
Marçal Justen Filho: IN 1/2017 não deve servir apenas à Presidência

A Instrução Normativa 1, de 13 de outubro de 2017, foi editada pela Presidência da República para regulamentar a dosimetria da penalidade de impedimento de licitar e contratar, cominada no artigo 7º da Lei 10.520. A sua edição decorreu de entendimento adotado pelo TCU, no Acórdão 754/2015-Plenário. Ainda que a disciplina adotada possa despertar alguma crítica, trata-se de um enorme avanço para o processo administrativo sancionatório.

1. A exigência fundamental da previsibilidade quanto ao sancionamento

Um dos princípios fundamentais do sancionamento jurídico (em qualquer ramo do Direito) consiste na previsibilidade. É essencial a existência de norma abstrata descrevendo não apenas a ilicitude, mas também a sanção cominada. Essa é uma garantia inerente a uma ordem democrática.

O princípio da legalidade impõe que essa norma abstrata sancionatória seja veiculada por lei. Essa é uma decorrência direta do artigo 5º, inciso II, da CF/88. A determinação do inciso XXXIX da CF/88 (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) aplica-se também ao ilícito administrativo.

Tem-se admitido, na prática, que a lei contemple uma descrição genérica do ilícito administrativo, remetendo à autoridade administrativa o poder para um detalhamento mais preciso. Essa é uma questão jurídica em aberto, no entanto.

2. A exigência fundamental de proporcionalidade

Ocorre que a disciplina em uma norma geral e abstrata é insuficiente para assegurar o sancionamento adequado, personalizado em face das circunstâncias do caso concreto. A individualização da sanção é inerente ao processo judicial ou administrativo de apuração do ilícito e de imposição do sancionamento. Justamente por isso, a própria CF/88 determina que “a lei regulará a individualização da pena...” (artigo 5º, inciso XLVI). Também essa determinação alcança as penalidades administrativas.

Porém, a individualização da punição envolve uma atuação decisória fundada no princípio da proporcionalidade. O dimensionamento (dosimetria) da sanção concretamente imputada deve refletir tanto a gravidade objetiva da conduta praticada quanto a reprovabilidade do elemento subjetivo do agente.

A ordem jurídica e as demandas da sociedade exigem que o sancionamento seja proporcional à conduta ilícita. A punição excessiva viola os valores fundamentais e se constitui num fator que dificulta o sancionamento concreto. A repressão insuficiente é uma ofensa à ética e incentiva a ilicitude.

3. A tendencial variação em face das circunstâncias

Em face desses pressupostos, existe tendencial variação na punição efetivamente imposta para os ilícitos concretamente praticados. Cada situação e cada sujeito apresentam peculiaridades próprias, o que se reflete na dosimetria da sanção aplicada.

4. A situação concreta e a IN 1/2017 – Presidência da República

Ocorre que a ausência de regras mais específicas sobre o sancionamento administrativo produziu, na nossa prática diária, a tendência à dosimetria arbitrária. As autoridades competentes adotavam padrões de punição desvinculados das circunstâncias concretas. Não era incomum que a autoridade aplicasse o sancionamento máximo, ainda quando a norma legal tivesse previsto uma margem de discricionariedade.

A IN 1/2017 versa especificamente sobre o sancionamento previsto no artigo 7º da Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), cuja redação é a seguinte:

“Art. 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 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”.

Nesse cenário, a Instrução Normativa 1/2017 propicia um relevante aperfeiçoamento para o processo administrativo sancionatório. Consagra formalmente a necessidade de adequação da previsão normativa abstrata às circunstâncias da ilicitude concretamente praticada. Mais ainda, estabelece padrões mais definidos para a formação da decisão punitiva.

5. O reconhecimento da limitação à órbita federativa

Um aspecto fundamental reside no reconhecimento de que o sancionamento fundado no artigo 7º da Lei do Pregão restringe-se à órbita federativa sancionadora. Essa é uma questão de extrema relevância.

O problema se relaciona com a jurisprudência — equivocada, com todo o respeito (e, pior, invocando muitas vezes uma antiga passagem doutrinária deste autor) — do STJ. Apreciando o artigo 87, incisos III e IV, da Lei 8.666, o STJ firmou entendimento de que as sanções de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade produzem efeitos jurídicos equivalentes, no âmbito de todas as esferas federativas. Essa interpretação não encontra respaldo na disciplina literal da Lei 8.666. Mais ainda, é incompatível com a proporcionalidade.

O mais grave é que a interpretação reflete a louvável intenção de proteger a administração pública, mas produz efeitos desastrosos: reduz a amplitude de potenciais licitantes, acarretando a exclusão daqueles que, tendo cometido uma falta de menor gravidade, recebem tratamento idêntico àquele reservado para as infrações mais reprováveis. A interpretação do STJ é ainda mais nociva porque reputa que o sancionamento em uma esfera federativa se comunica a todas as demais. Portanto, a suspensão do direito de licitar imposta por um município impediria a contratação dele por qualquer outro ente administrativo.

Ora, essa interpretação contaminou, em muitas oportunidades, a aplicação do artigo 7º da Lei 10.520. Em alguns casos concretos, determinou-se que o impedimento de licitar e contratar ali previsto extrapolaria os limites federativos. Esse entendimento foi formalmente repellido pela IN 1/2017, que reconhece que o sancionamento imposto pela Presidência da República produz efeitos restritos à órbita da União. Portanto, não alcança estados, Distrito Federal e municípios. Essa interpretação encontra

respaldo na redação do artigo 7º da Lei do Pregão, que consagra a preposição “ou” ao elencar as órbitas federativas perante as quais o sancionamento produzirá seus efeitos.

6. A diferenciação das ilicitudes previstas no artigo 7º da Lei do Pregão

Outro aperfeiçoamento relevante consistiu em diferenciar as várias ilicitudes previstas no artigo 7º da Lei do Pregão. O dispositivo contempla uma pluralidade de condutas ilícitas, cominando-lhes genericamente o sancionamento de impedimento de licitar e de contratar por “até” cinco anos.

Esse tratamento uniforme propiciou, muitas vezes, a identificação de condutas ilícitas dotadas de reprovabilidade muito diversa. Esse entendimento não é compatível com o princípio da proporcionalidade. É evidente que a conduta de deixar de assinar o contrato não é necessariamente equivalente àquela de apresentar documento falso. Não há fundamento para impor sancionamento equivalente em tais hipóteses.

A IN 1/2017 impõe tratamento diferenciado proporcional à gravidade das condutas infracionais. Assim, por exemplo, a ausência de formalização do contrato, por ato reprovável do particular, acarretará sanção limitada a quatro meses (artigo 2º, inciso I). Já a apresentação de documentação falsa é sancionável por impedimento de contratar por 24 meses (artigo 2º, inciso III).

7. A previsão de agravantes e atenuantes

Um terceiro aspecto a ser destacado é a previsão de circunstâncias atenuantes e agravantes, a serem consideradas para a fixação da penalidade em concreto. Essa disciplina impõe à autoridade julgadora tomar em consideração também as ocorrências externas à infração cometida. Assim, por exemplo, a prática de ilícito nos 12 meses anteriores se constitui em agravante (artigo 3º, inciso I), que autoriza a majoração da sanção em até 50%.

De modo genérico, as agravantes relacionam-se com a presença do dolo ou da culpa grave. A penalidade deverá ser aumentada quando o sujeito praticou consciente e intencionalmente o ilícito. Quando menos, verificou-se situação em que o sujeito não podia deixar de ignorar a ilicitude de sua conduta.

Uma agravante que desperta a atenção, no entanto, é aquela do artigo 3º, inciso IV. Trata-se de declaração falsa quanto à condição de beneficiário de tratamento diferenciado. A regra é especificamente apropriada para os licitantes que invocam, sem preencher os requisitos, a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte — objeto de tratamento preferencial por parte da LC 123. Deve-se entender que essa agravante somente poderá ser aplicada quando o sujeito tinha conhecimento da ausência de preenchimento dos requisitos exigidos.

Já as circunstâncias atenuantes se relacionam à ausência de elemento reprovável na conduta ilícita, o que impõe a redução da penalidade em até 50%. São aquelas hipóteses em que a infração decorre de culpa leve, configurando-se como uma “falha escusável” (artigo 4º, inciso I). Essa fórmula verbal compreende as hipóteses de ausência de dolo, o que significa a ausência de consciência ou de vontade de praticar o ilícito. Mas exige ainda mais que a infração se configure em hipóteses de complexidade fática (técnica, jurídica, econômica), em face das quais a violação à lei decorreu de descuidos de pequena monta.

8. A garantia da ampla defesa e do contraditório

Não deixa de ser sintomático que mereça destaque a renovação contemplada na IN 1/2017 quanto à garantia da ampla defesa e do contraditório. Em princípio, a disciplina do artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF/88 deveria ser suficiente. Não existiria necessidade em reiterar esses direitos fundamentais numa norma infralegal.

Lamentavelmente, no entanto, a prática administrativa continua a ser refratária a isso. Continua a prevalecer o entendimento de que o processo administrativo punitivo é instaurado apenas depois de a autoridade administrativa ter reconhecido a existência de um ilícito e decidido impor ao agente a punição. Ou seja, a decisão punitiva preexiste ao processo administrativo, razão pela qual todas as defesas e provas requeridas pelo acusado se configuram como procrastinatórias. Essa é uma herança da experiência não democrática da atividade administrativa.

Torna-se necessário reiterar, por isso, que é antijurídico adotar decisão punitiva antes de instaurar o processo administrativo. Mais do que isso, a decisão sancionatória somente pode ser o resultado de um processo norteado pelo contraditório e pela ampla defesa. Por isso, o acusado tem o direito de produzir provas e, inclusive, requerer diligências. Negar-lhe oportunidade para tanto é uma infração administrativa grave. Tão grave quanto o é violar os interesses da administração pública numa licitação ou num contrato administrativo.

9. A aplicação extensiva da IN 1/2017: as sanções da Lei 8.666

A IN 1/2017 refere-se apenas à sanção do artigo 7º da Lei 10.520. No entanto, é evidente a sua aplicabilidade também às sanções da Lei 8.666. Em primeiro lugar, a exigência de proporcionalidade alcança não apenas o sancionamento de ilícitos praticados no âmbito do pregão. Todas as infrações cometidas no âmbito das licitações em geral e dos contratos daí decorrentes subordinam-se ao mesmo regime constitucional.

Depois, grande parte das infrações contempladas no artigo 7º da Lei do Pregão apresenta equivalência com aquelas cominadas na Lei 8.666. Em muitas hipóteses, a própria redação legal é similar (senão idêntica).

Logo e na medida em que se configurem equivalências entre os diplomas, a sua aplicação deve ser submetida ao mesmo regime.

10. A aplicação extensiva na IN 1/2017: a administração federal

A IN 1/2017 destina-se formalmente a dispor sobre ilicitudes no âmbito da Presidência da República. É muito problemático, no entanto, que os demais órgãos da administração pública direta, no âmbito da União, deixem de adotar as regras ali consagradas.

Não haverá fundamento para que a autoridade integrante da administração federal afirme que os limites contemplados na IN 1/2017 são reservados apenas para o relacionamento entre o sujeito privado e a Presidência da República — tal como se as orientações políticas fundamentais dali não proviessem. Quando muito, a invocação da autonomia da autoridade pode se traduzir em solução específica, demonstrando a existência de razões suficientes para afastar os padrões contemplados na IN 1/2017.

Date Created

19/10/2017