

APLICAÇÃO DE PENALIDADES ÀS EMPRESAS INADIMPLENTES NO ÂMBITO DO SISTEMA “S”. FUNDAMENTO

Por: Caroline Rodrigues da Silva.

Advogada do SESC/Paraná na área de licitações e contratos administrativos.

A Constituição Federal do Brasil prevê, em seu artigo 149, três tipos de contribuições que podem ser instituídas exclusivamente pela União:

- (i) contribuições sociais;
- (ii) contribuição de intervenção no domínio econômico, e;
- (iii) contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Esta última hipótese de incidência é a base legal para a existência de um conjunto de onze contribuições que convencionou-se chamar de Sistema “S”.

O Sistema “S” é composto de entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria e pesquisa, com raízes comuns e características organizacionais similares. As receitas arrecadadas através daquela contribuição devem ser aplicadas conforme previsto na respectiva lei de instituição. Em razão da administração destes recursos os “S” têm o dever de licitar para contratação de obras e serviços, compras e alienações.

Melhor esclarecendo a matéria, Julieta Mendes Lopes Vareschini¹ leciona que “(...) o dever de licitar dos Serviços Sociais Autônomos decorre do fato de eles administrarem verbas oriundas de contribuições parafiscais. Desta forma, a fim de aplicar da melhor maneira possível tais recursos, devem buscar a proposta mais vantajosa e possibilitar a todos os interessados que atuem no ramo do objeto e que atendam às exigências estipuladas, igualdade de condições”.

Entretanto, apesar de a Lei n° 8.666/93 instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, as entidades componentes do Sistema “S” dispõem de regulamento próprio para licitar, considerando que aquela Lei Federal não contemplou tais entidades à subordinação de suas regras.

Esta é a opinião do Tribunal de Contas da União que firmou entendimento através da Decisão 907/97 de que “... por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1° da Lei 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados”.

Ultrapassada a questão do dever de licitar dos “S”, passamos à análise da possibilidade de aplicação de penalidades às licitantes inadimplentes.

Inicialmente cumpre-nos destacar que o edital é a norma máxima do processo licitatório, sendo regido por legislação própria e, no caso do Sistema “S”, pelo Regulamento de Licitações e Contratos da entidade.

Anote-se que é no Instrumento Convocatório onde se encontra o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o Edital e os atos administrativos praticados no processo em desenvolvimento se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes no Ato Convocatório, a entidade frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores do referido processo, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia e a vinculação ao instrumento convocatório.

O edital deve dispor sobre o cumprimento da proposta, em todos os seus termos, bem como as obrigações das partes e as situações nas quais a empresa estará sujeita a imposição de penalidades.

É importante esclarecer que o regime jurídico relacionado a uma licitação é muito mais severo do que o aplicável às relações puramente privadas. Esta subordinação atrela-se aos licitantes pela simples assunção a um procedimento licitatório.

Sobre o inadimplemento contratual nos apoiamos no magistério de Marçal Justen Filho², para o qual:

“Cada parte tem o dever de cumprir suas prestações na forma, no tempo e no lugar previstos no contrato. Aplica-se a regra *do dies interpellat pro homine*, sendo desnecessário um ato formal para constituição em mora do devedor inadimplente. A inexecução contratual acarreta as consequências discriminadas na lei, no ato

¹ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema S*. Curitiba: Editora JML, 2007, pg.16.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005, pg. 572.

convocatório e no contrato. Como já afirmado, o inadimplemento contratual autoriza, conforme o caso, a responsabilização civil, penal e administrativa aos sujeitos responsáveis.

A inexecução total ou parcial do contrato propicia sua rescisão. Verifica-se, no Direito Administrativo, a incidência de regras mais severas do que as de direito privado. (...) No Direito Administrativo, a inexecução parcial pode ser assimilada à total. A indisponibilidade dos interesses fundamentais não se compadece com a incerteza ou insegurança do cumprimento das prestações impostas ao particular”.

Em outra passagem, Marçal Justen Filho ³ ainda leciona que: “o princípio fundamental atinente à configuração de infrações reside da reprovabilidade da conduta ao particular. Isso significa que a infração caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável”.

No tocante à aplicação de penalidade para os casos de inadimplemento das licitantes que não honrarem o compromisso assumido com a entidade do Sistema “S”, faz-se necessário que o Instrumento Convocatório e/ou o Contrato estabeleça quais serão estas penalidades, em consonância com as disposições contidas no art. 32 do Regulamento de Licitações e Contratos, que seguem transcritas *in verbis*:

“Art. 32 - O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, **sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato**, inclusive a suspensão do direito de licitar ou contratar com o SESC por prazo não superior a 2 (dois) anos.”

Observe-se que outras penalidades poderão estar dispostas no edital ou no contrato. Entretanto, é imprescindível asseverar que o instrumento convocatório deve enumerar estas sanções. Neste sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴ argumenta que “O disciplinamento das penalidades no edital tem por objetivo garantir o primado do devido processo legal. Além de reforçar o conhecimento, a norma reproduzida deve ajustar-se ao caso concreto, indicando os limites da dosimetria na aplicação”.

Ressalta-se também, que o Edital tem seus limites na legislação pertinente à matéria e está hierarquicamente abaixo dela. Neste aspecto, Julieta Mendes Lopes Vareschini⁵ doutrina sobre a impossibilidade de o Edital inovar na ordem jurídica. Para aquela autora, os Serviços Sociais Autônomos somente devem elencar no instrumento convocatório sanções previstas em lei. E arremata:

“(…) não poderá a entidade estipular no instrumento convocatório sanções que não estejam previstas em lei. Há que se encontrar um suporte legal que respalde a previsão, no edital, das sanções cabíveis. O diploma legal a ser aplicado no caso em voga é a Lei 8.666/93, porquanto é ela que traça as penalidades que incidem em sede de licitações e contratos. Ainda que as entidades não estejam submetidas aos estritos termos desse diploma, sua adoção se faz necessária para fixação das penalidades. Na mesma esteira, tratando-se de pregão, aplica-se o art. 7º da Lei nº 10.520/02, que dispõe sobre as penalidades cabíveis nesta modalidade”.

Vejamos opinião do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de caso análogo:

Mandado de segurança. Recurso. Edital de licitação. Proposta vencedora. Sanções aplicadas pela administração, em decorrência do descumprimento do contrato. Violação a direito líquido e certo indemonstrada. **Descumpridas as normas do edital, a aplicação das penalidades previstas no próprio edital e na legislação pertinente, não fere direito**, muito menos líquido e certo. (RMS 4.261/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda turma, julgado em 10.08.1994, DJ 29.08.1994 p. 22183) (grifamos)

A jurisprudência do TCU determina a aplicação das penalidades, como se observa no Acórdão nº 2.947/2004 - Primeira Câmara, da lavra do Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, publicado no Dou 01/12/2004 - Página 0, cujo trecho principal transcrevemos:

“(…)”

Não obstante todo esse arcabouço jurídico a amparar a adoção da necessária medida punitiva, nenhuma dessas providências teria sido aplicada pela Administração contratante, que apenas se conformara diante da inadimplência das contratadas, a causar grave prejuízo à regular execução do programa da merenda escolar no município cearense de Juazeiro do Norte.

É inaceitável o argumento de que o não fornecimento de itens licitados decorreria dos baixos preços ofertados pelas contratadas para esses itens, situando-se aquém dos preços de mercado.

A idéia da licitação, sobretudo na modalidade de pregão, é justamente buscar a proposta mais vantajosa para a Administração, assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes. Sagrando-se vencedor do certame, o contratado compromete-se a cumprir com a sua proposta à licitação, não podendo o eventual inadimplemento acarretar ônus exclusivo para a Administração e para o interesse público.

³ Ob. Cit. Pg. 621.

⁴ In: *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pg. 428.

⁵ Ob. Cit. Pg. 242.

Por isso, **a lei estabeleceu sanções administrativas e hipóteses de rescisão contratual, sendo a discricionariedade da Administração, de aplicá-las ou não, jungida ao poder-dever do administrador, e nunca à mera disposição sobre os interesses da Administração Pública e dos administrados.**

A motivação é um dos requisitos do ato administrativo. Não consta dos autos que a Administração municipal teria motivado formalmente a opção de não adotar as medidas punitivas e rescisórias previstas na lei e nos contratos firmados com as empresas inadimplentes.

Assim sendo, **deve o Tribunal fixar prazo, à Prefeitura de Juazeiro do Norte, para o exato cumprimento da lei e dos contratos, no sentido de instaurar processos administrativos com vistas a aplicar sanções aos contratados inadimplentes** e, se condizente com o interesse público, rescindir os contratos correspondentes, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, ou motivar, circunstanciadamente, a não-adoção dessas medidas”.

Assim, uma vez demonstrada a ocorrência de inadimplemento contratual, não poderá a entidade deixar de aplicar as sanções cabíveis, na medida em que tal se constitui em dever e não mera faculdade. Ou seja, a imposição de sanção é obrigatória, não é prerrogativa, consoante opinião doutrinária e do TCU.

Por derradeiro, é imperioso destacar que a aplicação de penalidade será precedida de concessão de contraditório, informando-se à empresa sobre a aplicação da penalidade, bem como de ampla defesa, na qual a empresa poderá apresentar todos os meios legais de defesa. A jurisprudência pátria é assente ao julgar nulo o ato administrativo que não atenda ao contraditório e à ampla defesa.

Agravo interno. Decisão monocrática. Administrativo. Licitação. Penalidade. Defesa prévia. Para que possam ser aplicadas as sanções estipuladas na lei das licitações, por inexecução total ou parcial do contrato, necessário a instauração de procedimento administrativo, onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa prévia. É nulo o ato administrativo que, sem garantir o direito de prévia defesa por meio do processo legal adequado, impôs penalidade e rescisão contratual. Conheceram do recurso e negaram-lhe provimento. Unânime. (Agravo nº 70012086104, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 17/08/2005)