

CONTRATOS NAS ESTATAIS - LEI Nº 13.303/16

Ivan Barbosa Rigolin

Quarta parte

Seção III

Das Sanções Administrativas

Art. 82

Este artigo abre a Seção de sanções administrativas da lei das estatais, quanto aos contratos. Fá-lo com técnica estranha entretanto, eis que no *caput* determina que os contratos deverão contemplar sanções por atraso injustificado na execução, e prossegue informando que o contratado ficará sujeito a multa de mora na forma do contrato ou do próprio edital.

De onde o legislador extraiu esta técnica ? Se o contrato deve prever sanções por atraso, então a) não será o edital que o poderá fazer, e b) para quê informa o *caput* que o contratado ficará sujeito a multa de mora ? Não é o contrato que deve prever essa sanção ? Terá querido dizer o *caput* que além da multa de mora o contrato deverá prever outra sanção, cumulável com a multa ? O legislador consegue ser prodigiosamente confuso em espaço bastante apertado.

A nós parece que o contrato *precisa* prever multa de mora por atraso, sem necessariamente estabelecer outra penalidade, apenas *podendo* estabelecer outra, cumulável com a multa, se quiser a estatal.

O que não se admite é que apenas o edital estabeleça multa ou outra penalidade, ainda que eventualmente integre o contrato, porque a lei interna entre as partes é o contrato e não o edital. Dividir a matéria penal administrativa entre edital e contrato é de técnica indescritivelmente ruim, a se

evitar a todo custo, ou de outro modo em dada altura da execução o contratado poderá não saber se atende o contrato que celebrou ou o edital do qual aquele se originou.

O § 1º é de uma bisonhice equivalente à do *caput*, e informa a obviedade de que pode haver multa mais outra penalidade aplicadas contra o contratado, e que a aplicação dessa penas não impede a rescisão do contrato. Espantoso ! Alguém imaginaria que a estatal estaria impedida, dentro de qualquer circunstância imaginável durante a execução, de rescindir o contrato, caso para isso existisse motivo ?

Rescisão não é penalidade, tenha-se sempre presente. Seja ela unilateral pela estatal, seja acordada entre as partes, seja judicialmente determinada por provocação de qualquer das partes, e contra tudo o que possa parecer, jamais constitui penalidade, mas tão-só uma providência que, ou a estatal isoladamente ou as partes em conjunto, entenderam necessária diante do quadro ocorrido ou gerado durante a execução.

É evidente, assim sendo, que essa possibilidade sempre está à disposição da estatal ou das partes, independentemente de ser caso de a estatal aplicar alguma penalidade ao contratado ou não.

Os §§ 2º e 3º vistos em conjunto, inspirados como são na lei das licitações, estabelecem que a multa será deduzida da garantia prestada pelo contratado, e em caso de insuficiência será deduzida dos pagamentos devidos pela execução, ou cobrada administrativamente, ou executada.

Isso pressupõe que o contratado prestou garantia, o que na prática e em verdade nem sempre acontece. Os demais dispositivos dos parágrafos são também mais ou menos óbvios, sabendo-se que em qualquer caso no mundo dos negócios o devedor *paga por bem ou paga por mal*.

Após esgotada sem sucesso a ampla defesa que deve ser deferida ao contratado acusado de ter incidido no tipo penal da multa, então a ordem legal das fontes de recurso para o pagamento é aquela: *garantia*, se prestada e suficiente; depois, *dedução dos créditos contratuais*, se existentes e suficientes; depois, *cobrança amigável*, e por fim, se todo o anterior malograr,

ação judicial de cobrança, na qual o contratado, naturalmente, poderá exercer sua defesa com todos os meios aceitos em direito, podendo até mesmo obter a anulação da multa.

É natural, por fim, que o contratado, apenado e inconformado com a autuação e a cobrança, poderá ingressar com ação judicial a qualquer tempo ou tão logo notificado da autuação, pleiteando anular, ou mesmo reduzir, a penalidade.

Art. 83

Artigo equivalente ao art. 87 da lei de licitações, contempla as três penalidades aplicáveis ao contratado pela estatal em caso de inexecução total ou parcial do ajustado, após exercida a ampla defesa do contratado, e são (inc. I) *advertência*, (inc. II) *multa* na forma do edital ou do contrato, e (III) *suspensão* por até dois anos do direito de participar de licitações na respectiva estatal, com *impedimento* de com ela contratar nesse período.

A *advertência* é penalidade escrita e que comporta todo o ritual de defesa constitucional e legalmente assegurado a todo e qualquer acusado.

A *multa de mora*, como se viu, deve estar prevista no contrato, e quanto à *péssima ideia* de estar fixada apenas no edital leiam-se os comentários anteriores.

A pena mais grave é a *suspensão* de licitações e de contratações, *apenas com a respectiva estatal*, que na estatal pode aplicar a seu contratado por até dois anos. Parece pueril insistir sobre a imprescindível fase da ampla defesa e do contraditório antes da efetivação da pena, direito esse que, por evidente, cresce em relevância à medida em que a penalidade se agrava dentro da escala.

Essa pena não extrapola jamais os limites da estatal que a aplicou, a uma porque essa é regra geral e natural nas suspensões, tal qual prevista na lei de licitações, e a duas porque nada nem remotamente na lei das

estatais pretendeu ampliar o alcance dessa pena para extramuros da entidade aplicadora.

A lamentável vacilação jurisprudencial que em dado lastimável momento da história de nossos tribunais pretendeu emprestar alcance nacional à suspensão do direito de licitar está hoje - como se a lei de licitações não existisse ou não fosse para ser cumprida -, e afortunadamente, sepultada sob sete palmos de cal.

Nada como a *formalmente execrável* pena da declaração de inidoneidade aqui foi pretendido pela lei das estatais. Entenda-se bem: essa pena é material e substantivamente necessária, imprescindível mesmo, em caso de a Administração por infelicidade acabar contratando um bandido, um crápula corrupto ou um meliante de qualquer natureza, já que não detém bola de cristal que lhe permita preveni-lo, uma vez que aquela criatura na licitação houve-se com absoluta regularidade.

O que resulta horripilante naquela pena é a sua descrição, o seu núcleo, a competência para sua aplicação e as conseqüências que a lei das licitações, art. 87, estabelece contra o apenado, que na maioria das vezes não *fecham* de modo algum e que apenas de vez em quando dão certo, que atiram em toda direção e que não foram concebidas com o mínimo laivo de tecnicismo - a ponto de a redação do inc. IV, e o § 4º, ambos do art. 87 da lei de licitações, constituírem para nós uma grave inidoneidade legislativa, um ponto negro daquela lei que de resto já é tão pródiga em obscuridades e em atecnias de toda ordem.

Na lei das estatais, nada de parecido com a declaração de inidoneidade como previsto na lei de licitações, e esse tipo até faz falta - vide *petrolão* e os outros múltiplos escândalos de corrupção nas estatais -, porém *jamais como consta da Lei nº 8.666/93*.

Os §§ 1º e 2º encerram o artigo. O § 1º repete o § 3º do art. 82, e se já era ligeiramente óbvio ali, aqui o é mais ainda.

O § 2º, em má técnica, deveria informar às claras que pode ser aplicada multa cumulativamente *ou* com advertência *ou* suspensão. Do

pasticcio que ali está escrito, entretanto, alguém poderá inferir que pode ser aplicada multa *junto* com suspensão e *junto* com advertência, o que é juridicamente absurdo, pois que a advertência e a suspensão se excluem reciprocamente, e ou se aplica uma pena ou se aplica outra, jamais as duas em conjunto ao mesmo contratado pelo mesmo fato.

A multa pode ser aplicada, portanto, junto ou com suspensão ou junto com advertência, mas a suspensão jamais convive com a advertência, se pelo mesmo fato, que em princípio se for leve ensejará advertência, e se for grave suspensão, carecendo de sentido cumular ambas essas penalidades.

A defesa prévia do contratado acusado a lei fixa em 10 (dez) dias úteis, porém sem qualquer embargo de juridicidade ante o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório a estatal pode deferir pedido de prorrogação desse prazo, se convencida da complexidade ou da dificuldade probatória a cargo do contratado, devendo nesse caso estabelecer o novo prazo de modo expresso.

Art. 84

Lamenta-se encerrar este estudo com um dispositivo como este art. 84.

O legislador perdeu outra excelente oportunidade de ir pescar, colocar o sono em dia, fazer compras na rua 25 de Março, em São Paulo, ou viajar em turismo gastronômico. Tudo seria preferível a escrever, inspirada como foi no art. 88 da lei de licitações, esta miserável lição de analfabetismo jurídico, institucional, penal e legislativo.

O legislador, no seu invariável abandono técnico, órfão de qualquer domínio do direito, deve ter imaginado estar plenamente seguro ao copiar regra de uma importantíssima lei nacional. É um retrato do Brasil: este país, sendo o que é e estando como está no mais *fundo do poço* desde o descobrimento em 1.500, possivelmente não poderia esperar legisladores melhores.

Nem uma só palavra do artigo faz nenhum sentido jurídico. O dispositivo é um descabro de envergonhar estagiário de engenharia nuclear, ou de tecnologia de alimentos.

Imaginará acaso o legislador que se um dia ficar sabendo que um seu contratado *fraudou* dez anos antes o imposto de renda, ou um dia tentou *frustrar uma licitação*, não se sabe realizada por que ente público, ou ainda, a juízo da estatal ou de quem quer que seja pois que a lei não o esclarece, "não possuir idoneidade para contratar" com a estatal, então poderá aplicar-lhe a pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a mesma estatal, de duas uma: ou não está sóbrio, ou é desprovido do mais remoto senso de institucionalidade.

O artigo dá a idéia de que se a estatal *desconfiar* de um seu contratado - quer já tenha sofrido pena, quer ainda não o tenha, pois que o artigo não esclarece -, então somente por isso já estará autorizada a suspender esse contratado.

Escrito como está, o artigo permite que fatos em nada relacionados com esta licitação atual, e este contrato atual, possam ensejar apenamento do contratado envolvido !

E também não menciona acusação, nem procedimento contraditório, nem defesa, nem instituto outro algum, imprescindível à punição de alguém pela Administração.

É a mendicância jurídica ao lado da indigência técnica, de braços dados, numa vergonhosa exibição de desqualificação do legislador brasileiro - que não precisava rebaixar-se até esse ponto.

Não merece, o artigo, que alguém sequer se lembre que existe. Constitui uma faca sem lâmina da qual se extraiu o cabo, e um de todo indesejável final de comentário. Trata-se do que se poderia denominar *moralismo imbecil*.

Um contratado que sofra ou que seja ameaçado de sofrer alguma penalidade com base neste artigo deverá obter liminar suspensiva

em mandado de segurança *por telefone*, e derrubar a estulta pretensão punitiva da estatal com sobejante facilidade.

Sidney Bittencourt, citando Ribeiro Pontes e ambos com o proverbial cavalheirismo que falta a este escriba, assim comenta o dispositivo:

Sem muita inspiração, o legislador da LE copiou dispositivo de difícil aplicação da Lei Geral de Licitações. (...)

Na prática entendemos que o preceptivo carece de elementos que possibilitem a sua correta aplicação. Como leciona Ribeiro Pontes, "em toda lei sancionadora considera-se o dispositivo em si e a sanção. No âmbito do dispositivo em si, o legislador formula as condições de existência dos atos ilícitos. Na esfera da sanção, a pena deve ser aplicada ao que age ou se abstém nas condições pela lei determinadas." Logo, as condições devem estabelecer os pressupostos para o ato a ser sancionado. No caso, é patente a indefinição dos pressupostos da ação. (In *A nova lei das estatais*, citada, pp. 367/8)

O dispositivo *não vale nada*, nem a tinta e o papel gastos com a sua impressão.

Augura-se que as autoridades dirigentes das estatais saibam distinguir entre o bom e o aproveitável, dentro desta lei, da escória imprestável em má hora colhida de outras leis, que nem cá nem lá jamais deveriam ter sido escritas.

