso XXI, o Princípio da Igualdade, que deve estar presente em todas as ações governamentais, principalmente nas licitações. Seguindo a mesma linha mestra e regulamentando o citado dispositivo, a

Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, já no seu artigo 3^o, com base no Princípio da Isonomia, corolário do princípio supra, mantém viva esta idéia.

Nessa nova modalidade licitatória, diversamente ao que ocorria com as cartas-convite (acredita-se, já em vias de extinção), ocorrem um maior número de participantes, pois o edital do pregão é levado a todos os rincões do país por meio do site governamental www.comprasnet.gov.br, e as possibilidades de competitividade entre fornecedores são extremamente maiores, pois, ao contrário do que ocorria nos convites, onde só era possível uma proposta por participante, nos pregões eletrônicos tem-se uma infinita probabilidade de lances em busca do menor preço.

É imperioso salientar que, por vezes, o fornecedor, buscando conquistar mercados ou, simplesmente, tentando ludibriar a Administração, apresenta preços tão baixos a ponto de tornar impossível o cumprimento de suas obrigações contratuais e editalícias, fato esse que o leva a entregar mercadoria ou com atraso, ou abaixo da qualidade almejada pelo ente público, ou, pior ainda, a simplesmente não entregá-la.

Neste caso, o licitante tem adjudicado para si um bem que não poderá entregar em tempo hábil ou na qualidade que a unidade administrativa necessita, utilizando-se, assim, durante o processo licitatório, dos princípios da igualdade e isonomia (garantidos no Pregão-SRP, já que pode bater o preço da concorrência com um simples toque em seu teclado) a fim de burlar o Princípio da Concorrência, ferindo os artigos 90 e 96 da lei 8.666/93.

Com essas assertivas, tenta-se deixar claro que, com o advento do Pregão Eletrônico-SRP, empresas de todo o país adquiriram a possibilidade de aumentar seu leque de vendas, porém nem todas estão aptas a cumprir os prazos e as obrigações previstas em edital, ocorrência que obriga, cada vez mais, os diversos órgãos estatais a punir fornecedores, já que a quase totalidade dos órgãos públicos federais dependem da licitação (que é regra, pois a dispensa e inexigibilidade são as exceções) para manter sua dinâmica operacional.

A grande maioria dos gestores públicos, principalmente os de pequenas unidades administrativas, por longo tempo adaptaram-se ao uso de modalidades mais simplificadas de licitação, como é o caso das cartas convite que sempre tiveram poucos problemas com relação a possíveis sanções porventura aplicadas a

fornecedores, tendo em vista que essas modalidades restringiam a concorrência e competitividade aos licitantes que se encontravam mais próximos ao órgão licitante e, também possibilitava maior afinidade entre esses licitantes e a administração pública. Isso porque a cada unidade cabia enviar cartas-convite a, no mínimo, três licitantes para garantir a lisura e idoneidade do certame, fato esse que facilitava sobremaneira os trabalhos licitatórios, bem como o recebimento do material, que deveria ser entregue na quantidade e especificações constantes no convite.

Ao entrarem em vigor a Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, sobre o Sistema Registro de Preços (SRP), e o Decreto nº. 5.504, de 05 de agosto de 2005 (que estendeu a obrigatoriedade do pregão aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades privadas com relação à compra de bens e serviços de uso comum, sendo que a não utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo chefe, diretor, ordenador de despesas ou autoridade competente) e, também graças ao excelente trabalho feito pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, disponibilizado no sítio www.comprasnet.gov.br, ao ampliar significativamente a participação de licitantes, surge para os gestores a necessidade de adaptação às regras descritas pelo SRP, já que, após a adjudicação e homologação, diferentemente do que ocorria no convite, no qual o fornecedor sabia com antecedência a quantidade de material que deveria fornecer, no SRP, cabe à administração pública definir, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, o momento e a quantidade de material que deseja adquirir.

Tais adaptações estão sendo implementadas de forma lenta e gradual nas diversas unidades administrativas da União, sendo que, em algumas, houve dificuldades no que tange a publicações na imprensa local e no Diário Oficial da União, com relação ao envio do processo licitatório para avaliação (parecer) jurídica obrigatória, entre outras adaptações e reajustes que, com o tempo, foram sendo superados pelas equipes dos Setores de Aquisições, Licitações e Contratos.

Uma vez superadas as fases que vão da abertura do processo licitatório até a emissão da nota de empenho (NE), que já são amplamente debatidas pela doutrina e jurisprudência, surge a necessidade de enviar a NE ao fornecedor e receber a mercadoria, nas especificações e lapsos temporais previstos no edital.

Atualmente, nessa etapa é que se encontram as maiores dificuldades, pois devido à maior amplitude do certame com relação aos licitantes e, por vezes, à distância entre o órgão público e as empresas vencedoras, geralmente ocorrem falhas por parte destas, quer no que tange à entrega no prazo previsto no edital ou especificações do material que nem sempre são atendidas a contento, fazendo-se, por vezes, necessária a aplicação de sanções administrativas aos licitantes com a respectiva abertura de processo administrativo com essa finalidade.

Esse procedimento sancionatório há muito tempo vem sendo realizado pelas unidades administrativas estatais e tem-se grande preocupação em saber se tais processos atendem aos direitos e às garantias individuais presentes na Constituição Federal (contraditório, ampla defesa e devido processo legal), na Lei de Licitações e Contratos e na Lei do Pregão.

É neste contexto que se insere o problema de pesquisa deste trabalho. Vencida a etapa de adaptação ao sistema de Pregão Eletrônico – SRP, os gestores públicos precisam lidar com o aumento acentuado da necessidade de sancionar os “maus” fornecedores, tendo em vista o descumprimento das obrigações assumidas. Assim surge a seguinte questão: existe a possibilidade de encontrar procedimento adequado (do ponto de vista legal e administrativo) para o gestor público na aplicação de sanções aos “maus fornecedores”?

O objetivo principal deste trabalho é analisar os dispositivos sancionatórios da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 e da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, haja vista que esta inovou no que tange a métodos sancionatórios a licitantes e fornecedores, a fim de encontrar uma forma legalmente mais segura de assessorar os gestores públicos municipais, que estejam iniciando o uso do pregão eletrônico, em possíveis sanções a fornecedores.

Na consecução do primeiro objetivo a norma principal é a Lei do Pregão. Esta lei define no impedimento de licitar e contratar com a União uma nova forma de sancionar, deixando de definir (a exemplo do que ocorre com a Lei 8.666/93), entre outras coisas, qual a autoridade responsável pela aplicação da sanção e faz tábua rasa às diferenciações, a muito existentes na doutrina, no que tange aos conceitos de Administração e Administração pública do artigo 6º da Lei de Licitações. Têm-se, assim, como possíveis incongruências entre a Lei de Licitações e a Lei do Pregão:

(a) a possível antinomia entre as normas supracitadas; (b) qual é a autoridade competente para aplicar as sanções; e, ainda, (c) a possibilidade de aplicar as duas normas cumulativamente.

Para alcançarem-se os objetivos específicos propostos, será utilizado o método dialético, a fim de fixar premissas conceituais básicas, e a seguir, na fase procedimental, o método comparativo, para tornar possível a análise qualitativa das múltiplas facetas da legislação sancionatória aplicável à licitação na modalidade pregão. E levará em conta a legislação referente ao assunto, bem como a doutrina e jurisprudências referentes ao processo administrativo sancionatório, realizando uma análise aprofundada do tema, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-lo.

Partir-se-á, portanto, de uma Evolução histórica da licitação e do pregão eletrônico no Brasil passando-se pela Evolução histórica do processo administrativo e sua principiologia aplicável aos processos sancionatórios. A seguir pretende-se adentrar nos procedimentos sancionatórios realizados sob o manto da Lei 8.666/93 fazendo uma comparação com o que ocorre na Lei 10.520/02, analisando cada um dos objetivos específicos propostos separadamente para que, ao final, possa-se a luz da legislação vigente, doutrina e jurisprudência estabelecer recomendações aos gestores públicos sobre os procedimentos a serem adotados.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Evolução histórica da licitação e do pregão eletrônico no Brasil

O Pregão não é novidade do ponto de vista histórico-cultural, sendo que já era concebido, ao final do século XVI, pelas Ordenações Filipinas. Sua raiz vocabular decorre do latim “*praeconium*, de *praeconare* (apregoar, proclamar), significando a notícia ou a proclamação feita publicamente por oficial da justiça ou pelo porteiro forense, resguardando-se ainda “a proclamação, nas hastas públicas, em altas vozes, dos lanços oferecidos para aquisição ou para arrematação das coisas postas em licitação, ou venda por almoeda, isto é, a quem mais der”³.

Já em 1592, observava-se a preocupação de "em fazendo obra, primeiro andar em pregão, para se dar à empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço”⁴.

Analisando a seqüência das inserções legislativas federais pátrias no que tange aos procedimentos licitatórios, tem-se uma significativa quantidade de leis e decretos sobre o assunto, das quais serão citadas:

- 1828 - Lei de 29 de agosto - primeira lei brasileira sobre obras públicas;
- 1909 - Lei n. 2.221, de 30 de setembro - adotando algumas inovações sobre contratos;
- 1922 - Decreto-Legislativo n. 4.536, de 20 de janeiro, que organizou o Código de Contabilidade Pública da União e, posteriormente, o Decreto n. 15.783, de 28 de novembro (Regulamento de Contabilidade ou Código de Contabilidade Pública), cujo texto teve longa aplicação, pelo menos até 1967;
- 1932 - Decreto n. 21.981, de 19 de outubro, regulando a realização de leilões (alterado pelo Decreto-Lei n. 9.588, de 16 de agosto de 1946);
- 1946 - Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro, disciplinando a alienação de bens imóveis da União;
- 1957 - Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro - regulamentando a concorrência dos serviços de energia elétrica;
- 1964 - Lei n. 4.320, de 18 de março, instituindo Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- 1964 - Lei n. 4.401, de 10 de setembro - estabelecendo normas para a licitação de serviços e obras e a aquisição de materiais no Serviço Público da União;
- 1965 - Emenda Constitucional n. 15, à Constituição de 1946, introduzindo substanciais inovações no campo da licitação;
- 1965 - Lei n. 4.717, de 29 de junho - regulamentando a Ação Popular;
- 1967 - Decreto-Lei n. 185, de 23 de fevereiro - estabelecendo normas para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras e serviços a cargo do Governo Federal;
- 1967 - Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro - regulando, em seus artigos 125 a 144, a licitação no País. Foi o grande e inovador instrumento normativo do assunto, desde o advento do Regulamento do Código de Contabilidade Pública e que perdurou até a atual ordem vigente;

1968 - Lei n. 5.456, de 20 de junho - dispendo sobre a aplicação das normas do DL 200 aos Estados e Municípios;

1971 - Lei n. 5.721, de 26 de outubro - ainda sobre a aplicação das normas do DL 200 aos Estados, Distrito Federal e Municípios e suas autarquias;

1973 - Decreto n. 73.140, de 9 de novembro - regulamentando as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia;

1980 - Decreto n. 84.701, de 13 de maio - instituindo o Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (CRJF);

1981 - Decreto n. 86.025, de 22 de maio - instituindo o Certificado de Registro no Cadastro Específico (CRCE);

1986 - Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro, com as alterações dos Decretos-Leis nº.,16,164,16s. 2.348, de 24 de julho de 1987 e 2.360, de 16 de setembro de 1987 - institui o ESTATUTO JURÍDICO DA LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS;

1988 - Constituição da República Federativa do Brasil - artigos 22, XXVII; 37, XXI; 171, § 2º; 175 e 195, § 3º;

1990 - Lei nº. 8.078, de 11 de novembro - Código de Defesa do Consumidor;

1991 - Decreto n. 449, de 17 de fevereiro - instituindo o Catálogo Unificado de Materiais, os Sistemas Integrados de Registro de Preços e de Cadastro de Fornecedores, na Administração Direta, nas Autarquias e nas Fundações Públicas.

1993 - Lei nº. 8.666, de 21 de junho (D.O.U. de 22.6.93) regulamentando o art. 37,XXI, da Constituição Federal e instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dando outras providências.

1994 - Lei nº. 8.883, de 08 de junho (DOU de 09.6.94), consolidando a Lei nº. 8.666/93, que vinha sendo objeto de sucessivas alterações ocorridas através de Medidas Provisórias e, por sua vez, novamente modificada por outras tantas.

1997 - Medida Provisória nº. 1.531, originariamente datada de 02 de dezembro de 1966 e reiteradamente renovada, que absorveu a MP nº. 1.452, de 10.5.1996 (acrescentando os incisos XXI e XX ao art. 24 da Lei nº. 8.666/93), afinal confirmadas pela Lei nº. 9.648/98.

1998 - Lei nº. 9.648, de 27 de maio, alterando e consolidando o texto da Lei nº. 8.666/93, inclusive determinando a sua republicação atualizada (art. 22).

1999 - Lei nº. 9.854, de 27 de outubro de 1999, altera a Lei nº. 8.666/93, para proibir trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz, nos termos do art. 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

2000/2001 - Medida Provisória nº. 2.026, de 04 de maio de 2000, sucessivamente reeditada, posteriormente renumerada para MP nº. 2.108, de 27 de dezembro de 2000, com várias reedições, posteriormente alterada pela MP nº. 2.182, de 16 de junho de 2001, com reedições, regulamentada pelo Decreto nº. 3.555, de 8/8/2000, alterado por outros decretos, instituindo, no âmbito da União, a modalidade de licitação denominada "pregão", para a aquisição de bens e serviços comuns. ⁵

Na administração moderna, o pregão foi utilizado inicialmente pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, em 1998, já que as Agências possuíam autonomia para efetuar suas regulamentações para o processamento de licitações, desde que não ferissem princípios constitucionais. A utilização desta modalidade teve resultados significativos no que tange à redução de preços pagos, ao número ínfimo de recursos e à diminuição do tempo médio para a realização das aquisições, demonstrando sua eficiência e eficácia.

Motivado pelos resultados positivos obtidos pela ANATEL com os procedimentos de pregão, o Governo Federal resolveu adotar essa prática por meio da Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2000.

Na época, esse fato foi criticado por legisladores, juristas, doutrinadores, especialistas em licitação e operadores do Direito, primeiramente por não restar caracterizada a situação de "urgência e relevância" que justificasse uma Medida Provisória, e, também, porque a sua aplicabilidade ficou adstrita somente ao âmbito do Governo Federal.

Críticas à parte, a MP 2.026 foi reeditada por diversas vezes e somente em 17 de julho de 2002 foi convertida na Lei n.º. 10.520 (Lei do Pregão).

É importante salientar que, atualmente, estenderam-se os efeitos da aplicabilidade do pregão também para os estados e municípios, no que tange às aquisições de materiais e serviços feitos com recursos da União, embora alguns deles já estivessem utilizando o pregão antes mesmo da Lei n.º. 10.520/02, por força de legislações próprias, como, por exemplo, os estados de Minas Gerais e do Mato Grosso do Sul.

No âmbito do Governo Federal, o pregão foi regulamentado pelo Decreto n.º. 3.555, de 08 de agosto de 2000, que foi posteriormente alterado pelo Decreto n.º. 3.693, de 20 de dezembro de 2000, e pelo Decreto n.º. 3.784, de 06 de maio de 2001.

Para fazer frente à nova realidade no que tange à utilização da tecnologia da informação no pregão, o Governo Federal expediu o Decreto n.º. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, regulamentando todo o procedimento do pregão eletrônico, realizado via Internet, o qual foi revogado pelo Decreto n.º. 5.450, de 31 de maio de 2005.

Outro fato relevante a ser considerado é que, embora o pregão seja regulado pela Lei n.º. 10.520/02, de acordo com o art. 9º da referida Lei, também para esse fim aplicam-se, a princípio, subsidiariamente as normas da Lei n.º. 8.666/93, visto que essa nova legislação não abrangeu o procedimento licitatório como um todo.

2.2 Evolução histórica do processo administrativo brasileiro

O processo administrativo é centenário no direito positivo brasileiro. Remonta ao império. Autores da época falavam em jurisdição administrativa, já distinguindo a jurisdição administrativa contenciosa e graciosa, excluindo a aplicação do princípio do contraditório ao processo chamado gracioso, em que a Administração se defronta com meros interesses dos administrados, utilizando-se da discricionariedade para decidir a questão.

Do Império até os dias atuais, passando pelas repúblicas de 1889 até a Constituição de 1988, o processo administrativo sofreu várias influências. Quanto mais democrática a época, o processo administrativo deixava de ter um caráter punitivo, para ser um instrumento protetivo dos administrados, reduzindo o arbítrio da autoridade, limitando seu poder.

O trabalho realizado pelos idealizadores foi árduo e penoso até chegar ao atual conceito de devido processo legal previsto na Carta Magna. Percebe-se que, apesar de já existir um esboço de processo administrativo, este deixava muito a desejar com relação ao instituto hoje constitucionalizado.

Apesar de ser centenário, o processo administrativo só veio a ser incluído na Constituição Federal em 1934, constando no seu art. 169:

Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa.⁶

Na década de 30, portanto, a estréia foi dupla, pois ocorreu a constitucionalização do processo administrativo e do direito à ampla defesa. De lá para cá, a locução processo administrativo esteve sempre presente nas Constituições Federais, chegando aos tempos atuais como sendo um instrumento que deve laborar como garantia, a fim de reduzir o arbítrio da autoridade pública.

É oportuno lembrar que o Brasil passou por um primeiro período totalmente inquisitivo, no qual o administrado praticamente não tinha possibilidades de defesa e, a seguir, alternou fases mais democráticas (nas quais o processo administrativo engatinhou) com fases totalmente fechadas aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nas quais não houve regressão, mas simplesmente amadurecimento do conceito de um processo administrativo que leve

em conta tanto as aspirações coletivas da Administração Pública quanto os direitos processuais do licitante, previstos na atual Constituição Federal e legislação Federal.

Apesar de ter-se a idéia de que o processo administrativo reduz o arbítrio, torna-se necessário entender que, no caso dos processos sancionatórios de fornecedores, devido à enorme lacuna consuetudinária e doutrinária referente ao assunto, não obstante haver processos bem estruturados e que atendem aos ditames constitucionais existe procedimentos que deixam a desejar em relação a esses princípios e, infelizmente, existem também autoridades que simplesmente deixam de sancionar por absoluto desconhecimento do processo.

Portanto, apesar de salutares, as conquistas históricas do Estado Democrático de Direito fizeram com que o gestor despreparado prefira evitar a sanção contra o mau fornecedor com o objetivo de evitar futuros 'incômodos' judiciais. Mas, ao mesmo tempo, vieram como tábua de salvação para o empresário sério que, por motivos injustificáveis, venha a ser punido, arbitrariamente, por um dirigente despreparado ou mal assessorado.

2.3. Conceito de Processo Administrativo

Neste ponto, começaram a surgir não as dificuldades, mas a necessidade de incluir exemplos aleatórios e a jurisprudência no presente trabalho, tendo em vista que a maioria dos doutrinadores do Direito Administrativo trata o processo apenas como processo administrativo disciplinar, praticamente ignorando que existam outras possíveis injustiças sendo cometidas pela Administração Pública nos demais procedimentos utilizados pelo ente estatal, a fim de tolher direitos e/ou aplicar sanções a administrados.

Tome-se, por primeiro exemplo, a citação de Di Pietro (2006, p. 599): “usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual e apuram infrações administrativas e se punem os infratores”⁷, ou então o ilustre administrativista José Cretella Junior que, após extensa citação da doutrina alienígena e nacional, assim conceitua processo administrativo:

Enfim, para nós, processo administrativo é o conjunto de iniciativas da Administração, que envolvem o servidor público, possibilitando-lhe a mais ampla defesa, antes da edição do ato final da autoridade maior; decisão que o absolve ou o condena, depois de analisar-lhe a conduta que teria

configurado, por ação ou omissão, ilícito administrativo, funcional, disciplinar ou penal.⁸

Dá-se, pois, grande importância, na doutrina, aos casos que envolvam litígios administrativos entre o poder público e seus agentes (*lato sensu*), deixando-se, inexplicavelmente, à margem das discussões os casos que envolvem seus administrados, que, em derradeira análise, são os usuários finais do aparato estatal.

Por esse motivo, encontrou-se maior amplitude conceitual nos dizeres de Marcelo Harger, que relata a dificuldade em obter-se um conceito universal para o processo administrativo devido à diversidade de instituições e de tarefas a serem desempenhadas pela administração pública. O autor o delinea assim:

...pode ser entendido como o conjunto de ato e fatos jurídicos, encadeados sequencialmente, que se destinam a produção de um ato administrativo principal que deve observar e ser fruto da observância do regime jurídico administrativo.⁹

2.4 Considerações sobre o Sistema de Registro de Preços

Estabelece o Art. 15, II, da Lei 8.666/93, que as compras, sempre que possível deverão ser processadas através do Sistema de Registro de Preços. O parágrafo 3º da mesma lei diz que o Sistema de Registro de Preços será regulamentado por decreto, atendidas às peculiaridades regionais e sob algumas condições, tais como a seleção, que deve ser realizada através da modalidade de licitação concorrência, estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade do registro não superior a um ano.

Já o parágrafo 4º estabelece que a existência de preços registrados não obriga a Administração Pública a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações.

O parágrafo 5º alude à informatização do registro para controle e o parágrafo 6º remete a qualquer cidadão a legitimidade para a impugnação do preço registrado, em razão de ser incompatível com o preço praticado no mercado.

Na prática, poucas alterações e diferenças existem de um processo normal de compra, seja de bens ou serviços, quanto ao aspecto formal. Acontece que numa compra, através de pregão, por exemplo, a aquisição é imediata e dentro dos limites

quantitativos previamente definidos no edital. Já num processo com Sistema de Registro de Preços, a Administração Pública realiza todo o certame e pode postergar a aquisição para um tempo futuro, dentro da vigência do prazo, que pode ser de até um ano.

No mesmo diapasão, mas ao contrário, enquanto a Administração Pública não se vê obrigada a contratar com o fornecedor, este, durante a vigência do prazo da ata, fica obrigado a fornecer-lhe os bens ou executar os serviços, cujos preços foram registrados, pelos valores arquivados, sempre que a Administração Pública os solicitar.

Pelo comando do parágrafo 3º desse mesmo artigo 15 da Lei 8.666/93 foi editado o Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998, que regulamentou o Sistema Registro de Preços, deixando ao alvitre de cada órgão ou entidade a sua sistematização, de acordo com o permissivo do Art. 117, dessa mesma Lei.

Mais tarde, o Decreto nº 3.931 de 19 de setembro de 2001, veio sanar todas as dúvidas referentes à implantação do Sistema de Registro de Preços. Já no seu Art. 1º, determina que as contratações de serviços e aquisições, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, passem a subordinar-se às normas que o Decreto estabelece.

No parágrafo único desse mesmo artigo, traçam-se conceitos e definições nos seus incisos, sobre o Sistema de Registro de Preços.

I - Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para aquisições futuras;

II – Ata de Registro de Preços – documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

III – Órgão Gerenciador - órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele equivalente, e

IV – Órgão Participante – órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a Ata de Registro de Preços.¹⁰

O Art. 2º do mesmo Decreto, em seus incisos, explicita as hipóteses de emprego do Sistema de Registro de Preços:

- I – Quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes;
- II – Quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atividades;
- III – Quando for conveniente a aquisição de bens ou contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e
- IV – Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Já o seu parágrafo único autoriza o uso do Sistema de Registro de Preços para contratações de bens e serviços de informática, obedecida à legislação vigente, desde que devidamente justificada e caracterizada a vantagem econômica.

O Art. 3º condiciona a licitação para o Sistema de Registro de Preços, que deve ser na modalidade Concorrência ou Pregão, do tipo menor preço, nos termos da Lei 8.666/93 e 10.520/02, e será precedida de ampla pesquisa de mercado. Na prática, o que se tem visto é uma maciça realização da modalidade Pregão em detrimento da Concorrência, tendo em vista vários fatores, tais como celeridade maior, informatização e, principalmente, a inversão da fase de habilitação para após o encerramento do processo competitivo e apenas para o concorrente vencedor do pleito, o que torna o certame muito mais rápido e desburocratizado.

O parágrafo 1º desse artigo excepciona, na modalidade de Concorrência, a possibilidade de ser o tipo de licitação de melhor preço e técnica, desde que com despacho fundamentado e a critério do órgão gerenciador.

O parágrafo 2º trata de todas as obrigações do órgão gerenciador quanto à administração do Sistema de Registro de Preços, nos incisos I a IX. Os parágrafos 3º e 4º tratam das obrigações dos órgãos participantes.

O Art. 4º condiciona a validade da Ata de registro de Preço à vigência não superior a um ano, computadas neste, suas eventuais prorrogações. Os contratos terão sua vigência de acordo com o instrumento convocatório, podendo, entretanto, a ata, ter sua vigência postergada de acordo com o Art. 57, parágrafo 4º, da Lei 8.666/93, desde que a proposta seja vantajosa para a administração.

O Art. 8º autoriza o uso da Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem. Os parágrafos 1º, 2º e 3º disciplinam a

possibilidade destes órgãos, mesmo em nada tendo participado do certame, a virem utilizar sua ata para aquisições dos produtos e serviços.

Nesses casos o fornecedor não está obrigado a fornecer os produtos e serviços que os órgãos não participantes do certame têm interesse em adquirir, ao contrário do que acontece com os órgãos participantes do Sistema de Registro de Preços, aos quais há a obrigatoriedade de atender nos limites quantitativos registrados, restando, pois, liberados para aceitar ou não os pedidos, desde que, se aceitarem, não comprometam o fornecimento aos órgãos integrantes do Sistema de Registro de Preços. Havendo a aceitação por parte do fornecedor, qualquer órgão ou entidade está autorizado a adquirir até cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços como se ele próprio tivera realizado o certame. É uma compra através de licitação sem licitação, mas não é dispensa nem inexigibilidade.

Vale lembrar que no âmbito do Exército Brasileiro, as Inspetorias de Contabilidade e Finanças tem orientado as Unidades Militares a realizarem compras como órgãos não-participantes, somente após a realização de pesquisas de preço, a fim de confirmar que o preço registrado é menor que o efetivamente praticado no comércio local.

Importante salientar que o Decreto 4.342 de 23 de agosto de 2002 introduziu alterações no Decreto 3.931/01, com o intuito de corrigir e dinamizar o procedimento do Sistema de Registro de Preços, contudo este se manteve como a legislação que trata do assunto.

2.5. Princípios informadores do processo administrativo

2.5.1. Método de abordagem

Os princípios são normas, e, como tal, dotadas de positividade, e, por isso, determinam condutas obrigatórias e impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis. Servem, também, para orientar a correta interpretação das normas isoladas, indicar, dentre as interpretações possíveis diante do caso concreto, qual deve ser o procedimento do aplicador da norma em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Cabe ressaltar que sobre o processo administrativo incidem diversos princípios expressamente previstos em diferentes partes do texto constitucional, como é o caso dos princípios contidos no art. 5º e, mais diretamente, dos princípios contidos no art. 37, especificamente direcionados para a Administração Pública em todas as suas formas e ações, além de princípios já consagrados na legislação infraconstitucional.

Além dos princípios expressos, existem também, no contexto constitucional, princípios implícitos ou decorrentes daqueles, sem deixar de aludir aos princípios consagrados pela teoria geral do Direito, como é o caso do princípio da segurança jurídica.

De início, julgou-se de pouca utilidade organizar sistematicamente os princípios do processo administrativo, optando por fazer uma simples enumeração, não exaustiva e sem ordem hierárquica, do que pareceu corresponder aos princípios de maior aplicabilidade ou utilidade prática. Porém, depois de acurada pesquisa, concluiu-se que o mais adequado seria adotar a fórmula aplicada por Marcelo Harger¹¹, quando cita que o Processo Administrativo é informado por três ordens diversas de princípios: princípios jurídicos do regime administrativo, princípios processuais pertinentes ao núcleo comum de processualidade e princípios processuais pertinentes ao núcleo diferenciado de processualidade.

É certo que todos os princípios são igualmente aplicáveis ao processo administrativo, sendo que a relevância de um ou de outro vai depender das circunstâncias do caso concreto. Sempre levando em conta a impossibilidade de visualizar, no presente trabalho, todos os princípios informadores do Processo Administrativo, buscar-se-á sistematizar aqueles mais diretamente aplicáveis ao Processo Sancionatório de Fornecedores.

2.5.2 Princípios propriamente ditos

2.5.2.1 *Princípios jurídicos do regime administrativo*

Trata-se daqueles princípios que informam o Direito Administrativo e são, também, aplicáveis ao Processo Administrativo. Para compreendê-los, faz-se

necessário caminhar pelo entendimento dos princípios constitucionais administrativos e da legislação infraconstitucional pertinente ao tema.

2.5.2.1.1. O princípio do Estado de direito

Nobre conquista da democracia brasileira, este princípio coloca o Estado em pé de igualdade com o administrado, fazendo com que seus atos e vontades possam ser plenamente fiscalizados e contraditos. Já que, no Estado de direito, o ente público tem obrigação de atuar em prol da coletividade, o processo administrativo vem como *modus operandi*, a fim de corrigir possíveis mazelas na sua regular atuação.

Ou como bem retrata Bacellar Filho:

O Estado de Direito é o princípio fundamental de que derivam vários princípios incidentes no processo administrativo. Aliás, é um conceito que permeia todo o Direito Público, porque sua idéia original é a de um Estado que cria o Direito e submete-se ao mesmo tempo em função da garantia dos indivíduos contra o arbítrio. Contrapõe-se diretamente ao absolutismo onde o príncipe era *legibus solutus* e não se vinculava às leis vigentes, podendo, a qualquer tempo, modificá-las ou revogá-las.¹²

É a submissão aos valores Constitucionais que dá origem a um Estado de Direito, e não a submissão à lei *latu sensu*. Ou seja, o que está em jogo é o respeito às garantias e aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

2.5.2.1.2. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

Não encontra amparo expresso no ordenamento jurídico nacional, mas existe como forma de assegurar a própria sobrevivência da sociedade e está implicitamente inscrito na Constituição, como, por exemplo, em seu artigo 170, incisos II IV e V.

Ainda assim, estabelece que o interesse público tem prioridade sobre o interesse privado. Entretanto, ao contrário do que seu nome identifica, é necessário uma análise criteriosa do caso concreto, de modo a definir qual valor deve preponderar. Não nega a preponderância do interesse público sobre o particular, mas assegura que o primeiro somente prepondera se houver absoluta impossibilidade de preservar o mérito particular.

O interesse público tem, portanto, somente prioridade em relação ao particular, não sendo aquele supremo frente a este. É necessário que haja ponderação de interesses. Em outras palavras os contornos do interesse público devem estar claramente indicados em Lei, a fim de que, amparado no princípio da legalidade, possa ele preponderar sobre o particular.

2.5.2.1.3. O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público impede que a autoridade administrativa deixe de tomar ou retarde providências que sejam relevantes ao atendimento do interesse popular.

Tal indisponibilidade reflete-se no Processo Administrativo, pois surgidos os pressupostos ensejadores da atividade administrativa, o poder público tem o dever de tomar a iniciativa e instaurar o Processo, principalmente quando há vinculação a um fim previamente estabelecido em Lei ou na Constituição.

2.5.2.1.4. O Princípio da Legalidade

O Estado, pelo princípio da legalidade, torna-se ao mesmo tempo criador das leis e sujeito a elas. Reflete-o a opção pública do constituinte no sentido de submeter à Lei inclusive os detentores do poder.

No decorrer do regular Processo Administrativo, a Lei será fator condicionante das atuações do gestor, balizando seus atos e os mecanismos processuais utilizados para chegar a decisão final.

2.5.2.1.5. O Princípio da Finalidade

O agente público deve observar a finalidade prevista em lei para a função ou cargo que exerce, pois, assim, terá condições de atuar com propriedade. Não observar esse aspecto poderá levá-lo a não cumprir ou ultrapassar os limites de sua esfera de competência, em consequência disso ocorrerá um desrespeito ao caráter funcional da atividade administrativa.

Importante ressaltar que, enquanto no ato jurídico privado os objetivos a serem atingidos são, via de regra, irrelevantes e podem ser escolhidos a critério do agente, no Direito público, o fim a ser atingido é aquele previsto em Lei.

Este fato, porém, não gera confusão entre o princípio da finalidade e o da legalidade, pois ele significa que o processo administrativo somente pode ser instaurado para atingir o fim presumido na norma. Buscar finalidade diversa da prevista em lei vicia o processo *ab initio*.

2.5.2.1.6. O Princípio da Razoabilidade

A conduta e a decisão esperadas do gestor são aquelas que seguem os valores e a conduta do *homo médio*. Espera-se que ele atue a partir de critérios aceitáveis, prudentes, sensatos e de acordo com a finalidade que a lei atribui ao ato almejado.

2.5.2.1.7. O Princípio da Proporcionalidade

Tem por escopo moldar a amplitude ou intensidade da atuação administrativa em relação aos fins que objetiva atingir, ou seja, tenta adequar o conteúdo do ato administrativo ao fim que visa atingir.

Vem expresso no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/99, e prevê adequação dos meios aos fins, vedando a imposição de restrições ou sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

2.5.2.1.8. O Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação integra a formalização do ato administrativo, é a exposição de motivos, a fundamentação de direito e de fato na qual o gestor se apoiou para tomar sua decisão, nela, ele demonstra o nexo de causalidade entre a lei, o fato ocorrido e o conteúdo do ato administrativo.

Deve ser prévia e contemporânea à prática do ato. De modo geral, o ato que não apresentar motivação ao menos concomitantemente a sua prática é viciado,

pois motivação ulterior poderia ser fabricada pela administração, a fim de justificar ato ilegal.

É necessário que o administrado conheça as razões da decisão do agente, a fundamentação deve ser clara para que se possa extrair dela o processo lógico que levou à decisão.

2.5.2.1.9. O Princípio da Impessoalidade

Embora estreitamente vinculado aos princípios da moralidade e da finalidade, poder-se-ia erigir o princípio da impessoalidade como um dos princípios que se aplicam ao processo administrativo, de maneira a evitar a atuação parcial dos gestores públicos.

Assim, é vedada a atuação do gestor público que busque sua promoção pessoal ou de terceiro e não o interesse público. Sua ação deve refletir o máximo de objetividade no trato com a coisa pública (inciso III, do Art. 2º, da Lei n. 9.784/99).

2.5.2.1.10. O Princípio da Publicidade

Os atos estatais devem ser exibidos ao povo, pois é necessário conhecê-los, haja vista que os interesses públicos que estão em jogo em qualquer ato administrativo são absolutamente indisponíveis e, caso ficassem cobertos pelo manto do silêncio, da obscuridade e do sigilo, dar-se-ia lugar a motivações de foro íntimo, a convicções pessoais que se afastariam do bem comum que, em suma, é o objetivo primordial do Estado de Direito.

Tal princípio é uma das razões de ser do Processo Administrativo, pois é através dele que o administrado tomará conhecimento de todos os atos que ensejarão a deliberação final do gestor, bem como o teor dessa decisão, e é por meio dele que se faz possível o controle dos atos pelo poder público.

Caso algum ato processual administrativo, excetuando-se os de mero expediente, deixe de ser publicizado ao administrado, pode gerar elementos que levem a sua nulidade pela falta de comunicação de ato processual ao interessado.

2.5.2.1.11. O Princípio da Moralidade

Segundo este princípio, a Administração e seus agentes deverão portar-se de acordo com princípios éticos, com boa-fé e lealdade processual, sob pena de estar praticando atos de improbidade administrativa.

A Lei 9.784/99, no inciso IV do artigo 2º, dá uma noção básica de tal princípio, exigindo do gestor uma atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Traduz-se pelo dever que tem o ente processante de atuar com lealdade para com o administrado durante todo o curso processual.

O respeito à legalidade não basta para garantir a validade do ato administrativo. É indispensável que o ato respeite, ainda, preceitos de ordem moral e ética, sendo este um dever que encontra respaldo, também, no artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

2.5.2.1.12. O Princípio da Eficiência

Elevado ao patamar de princípio constitucional por meio da emenda nº. 19, o princípio da eficiência no Processo Administrativo pode ser entendido como a busca da melhor solução para o caso concreto, alcançado com o menor desgaste da máquina administrativa sem retirar do administrado todas as garantias constitucionais e legais que possui.

De um lado tem-se a necessidade de atingir presteza e agilidade no trato com a *res publica* a fim de alcançar o bem comum, e, de outro, a necessidade de preservar certo grau de formalismo visando assegurar ao administrado todas as garantias adquiridas em séculos de história.

2.5.2.1.13. O Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos

Ressalvados os casos em que são cabíveis decisões discricionárias, nas quais existe a possibilidade de alternatividade de decisões do gestor, todos os atos administrativos que impliquem restrições de direitos aos seus administrados estão sujeitos ao controle jurisdicional por força dos incisos LIV e LV do Artigo 5º da Constituição Federal, mesmo no decorrer do Processo Administrativo, antes da decisão final.

Exemplo disso é a decisão processual que indefere, imotivadamente, a produção de provas por parte do administrado.

2.5.2.1.14. O Princípio da Responsabilidade do Estado por Atos Administrativos

Neste tópico, tem-se um dos motivos ensejadores do presente trabalho, ou seja, evitar que o ato decisório de processo sancionatório de fornecedores acabe esbarrando nas portas do Poder Judiciário, haja vista que o § 6º do artigo 37 da Carta Magna consagra a responsabilidade objetiva do Estado por atos administrativos que venham a ferir normas ou princípios legais e Constitucionais.

Assim sendo, caso o ente estatal consiga evitar que o recurso do administrado desemboque no judiciário, por meio de um estudo acurado da maioria dos procedimentos que possam trazer prejuízos, sanções ou restrições de direitos aos cidadãos, certamente será alcançado um desafogamento gradual e ininterrupto das vias judiciais, pois é notório que o maior cliente passivo desta via é o Estado.

2.5.2.2. Princípios Derivados do Núcleo Comum de Processualidade

Nesse âmbito, tem-se a pretensão de aglomerar princípios que integrem tanto o processo judicial quanto o processo administrativo. Por óbvio, como na maioria das áreas do Direito, existem divergências doutrinárias sobre quais pontos seriam apostos tais princípios.

São princípios aplicáveis tanto ao Direito Administrativo quanto a outras áreas do Direito, porém não cabe ao presente trabalho tentar classificá-los de forma que não existam controvérsias na doutrina, mas apenas aproveitar-se deles para chegar a um bom termo no que tange ao Processo Administrativo que vise à sanção de fornecedores nos procedimentos licitatórios.

2.5.2.2.1. O Princípio do Devido Processo Legal

Apesar de ter-se notícia de que o Princípio do Devido Processo Legal positivou-se na Carta Magna Inglesa (1215), passando pela Declaração Universal

dos Direitos do Homem (1789), em sua fase inicial tal garantia restringia-se ao processo penal, com a finalidade de assegurar alguma possibilidade de defesa ao acusado.

Com o passar do tempo, começou a ser aplicado com certa efetividade também ao processo civil e, apenas recentemente, ganhou força no processo administrativo, graças a sua inserção nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;¹³

O primeiro dispositivo remete à idéia genérica de que a todos é possível valer-se do processo legalmente constituído, com o objetivo de tentar evitar a perda de bens ou da liberdade, valendo-se de todos os modos de defesa disponíveis.

O conteúdo do primeiro inciso foi, contudo, ampliado pelo segundo que estendeu a garantia a todos os acusados, inclusive aos litigantes em processo administrativo. Cabe, agora, estabelecer a amplitude desse princípio, pois, como já foi citado, no âmbito administrativo e, principalmente, no processo sancionatório de fornecedores, seu alcance é um tanto vago.

2.5.2.2.2. O Princípio da Ampla Defesa

Com o fim do absolutismo, que percorreu boa parte da história recente do mundo ocidental, a gradual redução do poder do soberano incluiu, entre suas conquistas, a possibilidade de o administrado ter voz ativa em processos dos quais, porventura, ele faça parte.

Disso decorre a gradual delimitação de poder do gestor, pois, singelamente falando, o direito de defesa é a possibilidade de oposição, por parte do administrado, às aspirações opostas pela administração.

O Princípio da Ampla Defesa será de fundamental importância na seqüência desta monografia, pois, caso não seja observado, o gestor cairá em falta grave e

vício insanável, falhas que macularão o processo sancionatório e acarretarão mais uma ação judicial contra o poder público.

2.5.2.2.3. O Princípio do Contraditório

Antes mesmo da edição da atual Constituição Federal, já brotavam na doutrina, teses que erigiam o Princípio do Contraditório e o da Ampla Defesa como indispensáveis, não só ao processo penal, mas, também, aos processos cíveis e administrativos, pois se houver um o outro estará presente, sendo praticamente impossível separá-los um do outro.

Não por acaso, no inciso LV do artigo 5º da Carta Constitucional ambos se encontram juntos, insolúveis, inseparáveis, uma vez que, pela ampla defesa, faz-se necessário proporcionar todas as probabilidades possíveis de justificação ao acusado. Levando-se em conta o contraditório, também se percebe a necessidade de dar ao processado pronta possibilidade de reação, bem como toda a informação necessária para tornar possível seu contra-ataque.

O princípio do contraditório, portanto, informa-se por dois elementos inseparáveis, o direito à informação e o direito à reação. Contudo, para rematar tal princípio, é imperativo que nele se inclua a idéia de paridade de armas, ou seja, a isonomia anda junto com as possibilidades de reagir e de conhecer o fato do qual se esta sendo acusado.

Voltando a tópico axiológico anterior, para que a decisão do gestor seja correta, entende-se que é necessário que esteja embasada, também, nas contra-razões apresentadas pelo administrado, sob pena de pecar no aspecto da motivação. Quer dizer, ou a decisão rebateu todas as alegações do processado ou está fadada a ser mais uma decisão propensa a ser atacada na via judicial.

2.5.2.2.4. O Princípio do Juiz Natural

Impossível imaginar que haveria Estado Democrático de Direito sem existir tal princípio, pois caso fosse admissível definir-se (como já ocorreu em outras fases da história da humanidade) primeiro o julgador para, depois, o fato a ser julgado, seria possível ter-se: primeiro, órgão julgador sem Lei que o institua; segundo, o fato a ser

julgado poderia ser definido em Lei após sua ocorrência; e não seria necessário haver o duplo grau de jurisdição, conteúdo implícito no texto constitucional, abrindo margem para que o julgador do processo administrativo fosse outro diferente do gestor competente para o fato.

Neste ponto, é cogente deixar claro que o gestor que deu início e homologou o Registro de Preços posteriormente é, também, o responsável por sancionar o administrado que deixar de realizar o serviço ou fornecer o material previsto na ata, por força do artigo 3º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

Em um primeiro momento tem-se o Ordenador de Despesas que deu início ao procedimento licitatório como o Juiz Natural responsável para fazer valer os desígnios previstos pela Ata Registro de Preços que ele mesmo homologou.

Em um segundo momento, já tendo sido aplicada a sanção, existem as possibilidades de recurso, representação ou pedido de reconsideração por parte das autoridades previstas no inciso IV do artigo 109, todos da Lei 8.666/93.

De todas elas, a única opção imaginável, a fim de que a mesma autoridade que sancionou reveja sua decisão, é a reconsideração. Segundo a Lei de Licitações, ela só é possível às autoridades previstas no inciso IV do artigo 87 da respectiva Lei. Nos demais casos, seria necessário o envio de um possível recurso para a autoridade imediatamente superior, sendo esta, para a administração, considerada como a segunda instância.

As únicas possibilidades de se aceitarem a reconsideração são as aplicações subsidiárias do § 1º e caput do artigo 56 da Lei 9.784/99:¹⁴

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.
§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

E a prevista no artigo 109, inciso III da Lei de Licitações.

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

II - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

O gestor, fora dos casos previstos na Lei 8.666/93, ao reconsiderar, corre o risco de ter sobre sua cabeça um processo judicial demandado por outro fornecedor que se sentiu lesado: primeiro, por ter sido derrotado em certame licitatório e, depois, por ver seu concorrente vencedor “perdoado” em seus erros, por aplicação subsidiária de Lei que é geral e não específica para os casos de licitação pública.

2.5.2.3. Princípios Pertinentes ao o Núcleo Diferenciado de Processualidade

Aqui se tratará de princípios jurídicos que se encaixam mais propriamente no Direito Processual Administrativo, não deixando, apesar disso, de serem utilizados, vez por outra, nas relações processuais das demais áreas do Direito Processual.

2.5.2.3.1. O Princípio Inquisitório

A característica mais marcante deste princípio está no fato de existir um marcante grau de liberdade do juiz, tanto para instaurar e desenvolver a relação processual quanto para usar de todas as formas que estão ao seu alcance na busca da verdade real, independentemente da iniciativa das partes. Contrapõe-se ao princípio dispositivo, no qual tanto a instauração quanto o desenvolvimento processual e a produção de provas encontra-se à mercê das partes.

Daqui se extraí que o princípio inquisitório possui duas características marcantes: a) a possibilidade de instauração e desenvolvimento processual de ofício; b) a gestão da prova por esse mesmo órgão, com o objetivo de alcançar a verdade material. Essas duas premissas darão ensejo ao surgimento dos princípios da oficialidade e da verdade real.

2.5.2.3.2. O Princípio da Oficialidade

Decorre diretamente do princípio da Legalidade, pois o gestor, ao tomar conhecimento de fatos que digam respeito a sua competência, tem o dever de agir, não podendo restar inerte. Neste íterim, aplicará a Lei de ofício.

Mesmo nos casos instaurados por particulares tal princípio existirá, pois surgirá no curso do processo, durante a fase de produção de provas, que poderá ser dirigida, de ofício, pelo órgão julgador, bem como no andamento da marcha processual.

2.5.2.3.3. O Princípio da Verdade Material

O Princípio da Verdade Material contrapõe-se ao da verdade formal, da mesma forma que o princípio inquisitivo contrapõe-se ao acusatório, pois, ao contrário dos casos julgados sob o domínio da verdade formal, nos quais somente provas produzidas e alegadas pelas partes devem ser apreciadas pelo juiz, nos processos onde vigora o Princípio da Verdade Material o julgador não se limita aos fatos e provas alegados pelas partes.

Pelo contrário, decorrente da característica do Processo Administrativo, que trata sempre de interesse público, portanto indisponível, implica sempre que o gestor tenha o dever de verificar os pressupostos de fato ensejadores de sua competência.

2.5.2.3.4. O Princípio da Gratuidade

Apesar de parecer singelo, aos olhos contemporâneos tal princípio não vigorava com plenitude no início da história republicana do Brasil, pois, como já foi analisado em tópico anterior, houve épocas em que, para ingressar com recurso administrativo, o administrado era obrigado a efetuar pagamento de taxas, depósitos ou outros ônus financeiros que, por vezes, restringia ou impossibilitava sua probabilidade de defesa.

Na atual Carta Constitucional, este princípio decorre diretamente do inciso LV do artigo 5º, em que se assentam os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, sendo que para parte da escassa doutrina ele seria aplicável apenas nos processos que ensejem aplicação de penalidades ou restrições de direitos aos administrados.

2.5.2.3.5. O Princípio do Informalismo

Está fundado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, pois consagrada a cidadania como fundamento do Estado de Direito, descabido fazer-se restrições desarrazoadas à plenitude de seu exercício. E mais, com apoio no Princípio da Legalidade, pode-se dizer que somente aquela forma embasada em Lei é que pode ser cobrada do administrado, sob pena de invalidar-se o ato.

É importante ter-se em mente que o Princípio do Informalismo somente é válido para o administrado, pois este se encontra em estado de sujeição em relação ao poder do gestor, portanto, é mais do que justo que se tratem desigualmente os desiguais, tentando, no caso do Processo Administrativo, encontrar um ponto médio em que haja certa paridade de armas.

Não se defende aqui, dar completa irrelevância à forma, mas, sim, evitar aberrações como, por exemplo, a de negar seguimento a um recurso por causa de nomenclatura erroneamente utilizada pelo administrado.

2.6. Possível antinomia entre as sanções previstas na Lei 8.666/93 e 10.520/02

Antes de iniciar-se a análise dos dispositivos legais sancionatórios torna-se importante ter uma noção doutrinária a respeito da exegese do conceito doutrinário de antinomia jurídica, para tanto será necessário valer-se do conceito de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

"(...) a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado."¹⁵

Ou seja, O Direito, na sua acepção objetiva, é representado pelo conjunto de textos legais reunidos em um ordenamento jurídico e este deve representar, por exigência social, um todo organizado, em que cada norma ocupe o lugar que lhe corresponde e desempenhe a função que lhe compete. Nunca é demais frisar que sistema é um conceito que exige nexos, o conjunto de elementos dotado de método como instrumento de análise e que o sistema jurídico não é uma construção arbitrária.

E isso porque a complexidade dos problemas que atingem a sociedade exige a existência de normas harmônicas, coerentes entre si, que permitam aos operadores jurídicos uma solução pronta e certa. A desordem provoca tumulto

social e é exatamente isso que o ordenamento jurídico quer evitar. A ordem jurídica constitui a organização da sociedade pelo direito e se rege pelo princípio maior de efetivação da justiça. A coerência do ordenamento jurídico não constitui condição de validade, mas de efetividade.

Assim, para se verificar a consistência de um ordenamento jurídico, faz-se necessário que este apresente critérios de solução para eventuais antinomias. Pode-se dizer que a construção do sistema jurídico exige a solução dos conflitos de normas, pois todo sistema deve ter coerência interna, possibilitando, desta forma, uma solução por meio da lógica jurídica.

2.6.1. Das espécies de antinomias jurídicas

Não interessa aqui o estudo das antinomias tratadas genericamente no campo da lógica. Parte-se, portanto, para a análise das antinomias propriamente jurídicas.

Classicamente, é proposta a seguinte classificação:

2.6.1.1. *Antinomias Reais*

Pressupõe um conflito ou uma colisão entre normas jurídicas, que se excluem reciprocamente, por ser impossível remover a contradição com os critérios existentes no ordenamento jurídico, até mesmo porque esses são conflituosos. Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR explica que:

O reconhecimento desta lacuna não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, quer por meios ab-rogatórios (edita-se nova norma que opta por uma das normas antinômicas), quer por meio de interpretação equitativa, recurso ao costume, à doutrina, a princípios gerais do direito, entre outros. O fato, porém, de que estas antinomias ditas reais sejam solúveis desta forma não exclui a antinomia, mesmo porque qualquer das soluções, ao nível da decisão judiciária, pode suprimi-la no caso concreto, mas não suprime a sua possibilidade no todo do ordenamento, inclusive no caso de edição de nova norma, que pode por pressuposição, eliminar uma antinomia e, ao mesmo tempo dar origem a outras. O reconhecimento de que há antinomias reais indica, por fim, que o direito não tem o caráter de sistema lógico-matemático, pois sistema pressupõe consistência, o que a presença da antinomia real exclui.¹⁶

2.6.1.2 Antinomias Aparentes

Pressupõe a existência de critérios que permitam sua solução. Constatada a existência de antinomias aparentes, cumpre ao operador jurídico conhecer os critérios que podem ser utilizados na solução do impasse ocasionado entre as normas aparentemente incompatíveis, eis que não demonstram, verdadeiramente, inconsistência do ordenamento jurídico.

2.6.2. Regras para a solução de antinomias

Segundo Norberto Bobbio ¹⁷, existem três regras ou critérios fundamentais para a solução de antinomias que serão sucintamente analisadas a seguir.

2.6.2.1 Critério cronológico

Na existência de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Este critério é anunciado pelo brocardo jurídico: *Lex posterior derogat legi priori*. Essa regra se explica pelo fato de a eficácia da lei no tempo ser limitada ao prazo de sua vigência, que começa com a sua publicação e perdura até a sua revogação. Assim, a lei só começa a produzir seus efeitos após entrar em vigência e deixa de produzi-los depois de revogada. É facilmente constatada em nosso ordenamento jurídico quando se analisa o que prescreve o art. 2º, § 1º, LICC:¹⁸

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

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

Aqui se tem uma grande possibilidade de remeter a solução para a Lei 10.520/02, posto que se trata de lei bastante posterior à Lei do pregão, porém levando-se em conta que a segunda é lei geral e válida para qualquer licitação ou contrato público, também é certo que a primeira foi criada em um momento diferenciado, no qual a máquina pública precisou de mais agilidade em suas compras fazendo com que fosse criada a modalidade Pregão, com todas as facetas diferenciadas das demais licitações estatais.

2.6.2.2 Critério hierárquico

Também chamado de *Lex superior*, porque inspirado na expressão latina *lex superior derogat legi inferiori*. Por esse critério, na existência de normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior. O contrário, uma norma inferior revogar uma superior é algo praticamente inadmissível em nossa sistemática jurídica piramidal, que tem em seu ápice a Constituição Federal.

2.6.2.3 critério da especialidade

Segundo o artigo 2º, § 2º, LICC:

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

Entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. A lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente. Quando se aplica o critério da lei especial não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial a lei geral cai parcialmente.

Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral ou subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). Corresponde a uma exigência fundamental de justiça: tratamento igual às pessoas que pertencem à mesma categoria.

2.6.3. Possível solução

Ainda de acordo com Norberto Bobbio, Sendo três os critérios, os conflitos entre critérios podem ser três:

a) conflito entre o critério hierárquico e o cronológico: o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico;

b) conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: prevalece o critério da especialidade;

c) conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade (Ex.: norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial): não existe uma regra

geral consolidada. A solução dependerá do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A exigência de adaptar os princípios gerais da Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional derivada.

Assim sendo, torna-se lógico vislumbrar que não existirá solução aplicando-se o conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, posto que a Lei de Licitações acaba sobrepondo-se a Lei do Pregão, por tratar, ainda que genericamente, de todas as licitações e contratos firmadas pelos entes públicos estatais. Para confirmar tal hipótese basta verificar o que preceitua o artigo 9º da própria Lei do pregão:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Já quando se sopesa o possível conflito entre o critério de especialidade e o cronológico referente às normas jurídicas sancionatórias estudadas, verifica-se que (devido ao período histórico no qual foi editada a Lei do Pregão), a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e descredenciamento no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, chega-se em um momento no qual as compras públicas necessitam de uma maior agilidade, tanto com relação ao processo licitatório, quanto ao que para este trabalho é o mais importante que é o recebimento do bem ou serviço na data aprazada e dentro das condições editalícias.

Ou seja, a Lei 10.520/02 e seu regulamento além de serem mais recentes, definitivamente são, também, mais especiais que a Lei de Licitações, por tratarem de tema específico e importante para as licitações governamentais, qual seja, o Pregão.

De forma derradeira, no caso do conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, apesar de saber-se da inclinação do juiz em prol da lei especial, faz-se necessário lembrar que poderão ocorrer situações nas quais o intérprete poderá ser levado a pender para a norma geral. É o que pode ocorrer nos casos referentes aos pregões realizados para realização de obras de engenharia, tendo em vista que tais obras, por exigirem um projeto básico, deixam de ser serviços comuns previstos no artigo 1º da Lei 10.520/02, caso ocorra a licitação e a empresa venha a ser sancionada com base no artigo 7º da Lei do Pregão, caberá ao intérprete, levando em conta os Princípios do Contraditório, Ampla Defesa, Devido Processo Legal,

Supremacia do Interesse Público, Finalidade, Razoabilidade, Proporcionalidade e Eficiência, definir se, no caso concreto seria mais interessante para o Estado a anulação do certame ou simplesmente a aplicação da normas sancionatórias mais brandas previstas na Lei 8.666/93.

Logo, para a grande maioria dos casos nos quais a modalidade licitatória adotada seja o Pregão, o interprete ao perceber que se trata de uma antinomia relativa, se valerá do critério da especialidade para definir qual norma aplicar.

Outro fator inquietante é que o Decreto 5.450/05, em seu artigo 4º deixou bem claro que os órgãos do Poder Executivo só poderão realizar licitações para a compra de bens e serviços comuns por meio da modalidade pregão, e esta, preferencialmente em sua forma eletrônica, de forma que, a partir de 2005, teve-se um aumento significativo do número de pregões realizados pelas Unidades Gestoras em todo o país, inclusive junto aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

3. ANÁLISE DOS RESULTADOS

3.1 Dos processos administrativos sancionatórios de fornecedores e licitantes

3.1.1 Observações necessárias

Retomando o referencial teórico adotado na primeira parte, é necessário agora tratar o processo administrativo dentro das três fases que lhe são peculiares e, em cada etapa analisada, será preciso socorrer-se dos princípios citados no segundo capítulo, tentando trazer à baila, sempre que possível, opinião abalizada de mais alguns doutrinadores da área.

Levando em conta o previsto na Lei 9.784/99, que é Lei geral em matéria de processo administrativo no âmbito Federal, a iniciativa para a abertura do processo pode partir do administrado ou ocorrer de ofício, por ato da autoridade competente.

No caso de processo sancionatório de fornecedores, o gestor deve levar em conta o princípio da indisponibilidade do interesse público e moralidade abrindo o processo, sob pena de estar favorecendo o infrator e prejudicado a coletividade. Se não agir desta forma acabará por infringir, também, o princípio da impessoalidade.

Por força do princípio da oficialidade, o gestor, ao tomar conhecimento de fatos que digam respeito a sua competência, tem o dever de agir, não podendo restar inerte. Neste ínterim aplicará a Lei de ofício.

No que diz respeito à possibilidade do emprego de sindicâncias administrativas antes da abertura de dispendioso processo administrativo, pois a sindicância possui o condão de simplificar os atos do gestor, visto que é um procedimento simples, destituído, em parte, dos necessários princípios do contraditório e ampla defesa, guardando certo respeito pelo princípio do devido processo legal, já que, mesmo nela, o administrado, via de regra, deve ser ouvido.

Quer dizer, não se esta diante de processo, mas de mera cautela, de prudência por parte do gestor, segundo palavras de CRETELLA JUNIOR:

Uma observação, porém, se impõe. “Sindicância” não é “processo administrativo” e por isso, não é informado pelo princípio da ampla defesa. “Sindicância” é medida cautelar, é procedimento prudente da Administração para apurar irregularidades eventualmente existentes.¹⁹

Entretanto, apesar de recorrente para o presente trabalho, tanto para o Processo Administrativo, quanto para a sindicância faz-se necessária a edição de Portaria definindo o servidor ou os membros da comissão processante/sindicante. Portaria esta que (de acordo com a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) deve ser assinada pela mesma autoridade que terá o condão de decidir sobre a aplicação ou não da sanção. Mas no caso da Lei 8.666/93 não acontece exatamente assim devido a uma antiga divergência de opiniões que aos poucos vem sendo abrandada.

3.1.2 Diferença conceitual entre administração e administração pública

No caso específico da Lei 8.666/93 existe uma divergência doutrinária no que diz respeito à diferença conceitual entre administração e administração pública prevista em seu artigo 6º, tais assertivas terão, de certa forma, o condão de definir qual a autoridade responsável pela aplicação da sanção²⁰:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Tais definições tornam-se importantes, pois a lei de licitações em seu artigo 87 incisos III e IV, combinado com o § 3º do mesmo artigo, prevê a autoridades diferenciadas com competência para aplicar sanções para cada conceito supracitado:

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

I - advertência;

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

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

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

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal,

conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (original sem grifo)

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos a primeira conclusão lógica é que o legislador entendeu de conferir uma abrangência maior à declaração de inidoneidade que a das demais sanções previstas na lei. De fato, ao utilizar a expressão *Administração Pública definida* no inc. XI do art. 6º da própria Lei n.º 8.666/93, aquele declarado inidôneo não poderá licitar ou contratar com qualquer órgão da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas ou mantidas, até que promova sua reabilitação perante o órgão que o tiver declarado inidôneo, após ressarcir-lo dos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo de suspensão temporária de licitar e contratar. É lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do País. Certamente uma empresa que forneça merenda escolar adulterada a um município não terá idoneidade para vender merenda à Secretaria Estadual de Educação.

Não é assim, entretanto, que pensam alguns administrativistas pátrios, a exemplo do Prof. Toshio Mukai, para o qual a sanção prevista no inciso III do artigo 87 “*valerá para o âmbito do órgão que a decretar e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa.*”²¹.

Tal pensamento já há alguns anos vem sendo superado pela doutrina e confirmado pela jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui precedentes esclarecedores sobre o assunto, por meio dos quais reconhece de forma derradeira a correta amplitude da punição estabelecida no art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93. É o que se extrai dos seguintes julgados²²:

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido." (2ª Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v.u., DJU de 14/04/03, p. 208, RSTJ 170/167 – original sem grifo).

“ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido." (2ª Turma, REsp 174.274/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, v.u., DJU de 22/11/04, p. 294, RSTJ 187/205 (original sem grifo).

Salienta-se que tais decisões ainda não amainaram por completo os ânimos da doutrina. Tal fato mostrou-se ainda mais saliente com o advento da Lei 10.520/02 e seu regulamento, que inovou em matéria de sanção a licitantes quando inclui em seu artigo 7º a seguinte sanção²³:

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

Para o processo sancionatório com base na lei de licitações torna-se necessário definir quem vai aplicar a sanção, pois caso o STJ tivesse mantido posicionamento de acordo com a letra fria da lei, certamente haveria casos em que, por exemplo, o processo sancionatório realizado Pela Universidade Federal de Santa Maria – RS teria que ser remetida ao Ministro da Educação para que este, por ser um dos nomeados no § 3º do artigo 87 da Lei 8.666/93, pudesse decidir pela aplicação ou não da declaração de inidoneidade fazendo com que o processo se tornasse extremamente moroso ferindo, acredita-se, o princípio da eficiência em prol do princípio da segurança jurídica, sendo que ainda existiam dúvidas sobre a amplitude da sanção, pois se pode dizer que no exemplo dado a sanção aplicada pelo inciso IV deveria abranger apenas os órgãos integrantes do Ministério da Educação e Cultura e não toda a Administração Pública.

Pelo que se pode perceber se já não era tarefa fácil definir sanções e agentes legitimados a sancionar quando o ordenamento jurídico dispunha apenas da Lei de Licitações, com suas quatro modalidades de punições aos “maus licitantes” (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade), que dizer então da atual fase pela qual passam as licitações públicas, na qual (ao menos no nível federal) temos um grande percentual de licitações realizadas por meio do pregão eletrônico e sendo conduzidas pela lei 10.520/02 e seu regulamento, que veio a dar nova roupagem aos procedimentos sancionatórios ao menos no que tange à possibilidade de que pequenas unidades administrativas apliquem a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e descredenciamento no Sicaf, capaz de estender seus efeitos a toda a Administração Pública.

4 SUGESTÃO DE PROCEDIMENTO PARA SANÇÃO

Terminada a fase de apresentação e análise da legislação pertinente, passar-se-á ao segundo objetivo proposto, ou seja, a apresentação de um procedimento para a aplicação das sanções aos “maus” fornecedores. Por razões didáticas, optou-se por dividir tal construção em dois momentos distintos: (1) apresentação das fases do procedimento e (2) Relevâncias Jurídicas.

4.1.Fases do procedimento

O procedimento proposto subdivide-se em três fases. A primeira, denominada Fase da iniciativa refere-se à decisão de iniciar um processo contra o “mau” fornecedor. A segunda (fase instrutória) destina-se a colheita de elementos que serão utilizados para subsidiar a terceira fase que é a fase da decisão.

4.1.1 Fase da iniciativa

De acordo com o que foi explanado anteriormente, tem-se tanto no procedimento baseado na lei 8.666/92 quanto no processo relativo à Lei do Pregão a necessidade de fazer valer a celeridade e, de acordo com citação anterior, mais vale instituir-se uma simples sindicância que um dispendioso e demorado processo administrativo, é o que já comentava Assis Ribeiro há quase meio século:

Deve ficar consignado, no entanto, que, por questão de economia, bem como por força de comedimento administrativo, uma Comissão de Inquérito só deve funcionar depois da realização de uma sindicância administrativa. O Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais firmou jurisprudência nesse sentido, e essa providência preliminar não só evita, muitas vezes, ônus pesadíssimos, como faculta aos integrantes da Comissão meios mais eficientes para os seus trabalhos de investigação, no sentido da demonstração da verdade.

A sindicância administrativa é um instrumento eficaz para que se conheça o mérito das denúncias, no campo da Administração pública; e, se adotada com maior regularidade, poderá servir para fortalecer a confiança pública no instituto do inquérito administrativo.²⁴

Não é outra a opinião de CRETELLA JUNIOR:

Assim como, antes das operações de grande envergadura do exército, uma patrulha de sapadores, realiza preliminar trabalho “de sapa”, fazendo sondagens prudentes, examinando o terreno suspeito, para que não caminhem os técnicos em campo duvidoso, do mesmo modo, a Comissão

Sindicante através de diligentes pesquisas indagatórias prepara o terreno para a futura Comissão Processante.²⁵

Nos dizeres dos dois pensadores nota-se, a importância de realizar um trabalho preliminar sem os rigores exigidos por um processo administrativo. No caso de possível sanção a fornecedor, tal trabalho se mostraria extremamente eficaz, pois, de um lado, o gestor não deixaria de atender ao princípio da oficialidade, uma vez que, de uma forma ou de outra, estaria dando início aos trabalhos investigatórios e, por outra face, daria ao sindicante a oportunidade de entrar em contato com o empresário, visando esclarecer os motivos que o levaram ao descumprimento contratual.

Levando em conta o atendimento dos princípios da celeridade, eficiência e informalismo, portanto, mostra-se mais eficaz a abertura de sindicância prévia, a fim de dar ao sindicato a oportunidade de esclarecer situações e, por que não, cumprir as metas estabelecidas pelo ente público no procedimento licitatório sem a necessidade de abertura de desgastante processo administrativo. Caso o Ordenador de Despesas veja-se diante de uma ocorrência que, segundo sua ótica (e ética) exija tal feito, compete lembrar que este deverá editar competente portaria definindo quem o fará e como deverá transcorrer o trabalho.

Portanto nesta fase caberá ao gestor decidir se é o caso (1) abrir uma sindicância (2) abertura do processo administrativo. Caso positivo, deverá emitir a portaria definindo quem e como deverá ser realizado o trabalho

4.1.2 Fase da Instrução

Nesta etapa, o método a ser utilizado precisa ser realizado com brilhantismo as atribuições do órgão impulsor do procedimento deve levar em conta todas as garantias constitucionais e legais, citadas na fase principiológica, que dizem respeito ao administrado.

Após a portaria de abertura do processo, são juntados todos os elementos possíveis de serem analisados, tanto pelo órgão decisório quanto pelo órgão responsável pelo parecer jurídico, a fim de chegar a bom termo no que diz respeito à aplicação ou não da sanção administrativa ao fornecedor.

Assim, inicia-se esta fase com a juntada do ofício da divisão interessada ao empresário, comunicação que expõe em detalhes no que consiste a falta praticada,

citando o procedimento licitatório que deu origem às notas de empenho, as próprias notas, bem como o prazo para que tais irregularidades sejam sanadas, tudo de acordo com o previsto na Lei 8.666/93.

Além do ofício, também deve ser juntado ao processo a nota de empenho referente à falha apresentada, a resposta do fornecedor, a portaria que deu origem à licitação, o edital (de preferência na íntegra), a página do site www.comprasnet.gov.br que confirma a transferência do edital (se for o caso), para que todos os interessados possam acessá-lo, extrato da ata registro de preço referente aos itens inadimplidos (se for o caso), termo de adjudicação, determinando os bens que serão oferecidos pela empresa, termo de homologação, no qual o Ordenador de Despesas confirma a regularidade do procedimento licitatório, e o termo registro de preços com a assinatura do representante da empresa que está sendo sancionada (ou o contrato), tudo para que seja cumprido a risca o princípio da motivação.

A seguir, a Comissão processante providencia a instrução processual, reunindo todos os elementos acima citados, e os remete ao órgão responsável pela Consulta Jurídica para que este emita seu parecer sobre a possível sanção, sempre lembrando que tal parecer não é legalmente obrigatório, mas, caso seja possível, oportuno e célere, torna-se uma boa arma para a Administração, tendo em vista que nem sempre teremos nos órgãos públicos funcionários com alguma experiência jurídica.

Pode ocorrer (e não é um fato raro) que a Unidade Administrativa não possua ou não julgue necessária (preferencialmente mediante despacho fundamentado de seu Ordenador de Despesas) a remessa do processo a Assessoria Jurídica, neste caso recomenda-se a notificação da empresa, com remessa do processo, na íntegra, a fim de que ela saiba do que está sendo acusada e possa defender-se da melhor maneira possível, especificando o prazo de cinco dias úteis para apresentação da defesa, a contar do recebimento da notificação, tudo de acordo com o § 2º do artigo 87 da Lei de Licitações.

Caso a notificada apresente razões de defesa, sugere-se que o processo seja reencaminhado à consultoria jurídica (se for o caso), o que dará origem a nova análise legal a respeito das razões aduzidas pela empresa.

Notificado, o fornecedor apresentará suas razões de defesa e, caso suas alegações (se houverem) envolverem questões técnicas referentes ao material/serviço a ser entregue, por dever de prudência, é aconselhável remeter o processo à Divisão responsável pelo recebimento do material/serviço, a fim de que tal órgão manifeste-se, e, logo após, novamente encaminhar o processo ao órgão jurídico.

Por fim, caso seja emitido parecer afirmando restar caracterizado o descumprimento editalício/contratual a o sindicante ou comissão processual emitirão sua decisão e a remeterão à apreciação do Ordenador de Despesas, aqui se passa para a terceira fase na qual realmente surgirão as desconfianças suscitadas por este rascunho.

4.1.3 Fase da Decisão

Fase da decisão ou fase dispositiva. É nela que a administração se manifesta sobre o objeto do processo administrativo. O prazo para decidir, devido à omissão da Lei 8.666/93, entende-se que seja o da Lei 9.784/99 em seu artigo 49, até trinta dias a partir do encerramento da instrução²⁶.

A decisão deve atender ao princípio da motivação, a fim de que o administrado saiba exatamente em que termos será sancionado e, a partir daí tente prosseguir em sua defesa.

Neste ponto, após discorrer sobre o que, acredita-se, seja um razoável procedimento sancionatório de licitantes / fornecedores, o trabalho volta-se aos seus objetivos específicos, que são verificar: a) a possível antinomia entre as normas supracitadas; b) qual é a autoridade competente para aplicar as sanções; e c) a possibilidade de aplicar as duas normas cumulativamente.

4.2 Relevâncias Jurídico-administrativas para os gestores

Este item trata de dois temas centrais: (1) a aplicação cumulativa dos dispositivos sancionatórios e (2) autoridade competente para aplicar cada sanção

4.2.1 Aplicação Cumulativa

A sanção prevista no artigo 7º da Lei do Pregão guarda grande similaridade em seus efeitos com a sanção prevista no inciso IV do artigo 87 da Lei de Licitações, pois ambas tem o condão de suspender/impedir que o fornecedor participe de licitações com toda a Administração Pública. Ou seja, caso fosse dada a oportunidade ao Ordenador de Despesas de sancionar apenas pela Lei do Pregão (que é o que está ocorrendo após o advento do Decreto 5.450/05) ter-se-ia apenas uma sanção para aplicar, qual seja a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e descredenciamento no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, deixando de lado a possibilidade da aplicação das outras formas de sanção previstas na Lei 8.666/93, que vão desde a simples advertência, passando pela multa até chegar às sanções mais graves.

Doutrinariamente não foi encontrado nenhum trabalho que trate sobre o tema, já nas páginas dos Tribunais foi possível visualizar o seguinte julgado que envolve ambas a normas estudadas e deixa cristalina a possibilidade da aplicação das normas gerais da Lei 8.666/93 no que tange ao Pregão trata-se do Recurso Especial Nº 822.337 - MS (2006/0039188-9), que teve como relator o Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão, no qual GHS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA ajuizou ação cautelar inominada com pedido de antecipação de tutela contra o BANCO DO BRASIL S/A, no sentido de que a requerida se absteresse de exigir a cumulação de patrimônio líquido mínimo e garantia, visando com isso preservar sua classificação e adjudicação no Pregão Eletrônico nº. 2004/1699 :

VOTO - O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): Inicialmente entendo ser necessária uma breve explanação sobre a aplicação da Lei de Licitações - Lei nº 8.666/93 - de forma subsidiária à Lei de Pregão - Lei nº 10.520/02, e o faço valendo-me dos seguintes ensinamentos: "Com efeito, a Lei 10.520 é singela e não traz todas as soluções - especialmente de cunho procedimental - necessárias para a dinâmica da nova modalidade; sendo-lhe aplicável tal conjunto de normas gerais definidas na Lei 8.666. Assim, são aplicáveis à nova modalidade as normas gerais procedimentais da Lei 8.666, a título de complementação, que sejam compatíveis com o novo regime fixado na Lei 10.520."(...). *omissis*. Por esse raciocínio, à falta de solução procedimental específica na Lei 10.520, deve ser aplicado o regime geral da Lei 8.666, o qual passa a compor, em conjunto com a Lei do Pregão, a norma geral procedimental da nova modalidade. O papel das normas gerais da Lei 8.666 no pregão é preencher eventuais lacunas procedimentais da norma geral do pregão." (In "Licitação na

Modalidade de Pregão", Vera Scarpinella, Malheiros Editores, pág. 87/8).
(grifo nosso)²⁷

É exatamente essa a idéia assentada pelo artigo 9º da Lei 10.520/02, quando diz que se aplicam subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Entretanto, no caso específico da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e descredenciamento no Sicaf, têm-se uma similaridade tão grande com relação aos efeitos da sanção prevista no artigo 78, inciso IV da lei de Licitações, que tornam sua aplicação concomitante (ou subsidiária) praticamente inócua, tendo em vista que ambas resultam em um mesmo efeito, qual seja, fazer com que a empresa inidônea/impedida, abstenha-se de participar de licitações públicas, sendo que a principal diferença visível é o lapso temporal da sanção que é significativamente maior na Lei 10.520/02 (são 2 anos na Lei 8.666/93, contra 5 na Lei do Pregão), acredita-se que tal acréscimo temporal tenha como razão a necessidade sócio-estatal de eliminar pelo maior tempo possível o mau fornecedor.

Desta feita, percebeu-se necessário evitar a aplicação da sanção de inidoneidade para licitar (prevista na lei 8.666/93) nos casos que envolverem licitações na modalidade Pregão, tendo em vista que os efeitos da sanção são praticamente os mesmos previstos no artigo 7º da Lei 10.520/02.

Da mesma forma torna-se ainda mais inconveniente (do ponto de vista jurídico) sancionar o licitante/fornecedor com base na sanção prevista na Lei Pregão em qualquer outra modalidade licitatória que na seja a prevista em seu bojo.

Em qualquer dos casos, ocorrendo a inversão de normas, ter-se-ia uma possível afronta o Princípio da Legalidade, posto que o Ordenador de Despesas estaria sancionando a empresa com base em norma diversa da prevista para o caso concreto.

De outro mote, retomando a idéia da jurisprudência supracitada somada com a previsão legal do artigo 9º da Lei 10.520/02, percebe-se que o fato de ter a Lei de Licitações como subsidiária é assaz vantajoso quando da aplicação da sanção, pois caso o aplicador da norma tivesse a sua disposição apenas a lei do Pregão seria extremamente difícil fazer valer os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, já que o Ordenador de Despesas não teria a sua disposição sanções que vão desde

a advertência até a suspensão, que impediria o fornecedor de licitar apenas com o órgão que aplicou a sanção.

4.3 Responsáveis pela aplicação de cada Sanção

Ultrapassada a questão da antinomia e levando-se em conta a possibilidade real de aplicarem-se ambas as normas jurídicas estudadas cumulativamente, faz-se necessário verificar a quem caberá legal e jurisprudencialmente a aplicação das sanções estudadas.

Para tanto é necessário que se tenha noção do conceito de autoridade previsto no artigo 1º, § 2º, inciso III da Lei 9.784/99, segundo o qual autoridade “é o servidor ou agente público com poder de decisão”.²⁸

Outra idéia importante a ser assimilada neste momento diz respeito à pessoa capaz de iniciar qualquer processo administrativo, que de acordo com o artigo 17 da mesma Lei é, no mínimo, a autoridade de menor grau hierárquico para decidi-lo.

No caso dos processos administrativos sancionatórios de fornecedores, tem-se o Ordenador de Despesas como a menor autoridade capaz de firmar o possível contrato e sancionar se for o caso.

Assim sendo, nos casos específicos das sanções que vão, gradativamente, da advertência até as suspensões previstas na Lei 8.666/93, não resta dúvida de que a menor autoridade (aquela capaz de abrir o processo) é também a mais indicada para apor a sanção.

Quanto ao impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, de acordo com o que foi abordado no item 4. do presente trabalho, devido a sua especificidade, já que a Lei 10.520/02 é a Lei peculiar para o Pregão, dá-se ao servidor público que homologou o respectivo Pregão a autoridade para sancionar o fornecedor que descumpri-lo.

Já no caso da sanção de declaração de inidoneidade, apesar das atuais construções doutrinárias estudadas a respeito da tradicional diferença entre administração e Administração Pública, e levando-se em conta que a) a modalidade convite está caindo em desuso, b) as dispensas de licitação devem englobar pequenos valores, c) as inexigibilidades ocorrem, em sua grande maioria, nos contratos com concessionárias de serviço público (para fornecimento de água e

energia elétrica, por exemplo), e d) geralmente, nas modalidades tomada de preço e concorrência (que em geral envolvem obras públicas de grande porte) tem-se como autoridade responsável pelo certame alguma das previstas no § 3º do artigo 87 da lei 8.666/93 (Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal), acredita-se ser de bom alvitre evitar, sempre que possível a aplicação desta sanção por uma pequena unidade administrativa, cujo Ordenador de Despesas não possua o “status” das autoridades previstas no § 3º, seja precedida de minucioso processo administrativo, que leve em conta, no mínimo os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pois, em última instância, apesar da jurisprudência atualmente favorável, o Ordenador de Despesas estaria, muito provavelmente ferindo o princípio da legalidade, pois seu cargo não consta no permissivo da Lei de Licitações como competente para Declarar o “mau fornecedor” como inidôneo.

5. CONCLUSÃO

Ao concluir o presente trabalho espera-se ter dado contribuição, ainda que pequena, na forma de proposta para os gestores públicos, a fim de dar uma maior segurança jurídica nos processos sancionatórios de fornecedores, campo ainda árido, tanto prática quanto doutrinariamente, devido, em parte, ao seu pouco uso.

Assim sendo, retomando os objetivos traçados é possível visualizar que:

a) Existe antinomia aparente entre a Lei geral e a Lei do pregão apenas no que tange ao inciso VI do artigo 87, haja vista que caso à licitação que deu origem à sanção se trate de pregão deve-se aplicar como pena mais severa, a prevista no artigo 7º da Lei 10.520/02 e vice-versa;

b) A autoridade competente para aplicar as sanções, de regra, é o ordenador de despesas que deu início à licitação e assinou a portaria de abertura do processo de sanção. A exceção a regra está, mais uma vez na declaração de inidoneidade, que para ser aplicada deve ser aplicada pelas autoridades previstas no parágrafo 3º do artigo 87 da Lei 8.666/93; e, ainda,

c) De acordo com recentes decisões dos tribunais e calcado no artigo 9º da Lei do Pregão, buscando efetivar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é perfeitamente possível a aplicação das duas normas cumulativamente, evitando-se aplicar a pena de inidoneidade para sanções originárias de pregões.

d) A fim de auxiliar os gestores públicos na consecução do objetivo principal deste trabalho, fica no item 4.1 uma **sugestão** dos passos a serem seguidos e documentos a serem juntados, para efetivar-se a aplicação de uma possível sanção que não macule os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, e que, ao mesmo tempo, leve em conta a celeridade necessária em um processo licitatório, a fim de tornar possível ao gestor atingir às duas finalidades do procedimento: de um lado busca a satisfação do interesse público e, de outro, a garantia de igualdade de tratamento entre os particulares que desejam celebrar um contrato com a Administração.

Sempre lembrando que, de acordo com o Portal da transparência/CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas)²⁹, percebe-se que, de 2005 até o final de 2010, verificou-se um aumento no número de processos sancionatórios abertos. Ou seja, após a implantação do pregão eletrônico, devido à ampliação da concorrência, teve-se, também, um aumento considerável no universo de empresas que se tornaram inadimplentes no que tange ao fiel cumprimento das obrigações editalícias, são 155 páginas de suspensões e apenas 36 de declarações de inidoneidade, comprovando mais uma vez a importância do Pregão Eletrônico.

Essas sanções, se mal aplicadas em seu nascedouro, darão margem para que maus empresários façam uso das falhas de alguns gestores, a fim de dilatar seus prazos burlando o processo licitatório, fazendo com que bons fornecedores deixem de oferecer seus produtos ao ente público devido à falta de seriedade do certame, ou, pior ainda, acarretando que o empreendedor que se sentir lesado (ou mesmo os “maus empresários”) recorra aos tribunais para fazer valer seus direitos, daí a necessidade de tentar seguir (ao menos em parte) as idéias aqui implementadas.

Por outro lado, caso o gestor não encontre baliza nos princípios constitucionais, que são tema deste trabalho, poderá transformar-se em um déspota sem limites, que acabará por enfatuar ainda mais o já atarefado aparato judiciário brasileiro.

Desta forma, sem fugir aos objetivos propostos, o que se tentou nestes rascunhos foi assessorar os gestores públicos municipais, que estejam iniciando o uso do pregão eletrônico, em possíveis sanções a fornecedores, visando preservar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade

do interesse público, sem macular os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, consagrados no ordenamento jurídico pátrio, princípios estes que o Estado Democrático de Direito levou séculos para construir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Constituição Federal. Coletânea de Legislação Administrativa. MEDAUAR, Odete (Org.) 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Brasil. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 20 set. 2011.

Lei Complementar nº. 95, de 26 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998).

Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000 (BRASIL, 2000).

Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993).

Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999).

Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002 (BRASIL, 2002).

Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942).

Decreto nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001).

Decreto nº. 4.342, de 23 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001 b).

Portal da transparência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

ASSIS RIBEIRO, Carlos José de. **Do Processo Administrativo e sua Revisão**, 1960.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BERLOFA, Ricardo Ribas da Costa. **A Nova Modalidade de Licitação: PREGÃO**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996.

CRETILLA JR., José. **Prática do Processo Administrativo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Estatutos jurídicos das licitações e contratos administrativos. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

INFORMATIVO CONTROL: **Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Licitação – Uma visão atualizada e ampliada**. Rio Grande do Norte, n. 54, jan. 2002. Disponível em: < <http://www.control.rn.gov.br/Informativos/info54.doc> >. Acesso em: 16 jun. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STJ – **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 23 Mar. 2011.

TCU - Tribunal de Contas da União, **Licitações e Contratos, Orientações Básicas, 3ª edição revista, atualizada e ampliada**. Brasília, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa./ PRPGP- UFSM. **Estrutura e apresentação de monografias, dissertações e teses – MDT**. Santa Maria, PRPGP-UFSM, 2000.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas, especialista em Direito na Administração Pública.

² Lei nº. 8.666, de 21 de julho de 1993 (BRASIL, 1993).

³ BERLOFA, Ricardo Ribas da Costa (2003). *A Nova Modalidade de Licitação: PREGÃO*. Editora Síntese. Porto Alegre.

⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte : 7. ed. Del Rey, 1998, p. 27.

⁵ INFORMATIVO CONTROL: Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte. *Licitação – Uma visão atualizada e ampliada*, Rio Grande do Norte, n. 54, jan. 2002. Disponível em: < <http://www.control.rn.gov.br/Informativos/info54.doc> >. Acesso em: 16 ago. 2010.

⁶ Brasil. Constituição (1934). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 20 set. 2010.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 599.

⁸ CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 51.

⁹ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

-
- ¹⁰ Decreto nº 3931 de 19 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001).
- ¹¹ HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 87.
- ¹² BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 121.
- ¹³ BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Constituição Federal. Coletânea de Legislação Administrativa. MEDAUAR, Odete (Org.) 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ¹⁴ BRASIL, Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999).
- ¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.
- ¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.
- ¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996. p. 91-97.
- ¹⁸ Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942).
- ¹⁹ CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 72.
- ²⁰ Lei nº. 8.666, de 21 de julho de 1993 (BRASIL, 1993).
- ²¹ MUKAI Toshio, *Estatutos jurídicos das licitações e contratos administrativos*. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 1992, p. 132.
- ²² STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 01 ago. 2010.
- ²³ Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002 (BRASIL, 2002).
- ²⁴ ASSIS RIBEIRO, Carlos José de. *Do Processo Administrativo e sua Revisão*. 1960, p. 40-41.
- ²⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 77.
- ²⁶ Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999).
- ²⁷ STJ – Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 Mar. 2011.
- ²⁸ Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999).
- ²⁹ Portal da transparência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011.