

OS MEIOS DE DEFESA NO PROCEDIMENTO SANCIONATÓRIO PREVISTO NA NLLC

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Advogada. Consultoria e assessoria jurídica a empresas licitantes desde 2010. Pós graduada em Direito Administrativo e Pós graduada em Licitações e Contratos Administrativos. Especialista em Licitações na Effecti Tecnologia Web. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos da OAB/Bahia. Instrutora de treinamentos *in company* e idealizadora do perfil @direitosdolicitante no Instagram.

Renila Lacerda Bragagnoli

Gerente da Procuradoria Jurídica da Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL. Advogada de carreira empresa pública federal desde 2009. Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade de Buenos Aires (UBA), Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF). Professora, autora, palestrante.

INTRODUÇÃO 2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS SANÇÕES NA NLLC. 3. DO DIREITO DE DEFESA. 4. DOS MEIOS DE DEFESA DE LICITANTES E CONTRATADOS. 4.1 DEFESA PRÉVIA. 4.2 ALEGAÇÕES FINAIS. 4.3 RECURSO ADMINISTRATIVO. 4.4 PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O tema afeto ao processo administrativo sancionatório na Nova Lei de Licitações - NLLC está traçado no capítulo das Infrações e sanções administrativas, compreendido

entre o art. 155 ao 163. A nova lei estabelece, diferentemente da Lei 8.666/93, quais condutas podem ensejar a necessidade de apuração através de processo de responsabilização e quais as sanções aplicáveis. Ademais, há indicação dos meios de defesa em que licitantes e contratados podem utilizar para manifestação dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente previstos.

O objeto do presente artigo toca especificamente neste tema, traçando os direitos cabíveis ao caso concreto, quando da instauração de um processo administrativo. Não há aqui a pretensão de exaurir todo o conteúdo a respeito desta temática, mas tão somente delinear traçados iniciais sobre o assunto, diante do advento deste novo diploma normativo.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS SANÇÕES NA NLLC

A Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, diferentemente dos demais diplomas normativos que consolidou, dedicou-se um pouco mais na delimitação do procedimento sancionador, apresentando uma disciplina mais aprimorada no que concerne ao protocolo referente à aplicação de sanção aos participantes do certame, bem como aos que contratam com a Administração.

Não deve passar despercebido, ainda, que a Lei nº 14.133/2021 foi assertiva em prever, distintamente da Lei nº 8.666/93, sanções para os licitantes e não apenas aos contratados, o que atrai a responsabilidade dos licitantes desde o momento da disputa. Com o advento da nova lei, há previsão expressa de que as empresas podem ser penalizadas por atitudes indevidas durante o certame, o que já era expresso na disciplina da Lei nº 10.520/2002¹ e também no Decreto nº 10.024/2019².

Nesse cenário, o art. 155 é claro em duas disposições: (i) que o licitante ou contratado será responsabilizado, (ii) elenca, em seus incisos, as condutas reprováveis passíveis de penalização, ou seja, as infrações. Nas palavras de Luzia (2021, p. 230):

¹Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

² Art. 49. Ficarão impedidos de licitar e de contratar com a União e serão descredenciados no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

(...) o fato é que o cometimento de uma infração administrativa é conduta significativamente indesejável, constitui uma severa arritmia no pulso normal da relação contratual, reivindicando resposta pela Administração.

O art. 156 é específico em apresentar as sanções que serão aplicadas caso as infrações previstas sejam cometidas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade. Ausente, portanto, da NLLC, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previsto outrora no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93.

A advertência, enquanto espécie de sanção, por ser muito branda e sem muito efeito prático, no sentido de punir a reprovabilidade da conduta, na NLLC apresentou uso único e restrito: só é cabível a advertência quando o contratado der causa à inexecução parcial, desde que esse inadimplemento não justifique pena mais grave, nos termos do art. 156, §2º.

Dando continuidade à previsão do art. 156, convém ressaltar alguns quesitos que devem ser considerados quando da aplicação da sanção. É cediço que a Administração Pública deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na prática dos atos administrativos e o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho (2009, p. 849) já lecionava, ainda sobre a Lei nº 8.666/93:

É pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade.

Aliás, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo federal foi objeto de explícita consagração por parte do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei no 9.784, que exigiu “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Nessa toada, para que a Administração apresente uma resposta responsável e condizente com a infração cometida, o §1º do art. 156 se preocupa com a razoabilidade e proporcionalidade no momento de aplicação da sanção, de maneira que, semelhantemente, à responsabilização, traz condições que devem ser observadas para a aplicação da pena, no sentido de tentar mitigar a discricionariedade para a penalização. Destarte, na aplicação das sanções serão considerados a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública e a implantação ou o

aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Ainda acerca da razoabilidade e proporcionalidade, a Lei nº 14.133/2021 avança em trazer critérios para a dosimetria da pena de multa que, nos termos do art. 156, §3º, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato³. Os Editais deverão, por sua vez, prever qual percentual aplicável em cada caso concreto, de maneira que as empresas licitantes possam ter ciência das regras aplicáveis, previamente à participação em cada sessão pública, evitando inclusive, atitudes arbitrárias por parte da Administração.

Para a sanção de impedimento de licitar e contratar, a Lei impõe que a restrição se dê pelo prazo máximo de três anos, ao passo que para a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, o prazo mínimo é de três anos e máximo de seis anos, conforme se extrai dos §4º e 5º do art. 156.

Por fim, no que tange à cumulação das sanções, apenas a penalidade de multa pode ser aplicada cumulativamente com outra sanção prevista no art. 156, nos termos do §7º do art. 156.

Em linhas gerais, esse é o sistema de sanções trazidos pela NLLC, de maneira que nos cumpre doravante, debruçarmos sobre o direito constitucional à ampla defesa e contraditório, bem como acerca dos meios de defesa que os licitantes e os contratados podem utilizar, caso recaiam sobre si o ônus de um procedimento sancionador por cometimento de alguma das infrações previstas no art. 155.

3. DO DIREITO DE DEFESA

De pronto já é importante ressaltar que, pela base constitucional⁴, cabe ampla defesa em qualquer procedimento administrativo e este deve obedecer ao princípio do

³ Cumpre registrar que, ausente previsão semelhante na Lei nº 8.666/93, a AGU emitiu o PARECER n. 00008/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, de 06 de novembro de 2020, esposando o entendimento de “O limite máximo da multa contratual moratória ou compensatória nos contratos administrativos é o valor da obrigação contratual principal, com base no art. 412 do Código Civil, aplicável aos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei n. 8.666, de 1993. Considera-se indevida, portanto, a aplicação dos limites impostos pela Lei de Usura ou pela Lei nº 9.430, de 1996, aos contratos administrativos.”

⁴ 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: (...) 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;

devido processo legal. Assim, uma vez estabelecido um procedimento de apuração de responsabilidade de licitante ou contratado, em relação à imputação de determinada penalidade, é cabível ampla defesa e contraditório, diante do direito constitucionalmente previsto, com natureza, inclusive de direito fundamental, de maneira que não se admite um procedimento sancionador, seja ele administrativo ou judicial, sem que ao processado seja garantida formas de se defender e, se for o caso, produzir provas.

A jurisprudência também reconhece e legitima o valor dos meios de defesa mesmo que no processo administrativo. Nesse sentido, o C. Tribunal de Contas do Estado do Paraná exarou o Acórdão nº 2895/2019 do Tribunal Pleno, reforçando que é impossível a outorga da plenitude de defesa ante à ausência de indicação dos fatos, da norma violada e da eventual sanção passível de aplicação:

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais indissociáveis, que caminham em paralelo ao processo administrativo e judicial. Além do mais, o devido processo legal exige a outorga da plenitude de defesa. O processo administrativo é o próprio ambiente que assegura o cumprimento do devido processo legal”.

O mesmo entendimento é sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Para serem aplicadas as devidas sanções ao particular que contrata com a Administração Pública e que venha cometer algum ilícito durante a execução do contrato, deve ser garantido o devido processo legal. O processo administrativo que venha instituir ao particular alguma sanção, deve observar ‘o princípio do devido processo legal, na mais ampla acepção. (TJ/SP, Apelação Cível nº 322.842-5/9-00, Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. em 29.10.2007).

Percebe-se, outrossim, que não basta oportunizar à contratada o direito à defesa prévia, é imperioso que se observe todo o devido processo legal, não apenas o contraditório e a ampla defesa. E não há outra forma de se zelar pelo devido processo legal senão com a apresentação pormenorizada de fatos e fundamentos, indicando, com clareza, quais fatos praticados, qual legislação infringida e qual a penalidade que eventualmente será aplicada, havendo nexos causal entre os fatos praticados e a norma violada.

Essa apresentação pormenorizada é fundamental para que se exerça, de forma plena, o direito de defesa, tendo em vista que alegações genéricas não contribuem para uma defesa efetiva, perfazendo a defesa prévia de momento processual meramente “pro-forma”, gerador de nulidade.

Ainda acrescentamos, por oportuno, que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal também prevê, no art. 26, que o ato notificatório exarado pela Administração deve conter a descrição clara dos fatos, as cláusulas legais ou contratuais infringidas, a finalidade da notificação, o local de protocolo da defesa e recurso, as informações sobre acesso aos autos, dentre outros, de forma a conferir o contraditório, a ampla defesa e a transparência dos atos administrativos.

Além deste aspecto, cabe mencionar que qualquer ato administrativo sancionador deverá conter os fundamentos de fato e de direito que motivaram a aplicação da pena, sob pena de nulidade, inclusive porque agente público não pode utilizar-se de subjetivismos e atitudes arbitrárias.

Sobre esse ponto Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 363) sustenta que todo procedimento administrativo deve ser dotado de justificativa e motivação, de modo que “sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se sempre que necessário, as razões técnicas lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato”.

Sobre a necessidade de motivação, a Lei nº 9.784/99, já trouxe a expressa determinação de que haja indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão, no inciso VII do parágrafo único do seu art. 2º. Complementa a regência, ainda, o art. 50, inciso II que determina a motivação dos atos administrativo que imponham sanções e, no §1º do mesmo artigo delinea que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Não pairam dúvidas, portanto, de que para o pleno exercício do direito de defesa por parte do licitante ou contratante processado, é imperiosa uma atuação eficiente da Administração, mormente motivando e explicando as infrações cometidas, sob pena de cercar o direito de defesa do infrator.

Nas palavras de Anderson Pedra (2016, p. 259):

O dever da Administração é de instaurar um devido processo administrativo para apurar o que ocorreu, e depois de toda análise dos elementos, diretos e indiretos (sustentabilidade social, v.g.), envolvidos no caso, após o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo licitante/contratado, decidir pela (in) aplicação de sanção proporcional. A Administração não tem o dever de punir, tem o dever de apurar e motivar sua decisão, trazendo todos os motivos que ensejaram sua decisão! (Grifo nosso)

Faz-se necessário esclarecer que a obrigação da Administração Pública diz respeito à instauração de procedimento administrativo para apurar a conduta praticada e não obrigação de aplicar sanção, pois pode ser, por exemplo, uma hipótese de excludente de culpabilidade.

Ademais, é dever da própria Administração oportunizar ampla defesa e contraditório para que as empresas licitantes ou contratadas possam também demonstrar as razões que ensejaram a prática de determinado ato.

É de extrema relevância que possam manifestar-se nos autos do procedimento administrativo de responsabilização, pois muitas vezes, a Administração Pública instaura processos de maneira descabida e desproporcional à conduta praticada. Ademais, é cediço que existem condutas enquadradas em hipótese de excludente de culpabilidade, ou praticadas em decorrência de caso fortuito e força maior – situação em que inadmite-se a responsabilização do agente.

Impende salientar, o princípio da demonstração da culpabilidade, no que tange à aplicabilidade das sanções administrativas. Mais uma vez, sabiamente, Marçal Justen (2009, p. 850-851) menciona:

A configuração de infrações pressupõe a reprovabilidade da conduta do particular. Isso significa que a infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável. Como decorrência, a imposição de qualquer sanção administrativa pressupõe o elemento subjetivo da culpabilidade.

(...)

Lembre-se que a Lei 8666 determina que as sanções administrativas são decorrência do inadimplemento do contrato (arts 86 e 87), o que pressupõe inexecução culposa. Portanto, não basta a mera verificação da ocorrência objetiva de um evento danoso. É imperioso avaliar a dimensão subjetiva da conduta do agente, subordinando-se a sanção não apenas à existência de elemento reprovável, mas também fixando-se a punição em dimensão compatível (proporcionada) à gravidade da ocorrência.

Pedra e Torres (2021, p. 217) sinalizam inclusive, que algumas condições são necessárias para a imposição de uma sanção administrativa: observância do devido processo administrativo, configuração concreta de conduta reprovável (antijurídica), o tipo e a existência de dolo ou culpa do contratado. No mesmo sentido explica Amorim (2021, p. 278):

O processo administrativo sancionatório é fundamental para a apuração adequada da autoria e da materialidade da conduta, porquanto somente se estará diante da possibilidade jurídica de aplicação da sanção quando presentes cumulativamente os elementos objetivo (ação ou omissão) e subjetivo (dolo ou culpa).

Adiante, iremos tratar sobre as espécies de defesa, como forma de exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa, trazidas pela Lei nº 14.133/2021.

4. DOS MEIOS DE DEFESA DE LICITANTES E CONTRATADOS

Ultrapassada a fase preliminar de demonstração que licitantes e contratados tem em exercer o direito de defesa em procedimentos administrativos de responsabilização, trataremos sobre a previsão da NLLC sobre o assunto.

A Nova Lei de Licitações estabelece como direito do licitante e do contratado a possibilidade expressa de elaboração de defesa prévia, alegações finais, recurso administrativo e pedido de reconsideração durante o processo de responsabilização, analisadas uma a uma a seguir.

4.1 DEFESA PRÉVIA

O art. 157 estabelece que na aplicação da sanção de multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.

O *caput* do art. 158 deixa claro que deve haver intimação do licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir, nos casos da aplicação de sanção de impedimento de licitar e contratar e também no caso de declaração de inidoneidade.

Não é demais rememorar que a própria Lei nº 8.666/93 já trazia a defesa prévia ao interessado:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...)
§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Registra-se que não há qualquer menção expressa acerca da possibilidade de contratado apresentar defesa prévia quando for o caso da penalidade de advertência, na

nova lei de licitações. No entanto, dada a manutenção de sua natureza de sanção, é imperioso que ao processado se garanta meios de defesa, conforme já mencionado alhures.

Ainda sob a égide do PL que originou a Lei nº 14.133/2021, Fortini e Avelar (2021), já adiantavam essa discussão, impondo que “a interpretação da futura legislação conforme a Constituição não poderá restringir o alcance da garantia fundamental do devido processo legal no caso das sanções pecuniárias.” Neste aspecto, Luzia (2021, p. 239-240) destaca que a advertência é uma sanção administrativa, por disposição expressa da Nova Lei de Licitações, e sendo assim, não deveria ser afastada da noção de contraditório e ampla defesa sob pena de inconstitucionalidade:

Ademais, a Lei n. 14.133/2021 silencia sobre qualquer direito de defesa em relação à sanção de advertência. Com isso, dá a entender que a aplicação de advertência poderia ser unilateral, o que lhe dá contornos inquisitórios. Ainda que a advertência seja considerada leve, ela não deixa de ser uma sanção administrativa, além de poder indicar condições de reincidência, por efeito que não deveria ser afastada da noção de contraditório e ampla defesa, pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade.

O corolário constitucional da ampla defesa é tão pujante, inclusive qualifica o Estado Democrático de Direito, que deve ser observado para o procedimento de aplicação de qualquer sanção, ainda que seja a mais branda.

Um ponto interessante que vem sendo debatido na doutrina é a respeito do elenco da advertência enquanto espécie sancionatória. Ronny Charles Lopes de Torres (2021, p. 759) entende que a manutenção desta espécie de sanção é um erro grosseiro do legislador, uma vez que deveria ser vista como um procedimento de diálogo, para que pequenas irregularidades sejam desde já “advertidas”, imediatamente, como faz o pregoeiro no chat da licitação, como faz o fiscal durante o acompanhamento da execução contratual.

Entendimento contrário é do Anderson Pedra (2016, p. 262), que descreve a advertência enquanto sanção administrativa inclusive porque faz parte do rol de sanções da lei, e para ser imposta, exige a observância do devido processo administrativo.

O fato é que, a opção da NLCC foi a de manter a advertência enquanto sanção administrativa de abrangência restrita, conforme descrito no tópico 1, sendo cabível apenas quando o contratado der causa à inexecução parcial, desde que esse inadimplemento não justifique pena mais grave, nos termos do art. 156, §2º.

4.2 ALEGAÇÕES FINAIS

Já no § 2º do art. 158, na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão responsável pela condução do processo de responsabilização, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

Nota-se, outrossim, que por limitação legal, as alegações finais só serão apresentadas para o caso de processo sancionador que envolva a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, não cabendo, portanto, para os casos de advertência e de multa.

Não é despiciendo acrescentar que, não obstante tenha sido a intenção do legislador em não alcançar as penalidades de advertência e multa com a possibilidade de apresentação de alegações finais pelo infrator, não nos olvidemos que o procedimento sancionatório é um procedimento administrativo de restrição de direitos ao qual se garante o pleno exercício do direito de defesa, conforme já exposto linhas acima.

Pedra e Torres (2021, p.231) destacam que para a aplicação de qualquer sanção devem ser observadas as garantias constitucionais, destacando a ampla defesa e o contraditório, inclusive com a produção de provas e a oportunização das alegações finais.

Nessa senda, não é absurdo admitir que, ainda que se refiram à aplicação de advertência ou multa, em razão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, poder-se-ia admitir a apresentação de alegações finais, ainda que não fundamentada diretamente na NLLC, mas no direito de petição, previsto constitucionalmente⁵.

Oportuno rememorar ainda, a previsão da Lei nº 9.784/99 onde consta previsão expressa sobre o direito de apresentação de alegações finais nos procedimentos administrativos:

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:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, **à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções** e nas situações de litígio; (grifo nosso)

⁵ 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: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:[...] a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Assim é que, as empresas licitantes e contratadas, amparadas em lei, tem o direito de apresentar provas, alegações finais e argumentos cabíveis em cada caso concreto, quando alvo de algum processo de responsabilização.

4.3 RECURSO ADMINISTRATIVO

O art. 166 menciona que da aplicação das sanções previstas no art. 156 da Lei, com exceção da penalidade de declaração de inidoneidade, caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação, de maneira que, da imposição da sanção de advertência, multa ou impedimento de licitar e contratar o sancionado pode aviar recurso administrativo.

No entanto, se a sanção for declaração de inidoneidade para licitar ou contratar o instrumento viável será o pedido de reconsideração, tratada em apartado no tópico seguinte.

No que tange ao recurso administrativo, o parágrafo único do art. 166 disciplina que deve ser dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida.

Diante da apresentação do recurso administrativo, a autoridade responsável pela aplicação da sanção pode adotar duas condutas distintas: (i) reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias, ou (ii) mantendo a decisão original, remeter o recurso administrativo à autoridade superior, que, ao receber a irrisignação do infrator, deve decidir sobre o recurso em até vinte dias úteis, contados do recebimento do documento.

É importante pontuar que, conforme entendimento de Pedra e Torres (2021, p.231):

[...] a autoridade competente poderá ou não, a partir de um juízo motivado, acatar a manifestação da comissão que instruiu o processo, determinar a aplicação de sanção ou o seu arquivamento, dando ciência ao interessado sobre a conclusão do processo, bem como, sendo o caso, buscar uma solução consensual.

Nota-se, da leitura do texto legal, que a NLLC não apresenta quem é a autoridade responsável pela aplicação da sanção, tampouco aponta quem é autoridade superior para fins de julgamento do recurso administrativo.

Com efeito, essa delimitação deverá ser feita por cada órgão ou entidade, dentro de sua organização estratégica, tendo em mente o princípio da segregação de funções⁶, que

⁶ Sobre segregação de funções e competência para julgar recursos indicamos a leitura do artigo “Quem tem competência para julgar recursos no pregão eletrônico?” das autoras Christianne de Carvalho Stroppa e

inclusive é prestigiado no art. 5º da NLLC, sendo conveniente, ainda, rememorar a Orientação Normativa da AGU nº 48/2014, segundo a qual é competente para a aplicação das penalidades a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento.

Nos termos do art. 168, o recurso terá efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que haja a decisão da autoridade competente acerca das razões apresentadas, sendo garantido, pelo parágrafo único do mesmo artigo, que a autoridade competente seja auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Necessário carrear a ponderação do ilustre Ronny Charles (2021, p. 798), que afirma que a lei não esclarecesse o efeito suspensivo se estende apenas aos recursos apresentados em razão de sanção administrativa ou se se estenderia para todos os recursos, perfilhando o entendimento de que tal efeito só seria juridicamente válido para os recursos previstos no art. 165, inciso I.

Distintamente do apresentado acima, Diniz (2021, p. 1419) assevera que “a regra é o efeito suspensivo em qualquer hipótese, não havendo sequer hipótese de atribuição apenas de efeito devolutivo aos recursos”.

Amorim (2021, p. 280) conclui que

O efeito suspensivo perdurará até o advento de decisão final da autoridade competente. Assim, em caso de aplicação de penalidade, os efeitos da sanção somente se iniciarão com o trânsito em julgado do processo administrativo, isto é, após a comunicação formal ao interessado acerca da decisão final da autoridade julgando improcedente o pleito recursal.

4.4 PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

O art. 167 prevê a possibilidade de elaboração de, apenas, pedido de reconsideração quando da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, que deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do seu recebimento.

Alguns pontos merecem destaque em relação a este tema. É perceptível que o pedido de reconsideração é a única peça administrativa, de acordo com a lei, cabível perante a aplicação da pena de declaração de inidoneidade.

Carmen Iêda Carneiro Boaventura. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/quem-tem-competencia-para-julgar-recursos-no-pregao-eletronico/>

Para Diniz (2021, p. 1418), o uso restrito do pedido de reconsideração se deve ao fato de que a autoridade competente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é a autoridade máxima de cada poder de cada ente federativo e do Ministério Público, de maneira que “não haveria como se prever recurso hierárquico, já que não haveria autoridade superior à que prolatou a decisão”.

5. CONCLUSÃO

Nesse sucinto artigo, buscou-se tratar de alguns pontos relevantes acerca das sanções na NLLC, notadamente sobre os meios de defesa disponíveis aos licitantes e contratados. Nesse cenário, importante destacar o direito constitucionalmente previsto, à ampla defesa, contraditório e o devido processo legal em qualquer procedimento administrativo. E, a NLLC, nesse sentido estabelece expressamente, instrumentos que estão postos à disposição das empresas, seja ela licitante ou contratada, em processo de responsabilização: defesa prévia, alegações finais, recurso administrativo e pedido de reconsideração.

Este ponto é de extrema relevância na medida em que, as empresas podem defender-se e expor os motivos que ensejaram a prática de determinada conduta, apresentando provas, quando necessário, e até mesmo eximir-se de aplicação de sanção inadequada, quando for o caso de excludente de culpabilidade, por exemplo, ou aplicação de sanção excessivamente gravosa e/ou desproporcional.

É oportuno destacar ainda que, além dos meios de defesa administrativos colacionados à presente, as empresas licitantes e/ou contratadas podem promover ações judiciais quando o procedimento administrativo apresentar falhas e/ou ilegalidades.

É importante que tanto o licitante quanto o contratado conheçam os meios de defesa existentes no ordenamento jurídico brasileiro e possam manifestar-se, nos procedimentos de responsabilização, sendo necessário, portanto, que as empresas possam ter ciência dos seus direitos e agir, apresentando fatos, justificando suas condutas, manifestando-se formalmente e, sobretudo, atuando de maneira incisiva, quando vislumbrar violação de seu(s) direito(s).

REFERÊNCIAS

AMORIM. Victor Aguiar Jardim de. Licitações e Contratos Administrativos. Teoria e jurisprudência. 4. Ed. Brasília: Senado Federal, 2021.

DINIZ, Anderson Moraes. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21. Comentada por Advogados Públicos / Organizador Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

FORTINI. Cristiana; AVELAR. Mariana Magalhães de. O direito administrativo sancionador: considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/20/o-direito-administrativo-sancionador-consideracoes-sobre-o-pl-4253-20-e-a-futura-lei-de-licitacoes/> Acesso em 10/03/2022.

JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos/Marçal Justen Filho, 13ª ed. São Paulo. Dialética, 2009.

LUZIA. Cauê Vecchia. Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas. In: E-book Nova lei de licitações e contratos. Coord: Joel de Menezes Niebuhr. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ed. São Paulo: Malheiros,1999.

PEDRA. Anderson Sant’Ana. Sanções Administrativas nas contratações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

PEDRA. Anderson Sant’Ana; TORRES. Ronny Charles Lopes de. O regime sancionatório na nova lei de Licitações (Lei 14.133/2021). IN BELÉM. Bruno; CARVALHO. Matheus; TORRES, Ronny Charles L. de. Temas Controversos da nova lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.