

DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE PENALIDADE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Lucina Drumond de Moraes – Advogada – OAB/ES 9.538

A Lei de Licitações ao disciplinar sobre as penalidades aplicáveis aos contratantes do Poder Público que cometam falhas no curso da relação contratual, recorre a conceitos genéricos para apuração da infração.

Entende-se por lícita a aplicação das penalidades sob estrito e perseverante controle de legalidade e proporcionalidade, sobretudo este último, a recomendar ao Gestor que eleja tão-somente as medidas adequadas para o alcance dos fins perseguidos, como, afinal, ficou assente na Lei Federal n. 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal:

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

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

(...)

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

É de se registrar que o inciso VI, acima transcrito, nada mais traduz do que a materialização do princípio da proporcionalidade no momento da aplicação de uma sanção administrativa, já que, iniludivelmente, aquele exigiria do Administrador Público que não impusesse sanção em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público. Mas deverá atender ao princípio da proporcionalidade o ato que não desafie as noções mínimas de racionalidade e razoabilidade admitidas.

Entretanto, na medida em que a adequação, necessidade e proporcionalidade de um ato condiciona sua validade, a aplicação das sanções têm sua validade desafiada pela compatibilidade entre sua adoção e a gravidade da falta, havendo nítida graduação entre a advertência, a multa, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade.

A própria Lei de Licitações exige uma gradação entre as sanções previstas no elenco do art. 87, e que cada uma delas corresponde a um patamar superior de gravidade na conduta punível, ponderação esta que vai da pena mais branda – a advertência – até a mais gravosa – declaração de inidoneidade para licitar.

A própria norma induz à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, na medida em que os incisos são enumerados de acordo com a gravosidade das conseqüências de cada pena. Também a jurisprudência tem seguido nesse sentido. Em Pernambuco o Exmo. Juízo da Primeira Vara da Fazenda Pública da Capital já expressou com todas as letras a existência de uma gradação entre as espécies sancionatórias do art. 87:

"AS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 87 E SEUS INCISOS DA LEI Nº ART. 87 DA LEI Nº 8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993, APRESENTA-SE DE FORMA GRADATIVA E A PARTE IMPETRADA APLICOU AO IMPETRANTE UMA PENA MAIS GRAVE QUE POSSIVELMENTE PODERÁ TRAZER SÉRIOS PREJUÍZOS, COM A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE LESÃO IRREPARÁVEL AO DIREITO DO MESMO, SE VIER A SER RECONHECIDO NA DECISÃO DE MÉRITO." (Mandado de Segurança n. 001.2004.000051-7. Primeira Vara da Fazenda Pública da Capital. Juiz Wagner Ramalho Procópio)

Em semelhante linha, os Tribunais Regionais Federais de diferentes regiões:

"Se o descumprimento do contrato se deu por motivos relevantes, recebendo a firma licitante, por este motivo, a punição prevista no respectivo edital, abusivo é o ato que lhe aplicou também a pena de suspensão do direito de licitar. Remessa improvida. Decisão mantida" (TRF, 1ª Região – Diário de Justiça)

"A dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a legalidade do bem protegido. Falta contratual de natureza leve não deve ser apenada acirradamente com a proibição do direito de licitar." (TRF, 5ª Região – Diário da Justiça – p. 28189)

Notadamente, portanto, há uma gradação entre as espécies de penalidades a serem aplicadas, que por si só, impõem limites ao Administrador Público no ato da dosimetria. Necessária a constatação e relevância da boa fé da empresa prestado do serviço público, a deverá estar voltada para prestar o melhor atendimento, na consecução do cumprimento do interesse público e das obrigações contratuais.

Concluimos que as penas de multa e o registro da ocorrência no SICAF devem ser reservados, respectiva e exclusivamente, para os atos culposos graves e de má-fé, que imponham medida cujo efeito seja afastar por prazo determinado ou não o particular faltoso das contratações administrativas. Afora disso, a aplicação de tais penalidades transporá os limites da gradação imposta direta e imediatamente e, mediatamente, constrangerá o princípio da proporcionalidade, ilustrativo da boa governança no agir administrativo.