

# SANÇÕES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS – A FEBRE PUNITIVA

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(jan/23)*

I – Na qualidade de “substantivistas” do direito administrativo e das licitações não nutrimos simpatia nenhuma pelo penalismo, as punibilidades, as reprimendas e as punições genericamente consideradas, ainda que inegavelmente existam licitantes e fornecedores merecedores todo o rigor das penas, das punibilidades, das reprimendas e das punições, genérica ou especificamente consideradas, e em grande número. A esses, sem qualquer embargo, valha todo o rigor da regra penal.

Sem leniência indevida, o que entretanto não desce pela garganta – como o palito daquele prosaico sanduíche – é o verdadeiro *culto* que se observa pela matéria penal dentro do vasto escopo administrativo das licitações e dos contratos administrativos, seja qual for a lei do momento.

Observa-se no serviço público com inquietante frequência uma sanha punitiva desassombrada pelos fiscais e gestores, tão fora de propósito quão inconveniente e que é perceptível por vezes já nos editais, mas sobretudo no comportamento aqueles agentes

condutores da licitação e da execução dos contratos, a evocarem a figura do grande inquisidor ou a de fiscais de prisões nazistas ... (1)

Quem prefere antes cuidar da punição, esse agente, longe de técnica jurídica, muita vez carrega recalques, insatisfações e incorrespondências pessoais e funcionais, todas as que o impulsionam, meio sem ele se dar conta, a disciplinar - antes mesmo da operação licitatória e da execução contratual - as regras penais específicas de cada certame.

Agem como se as só normas da própria lei regedora já não foram bastantes para assegurar o arrependimento do mau particular que visa se locupletar do dinheiro público.

Devem paecer insuficientes ou brandas por demais, mesmo que dentre elas figure a da *declaração de inidoneidade para licitar e contratar* em todo o país com o poder público – algo freqüentemente capaz de *sepultar* as empresas dedicadas a contratos públicos.

II - Licitação e contrato não devem nem podem ser um *tango triste*, uma novela trágica ou um pesadelo negocial para nenhuma das partes.

Ao invés de planejar com cuidado máximo a punição do mau licitante ou contratado preferimos sempre, antes daquilo, procurar disciplinar o prestigiamento do particular que tenha desempenho elogiável e recomendável. É mais sadio e mais

---

<sup>1</sup> Uma só ilustração disso afirmado: certa feita em um curso fomos indagados sobre o cabimento da pena de declaração de inidoneidade a fornecedores de uma pequena cidade interiorana, eis que se recusavam repetidamente a fornecer orçamentos para orientar a formação do orçamento oficial de um ente local. O indagante entendia que aqueles fornecedores abusavam do poder público...

proveitoso que disparar caças às bruxas e vacinação ou prevenção pesada contra potenciais infratores.

Os comerciantes e os prestadores mal inencionados – e os existem muitos, repita-se - merecem toda reprimenda da regra, mas sua simples existência não pode ter condão de contaminar todo o universo dos fornecedores, que na sua vasta maioria são idôneos e honestos de propósito.

Tal qual na teoria os atos administrativos gozam de presunção de idoneidade, imagina-se que emprestar semelhante confiabilidade aos licitantes será mais recomendável que deles desconfiar sempre e a todo tempo como se foram serpentes sempre a ponto de desferir o bote – como faz aliás a própria legislação de licitações quanto aos agentes públicos, por vezes nitidamente pressupondo *contra* a sua idoneidade.

Sem prejuízo de cautela e de vigilância quanto aos valores públicos recomenda-se *confiar antes de desconfiar*, até porque é difícil conceber que a Administração queira, vise ou pretenda contratar pessoas de quem desconfie.

Será tão perigoso, ou tão ousado ?

III – Ao fim e ao cabo, indaga-se para quê serve em licitações a – amiúde exagerada e excessiva – fase da *habilitação*, senão para se avaliar a idoneidade jurídica, técnica, financeira, trabalhista e fiscal do licitante ? Mesmo que atualmente se habilite apenas o vencedor da parte competitiva do certame, continua a habilitação servindo exclusivamente para isso.

Um certame em que mais se cuide das penas do que da execução do objeto parece já começar muito mal, e um contratado de que logo de partida se desconfie não terá muito estímulo para oferecer o melhor que pode.

Sem qualquer ingenuidade, um edital de licitação, e uma minuta de contrato, não se prestam a desfilar negativismos gratuitos, nem a abrigar sombrias previsões como se a catástrofe fosse certa e inevitável.

Qualquer comportamento de desmesurada prevenção contra possíveis reveses e aferrado a excesso de cautela possivelmente *atrairá o problema*, na medida em que o igual atrai o igual. Desconfiar das sombras é – sempre - uma péssima política.

IV – A matéria penal das leis de licitações sempre enseja dúvidas e incertezas de variada natureza. Nesta transição de leis que se dará em abril de 2.023 existe motivo para ainda mais questionamentos.

Alguns pontos iniciais a abordar:

- estamos em janeiro de 2.023. Até abril de 2.023 o ente licitador escolherá a Lei nº 8.666/93 *ou* a Lei nº 14.133/21 para reger a sua licitação. Escolhendo a Lei nº 8.666/93 deve com ela permanecer até a produção do último efeito da última prorrogação do contrato que gerar.

Nessa hipótese a Lei nº 14.133/21 simplesmente inexistente, como se nunca tivesse sido publicada. Nenhuma das suas disposições se aplica ou se transmite à licitação e ao contrato iniciados e portanto regidos pela Lei nº 8.666/93;

- sendo assim, nenhum dispositivo penal da nova lei se aplica a licitação ou a contrato regido pela velha lei, a conhecida Lei nº 8.666/93, nesta data de janeiro de 2023 ainda vigente. Nada de novo a nova lei trouxe, até o dia de hoje, para as licitações nem para os contratos regidos pela velha (mas ainda vigente) Lei nº 8.666/93 <sup>(2)</sup>;

- ninguém procure, também, nem na lei do pregão presencial (Lei nº 10.520/02) nem no decreto do pregão eletrônico (Decreto nº 10.024/19), ambos os quais ainda em vigor, matéria penal aplicável às licitações regidas nem pela Lei nº 8.666/93 nem, acaso, pela nova Lei nº 14.133/21;

- é comum se observarem em pregões presenciais e eletrônicos pretensões punitivas pelo ente contratante baseadas nos arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93, cumuladas ou combinadas com penas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02;

- e é também freqüente se observarem pregões eletrônicos no decorrer dos quais, ou já na execução dos respectivos contratos, o ente licitador tenta aplicar penas da lei de licitações combinadas com as penas do Decreto nº 10.024/19.

V – Uma semelhante salada penal equivale a tentar aplicar a alguém as penas do Código Penal, combinadas com as do código napoleônico, cumuladas com as do código de Hamurabi, agravadas pela lei do talião e rematadas por algum outro dispositivo penal perdido nas trevas da história, talvez indígena ou viking.

---

<sup>2</sup> A velha lei nesta data ainda é boa. Consoante asseverava José Vasconcellos, existe muita velha boa.

Tal atitude não faz o menor sentido nem tem o menor cabimento jurídico, histórico, institucional, lógico nem operacional, ao lado da desumanidade implícita.

Mas infelizmente em tempos recentes tem parecido que, em sendo para punir alguém, literalmente *vale tudo* no âmbito da Administração pública – quando a verdade é bem a inversa!

Com todo efeito, não existe em direito alguma província ou matéria mais rígida, apertada, regrada e disciplinada que a penal, uma vez que se cuida de valores elevadíssimos do cidadão, como a liberdade, a honra, a reputação e a renomada, a credibilidade, tudo o de que o cidadão vive e se sustenta.

Formalmente quanto a isso avulta a imprescindível *tipicidade da infração penal*, que significa o enquadramento da conduta de alguém n'algum tipo penal preexistente, especificado e descrito na lei, se se o quiser apenar.

Sem essa rigorosa tipificação da conduta como criminosa crime nenhum existirá, conforme assegura a Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXIX, e o art. 1º do Código Penal brasileiro.

Tudo isso faz parecer que, além de em decoração e em vestuário, também em enquadramento penal *o menos é mais*, para desespero dos carrascos travestidos de agentes públicos que assombram a Administração pública, e que auxiliam a sociedade tanto quanto uma broncopneumonia dupla.

VI – Não é porque a lei muda após ter sido iniciada uma licitação, ou após ter sido assinado um contrato, que o

rumo daquela licitação, ou a execução daquele contrato, poderão sofrer alteração.

A Constituição, art. 5º, inc. XXXVI, abrigando preceito secular da antiga lei de introdução ao Código Civil (LICC), que atualmente se denomina lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), assegura em cláusula pétrea que a (nova) lei não prejudica ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

A licitação e o contrato são, pressupostamente e até demonstração em contrário, *atos jurídicos perfeitos*, se produzidos na forma da lei que os rege. Estão, assim e nessa condição, imunes a alterações legislativas posteriores quer para melhor, quer para pior a qualquer das partes, valendo-lhes a regra regedora originária até a produção do seu último efeito.

Não foi por outro motivo que a própria Lei nº 14.133/21 previu que

Art. 190 O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Não poderia ser diferente, nem seria.

A segurança jurídica e institucional do cidadão depende fundamentalmente de princípios como este, sem os quais um estado não se pode dizer civilizado.

VII – Então, nessa conformidade as regras penais enfeixadas na lei que rege o certame e o contrato *não se*

*comunicam nem se estendem* até atos ou contratos que não foram regidos pela mesma lei.

Ao aplicador não é dado tentar “melhorar” por conta própria e a seu talante o rol penal de nenhuma lei, por mais ódio e raiva que acumule contra os maus e perniciosos fornecedores. Devagar com o andor, cavalheiro...

Direito, sobretudo o penal, não é nem pode ser tido como a festa do caqui, a casa da sogra ou uma terra devastada e de ninguém. Hitler emprestava retroatividade, prejudicial e não benéfica, à lei penal que editava. Mas não é um exemplo a seguir.

E não será demais recordar a antiga fórmula de que *o único homem livre é o escravo da lei*, porque essa é a garantia de todos contra todos, e segurança de todos em prol de todos.

E se registre, mais ainda, que também o inferno dos aplicadores da lei está repleto de boas intenções.