

Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar: limites processuais e materiais

A declaração de inidoneidade remonta ao art. 136 do Decreto-Lei nº 200/1967, que estabeleceu em seu inciso III a possibilidade da aplicação de tal penalidade aos fornecedores ou executantes de obras ou serviços.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 incluiu a figura da reabilitação quando da tipificação da inexecução total ou parcial do contrato como uma conduta infracional capaz de ensejar a *“declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Federal, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”* (art. 73, IV).

A Lei nº 8.666/1993 manteve praticamente o mesmo racional do Decreto-Lei nº 2.300/1986 acrescentando a necessidade de ressarcimento ao erário para a reabilitação do licitante/contratado declarado inidôneo (art. 87, IV).

Já a Lei nº 13.303/2016 não conferiu às empresas públicas e sociedades de economia mista a possibilidade de aplicarem a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Por fim, revogando a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratos – NLGLC) estabeleceu em seu art. 156, IV a possibilidade de o licitante ou o contratado ser declarado inidôneo.

Embora em seu cerne a Lei nº 14.133/2021 não discrepe do Decreto-Lei nº 200/1967, do Decreto-Lei nº 2.300/1986 e da Lei nº 8.666/1993 por seguir disciplinando a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar como uma das sanções aplicáveis a licitantes e contratados, ela trouxe limites processuais e materiais para a aplicação de tal penalidade que serão detalhados a seguir.

Começemos pelos limites processuais.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar será obrigatória e necessariamente precedida de análise jurídica e quando aplicada por (i) órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal; (ii) autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade e (iii) órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades mencionadas anteriormente, na forma de regulamento (art. 156, § 6º, I e II).

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar demandará ainda - obrigatória e necessariamente - a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o 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 (art. 158).

O último limite processual merece um maior destaque.

Cuida-se do iter procedimental de temperança e dosimetria que incide sobre todas as penalidades aplicadas pela Administração Pública no bojo da NLGLC e que exige que na aplicação das sanções sejam considerados: a natureza e a gravidade da infração cometidaⁱ; as peculiaridades do caso concretoⁱⁱ; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Públicaⁱⁱⁱ e a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (art. 156, § 1º)^{iv}.

Comentando o dispositivo, Juliano Heinen esclarece que os incisos de tal dispositivo “*estabelecem uma série de vetores intelectivos de aplicação da pena, os quais fornecem critérios para a gradação da sanção*”. Para o autor, a aplicação de uma “*sanção mais ou menos grave deve ser proporcional a maior ou menor reprovação da conduta do licitante. A gravidade da expiação deve ser ajustada à culpabilidade da conduta.*”^v

Neste particular, é preciso destacar que os parâmetros de dosimetria contidos no art. 156, § 1º não são de aplicação facultativa por parte da Administração Pública quando da aplicação de sanções. Neste sentido, colham-se as lições de Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha: “*Em linhas gerais, o que se exige, na atividade administrativa sancionadora, é que as sanções sejam aplicadas observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, valorando-se as situações concretas com observância dos critérios estabelecidos no § 1º. Não se trata, portanto, de recomendação vazia, haja vista que os incisos do § 1º proporcionam um direcionamento valorativo a ser seguido pela Administração Pública na aplicação e dosimetria das sanções.*”^{viii}

Encerrados os limites processuais, passemos agora a analisar os limites materiais para a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

O art. 156, § 5º da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos preconiza que a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar será aplicada ao responsável pela prática das seguintes infrações administrativas: apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação e praticar ato lesivo previsto no art. 5º^{ix} da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O mesmo dispositivo ainda autoriza a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar^x em face do licitante ou contratante que der causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; der causa à inexecução total do contrato; deixar de entregar a documentação exigida para o certame; não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta e ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado. Todavia, tais infrações administrativas só ensejam a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar caso haja justificativa para impor penalidade mais grave que o impedimento de licitar e contratar^{xi}.

Percebe-se claramente que a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu um rol de gravidade nas suas penalidades tendo a advertência caráter didático, corretivo e moral^{xii}; a multa (moratória e punitiva) caráter de coerção patrimonial^{xiii}; o impedimento de licitar e contratar um caráter temporal de restrição de direitos de no máximo 3 (três) anos^{xiv} e a inidoneidade um caráter temporal de restrição de direitos de no mínimo de 3 (três) anos e no máximo de 6 (seis) anos^{xv}.

Ou seja, a título de conclusão, é lícito afirmar que, por sua gravidade, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é claramente a *ultima ratio* a ser aplicada pela Administração Pública em sede de penalidades a licitantes e contratados, razão pela qual está sujeita aos limites processuais e materiais analisados no presente artigo.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia. Membro da Comissão Especial de Saneamento e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. Membro da Coordenação de Direito Público da Editora da OAB/PE. Pós-Graduado em Direito Público.

E-mails: aldem.johnston@mellopimentel.com.br.

ⁱ “O sancionamento deve, em qualquer hipótese, tomar em vista a natureza e gravidade da infração. O dispositivo destina-se a reiterar a relevância de tais fatores na atividade decisória, de modo a assegurar a proporcionalidade da sanção.” (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1.623)

ⁱⁱ “O dispositivo veda que o sancionamento seja aplicado considerando-se exclusivamente a previsão legislativa em abstrato. É indispensável não apenas a subsunção dos fatos em vista da previsão legal ou regulamentar. É necessário ponderar todas as circunstâncias no processo de dosimetria da sanção.” (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1.623)

ⁱⁱⁱ “Outra circunstância relevante se relaciona com os danos gerados pela infração à Administração Pública. A questão tanto pode prestar-se para agravar como para atenuar o sancionamento. Em alguns casos, a infração cometida pelo sujeito não produz efeitos nocivos relevantes. Em outros, há graves danos à Administração. O sancionamento deve corresponder a tais variáveis.” (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1.623)

^{iv} Em acréscimo, diga-se que o art. 169, §3º, I da NLGLC deixa patente que somente as irregularidades e não as simples impropriedades formais é que são objeto da aplicação de penalidades.

^v Heinen, Juliano, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Salvador: Editora JusPodivm, 2021, pág. 756.

^{vi} Já Cauê Vecchia Luzia entende que “a disciplina da Lei n. 14.133/2021 consagra a incidência do dever de proporcionalidade e do princípio da razoabilidade nos casos de sancionamento. A norma irradia orientação para que a lógica de autoridade ceda espaço à ponderação como técnica a ser empregada no sancionamento administrativo. O § 1º do artigo 156 traça importantes diretrizes de orientação à Administração Pública, além de conferirem um maior grau de previsibilidade na perspectiva do particular. Com isso, inaugura um importante capítulo na disciplina sancionatória em contratações públicas, uma nova página que pressupõe critérios objetivos e métodos ponderados para a imputação de sanções” (Luzia, Cauê Vecchia, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr (Coord.) et. al., 2ª. ed., Curitiba: Zênite, 2021, pág. 236, e-book.).

^{vii} Carvalho, Matheus; Oliveira, João Paulo e Rocha, Paulo Germano, Nova Lei de Licitações Comentada, Salvador: Editora JusPodivm, 2021, págs. 611/612

^{viii} Repita-se: inobservar o art. 156, § 1º da Lei nº 14.133/2021 não é uma opção, muito pelo contrário. Neste sentido, colha-se o acertado entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres: “Segundo o § 1º do art. 156, alguns aspectos deverão ser considerados na aplicação das sanções, entre eles: 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; a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Trata-se de um dever legal. Caso a aplicação da sanção não avalie esses elementos, poderá ser anulada pelo Judiciário. Enquanto manifestação de uma prerrogativa extraordinária e também do poder disciplinar da Administração, o exercício da competência sancionatória se submete rigorosamente ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais estabelecidas em favor do particular. Outrossim, a aplicação de sanções deve respeitar os princípios jurídicos que conformam a Administração, as garantias constitucionais ao particular, bem como o regramento necessários aos processos administrativos.” (Torres, Ronny Charles Lopes de, Leis de licitações públicas comentadas, 12ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, pág. 772)

^{ix} Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público

nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

^x Como o dispositivo legal claramente dispõe sobre uma inidoneidade para licitar ou contratar e não sobre uma inidoneidade para licitar e contratar, tragam-se aqui as lições de Joel de Menezes Niebuhr: “(i) nas hipóteses em que a declaração de inidoneidade é para participar de licitação, o apenado pode ser contratado pela Administração diretamente, por dispensa ou inexigibilidade; (ii) nas hipóteses em que a declaração de inidoneidade é para contratar, o apenado não pode ser contratado nem participar de licitação – porque esta visa justamente escolher o contratado” (Niebuhr, Joel de Menezes, Licitação pública e contrato administrativo, 5ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022, pág. 1.213)

^{xi} “A regra apriorística é que o tipo do inciso I do artigo 155 gera a advertência, os tipos dos incisos II a VII, o impedimento e os tipos de VIII a XII, a declaração de inidoneidade. A quebra da regra apriorística depende da justificativa de imposição de penalidade mais grave, texto praticamente repetido nos §§2º, 4º e 5º do artigo 156. Então, repita-se, a quebra da regra apriorística depende de a Administração justificar que a conduta, embora correspondente a tipo correlacionado a dada sanção, justifica a penalidade mais grave – esse é o ônus argumentativo extra.” (Niebuhr, Joel de Menezes, Licitação pública e contrato administrativo, 5ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022, pág. 1.217)

^{xii} “A advertência é a punição mais branda dentro de um elenco de cinco sanções administrativas previstas na legislação licitatória, cujos efeitos punitivos são escalonados – sendo menos severa a advertência e a mais rigorosa a declaração de inidoneidade. Por tal razão, tem-se que a advertência deve ser aplicada dentro de um juízo de proporcionalidade, com o escopo de punir um contratado em razão da ocorrência de erros na execução do ajuste que caracterizem uma inexecução contratual pequena ou de pouca gravidade, ou seja, a prática de uma falha leve, que não gera prejuízos definitivos e irreparáveis ao interesse público.” (Parziale, Aniello, As sanções nas contratações públicas: as infrações, as penalidades e o processo administrativo sancionador, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 183)

^{xiii} “Acerca dos objetivos da multa, seja qual for a sua espécie, utiliza-se o prejuízo financeiro decorrente da penalidade com o escopo de desestimular a prática das indesejadas caracterizadas como infrações administrativas, uma vez entendendo a Lei que, além da admoestação ou restrição de direitos, a redução patrimonial apresenta-se como eficaz instrumento para garantir a execução do objeto na forma pactuada. A multa caracteriza-se como uma penalidade de efeitos internos, não repercutindo suas sequelas para fora da relação contratual – ou seja, não prejudica o particular de participar de novas licitações, contratações diretas ou manter/celebrar contratos –, salvo a necessidade de utilização do aparato estatal para ajuizamento da competente execução fiscal para cobrá-la judicialmente, caso a cobrança administrativa, procedida pela própria Administração, de forma razoável e nos termos da lei, apresente-se como infrutífera.” (Parziale, Aniello, As sanções nas contratações públicas: as infrações, as penalidades e o processo administrativo sancionador, Belo Horizonte: Fórum, 2021, págs. 191/192)

^{xiv} “Dentro do sistema de gradação das sanções administrativas, no âmbito das contratações públicas, percebe-se que a referida punição – inexistente até a edição da Medida Provisória nº 2.026/ 2000, cujo teor criou a modalidade pregão – é aquela que intermedeia a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, prevista no art. 83, inc. III, da Lei Federal nº 13.303/2016, e a declaração de inidoneidade, fixada no inc. IV do art. 156 da Lei Federal nº 14.133/2021. Assim ocorre, uma vez que (1) o prazo da punição em estudo é de, no máximo, 3 (três) anos, apresentando-se, desta feita, superior à suspensão do direito de licitar e contratar, cujo lapso fixado pela norma é de, no máximo, 2 (dois) anos e inferior à declaração da inidoneidade, que poderá deter lapso punitivo de 3 (três) a 6 (seis)

anos; (2) já o alcance dos efeitos do impedimento de licitar e contratar, por ser limitado ao ente federativo, como restará a seguir demonstrado, apresenta-se superior à suspensão do direito de licitar e contratar perante a Administração sancionadora, que se limita à entidade contratante, e inferior em relação à declaração de inidoneidade, que abarca toda a Administração Pública, conforme infere-se da leitura do art. 156 §4º, da Lei Federal nº 14.133/2021.552 Ante tais características, repare-se que tal dispositivo legal apresenta uma sanção administrativa de natureza gravíssima, devendo o prazo a ser fixado pela autoridade competente ser dosado de acordo com a gravidade da conduta praticada pelo proponente ou contratado no âmbito da contratação pública. Acerca dos motivos de criação da referida sanção, a punição denominada de impedimento de licitar e contratar foi criada especialmente com o escopo de permitir a imposição de uma sanção distinta daquelas fixadas na Lei Federal nº 8.666/1993 aos participantes da licitação e processadas pelo pregão, uma vez que tal modalidade, em razão da sua dinâmica, exige maior comprometimento dos participantes durante a realização do torneio, haja vista que a participação descomprometida em efetivar a contratação pode gerar diversos prejuízos para o Poder Público licitante. Assim, demandou-se uma punição com maior carga aflitiva.” (Parziale, Aniello, As sanções nas contratações públicas: as infrações, as penalidades e o processo administrativo sancionador, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 207)

^{xv} “A última sanção administrativa constante na legislação licitatória é a declaração de inidoneidade, expressamente prevista no art. 156, inc. IV, da Lei Federal nº 14.133/2021. Haja vista, repise-se, ser a derradeira, no âmbito do sistema escalonado de penalidades previstas na legislação licitatória, apresenta-se a declaração de inidoneidade como a sanção provida de maior carga punitiva, vale dizer, é a penalidade mais severa ou rigorosa. Apresentando-se, portanto, como a sanção com maior carga repressiva dentre aquelas fixadas na legislação licitatória, caberá a declaração de inidoneidade somente quando restar efetivamente comprovada nos autos do processo administrativo sancionatório a prática de condutas tipificadas como infração administrativa que apresentam natureza gravíssima, pressupondo a prática de condutas igualmente sérias realizadas por um licitante no transcurso da licitação ou pelo contratado durante a execução do objeto do contrato administrativo. Ante tal característica, não deve ser declarado inidôneo o contratado que comete a primeira falta contratual ou técnica, ainda que grave, porque o que caracteriza a inidoneidade é o dolo ou a reiteração de falhas do profissional ou da empresa. O erro é uma contingência humana e, quando não há má-fé ou reincidência, deve ser punido com penalidades mais brandas que a declaração de inidoneidade, que pode acarretar a ruína da empresa ou do profissional atingido por esta drástica sanção.559 Com efeito, verifica-se que não é a prática de qualquer conduta antijurídica caracterizada como infração administrativa que acarretará a imposição da declaração de inidoneidade de licitantes e contratados. O comportamento observado deve ser tão grave que o sujeito infrator deve ser banido das contratações públicas enquanto perdurar a punição ou até que seja promovida a reabilitação na forma do art. 163 da Lei Federal nº 14.133/2021.” (Parziale, Aniello, As sanções nas contratações públicas: as infrações, as penalidades e o processo administrativo sancionador, Belo Horizonte: Fórum, 2021, págs. 209/210)