



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO LICITATÓRIA

*TOSHIO MUKAI**

O tema é estudado em minúcias entre nós dentre outros, por Régis Fernandes de Oliveira (Infrações de Sanções Administrativas - RJ), Fábio Medina Osório (Direito Administrativo Sancionador, Ed. Rev. dos Tribunais - 2000 - São Paulo) e Daniel Ferreira (Sanções Administrativas - Malheiros - 2001)

O conceito de Sanção nos é dado por Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso de D. Administrativo, 28ª ed. - Ed. Malheiros, 2011), dizendo:

" I. - Infração e Sanção administrativa são termos indissolavelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma e a sanção em uma parte dela. Assim, o estudo de ambas tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício da inteligibilidade quando da explicação de uma ou outra.

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa - ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la.

Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vita.

Com efeito, é disto que resulta o regime jurídico que nos confere a própria feição, a identidade jurídica que lhe concerne, como acentuaram Régis Fernandes de Oliveira e Daniel Ferreira enfatizando um critério formal.

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria administração." (p. 855).

Fabio Medina Osório (ob.cit.p.56 nos dá a seguinte definição de sanção administrativa. " O que é a sanção administrativa? para Suay Rincón, sanção administrativa é "qualquier mal infligido pela administracion como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y com uma finalidade puramente repressora (Rincón José Suay, Sanções Administrativas, Studio Albornatina, Bolonia, Publ. del Real Colégio de España, 1989, p. 55).

"Assim - continua o autor - haveria quatro elementos fundamentais: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se esse tópico, em: a1) - privação de direitos preexistentes e a2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repreción de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; e) natureza administrativa do procedimento (elemento formal) (p.56). À página 80 o autor fornece o seu conceito de sanção administrativa.

Também nessa sua obra o autor referido nos fornece lições preciosas.

Assim, à página 101, o autor, no item 2.4 traz uma análise do regime jurídico das sanções administrativas. Inicia-se este item com o subitem 2.4.1, caracterização teórica da unidade do *jus puniendi* estatal.

Haverá um unitário *jus puniendi* do Estado que alcance normas penais e administrativas repressivas? Haverá princípios gerais presidindo o poder punitivo estatal de forma unitária? Haverá diferenças substanciais entre os regimes jurídicos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal?

A seguir o autor sintetiza: " O certo é que vigora fortemente, a ideia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público.

A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *jus puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador,.... " (p. 102)

Mais à frente: "Sustenta-se na doutrina que não há diferenças substanciais entre norma penais e normas administrativas (mas é majoritária na doutrina europeia), (pg. 102)."

E à pg. 104 o autor adianta: "Na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas, haveria uma substancial identidade entre os ilícitos". A pg. 109, o autor informa que há diversas críticas a essa tese, que não iremos examinar.

Na parte II - Da norma Proibitiva e sua aplicação (pg. 149), o autor indaga: "De onde surgem os princípios que presidem o Direito Administrativo Sancionador? Essa a pergunta fundamental que pretendo enfrentar neste capítulo.

Em seguida o autor aponta e discorre sobre os princípios constitucionais, o princípio do devido processo legal, devido processo legal formal, razoabilidade e devido processo legal substancial.

Aqui, anota o autor: " a razoabilidade é o princípio que decorre da adoção do devido processo legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art.5º, LIV, CF/88), motivo pelo qual haveria de se sustentar o caráter expresso do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade (quanto a esse aspecto o autor tem o subitem 3.3.2 que cuida do problema na ausência de proporcionalidade entre tipos sancionadores)

À pg. 193 o autor trata do tema mais importante de Sanção Administrativa: "3.3.2.3. - Da tipicidade dos atos sancionadores; o princípio da insignificância.

À pg. 199, tratando do tema especificamente leciona: " A tipificação do ato ilícito, na esfera do Direito Administrativo Sancionatório passa por um duplo estágio: formal e material.

A tipificação formal é apenas um passo primeiro no enquadramento da conduta do agente. Necessário ainda verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorização mais profunda.

No subitem 3.3.2.4 - Da aplicação da Sanção administrativa, diz: "Também no sancionamento dos atos ilícitos, pelo angulo do Direito Administrativo haverá a incidência da proporcionalidade, alternando o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigatória imposição." (pg. 199)

À pg. 203, o autor, no item 3.5 trata do princípio da legalidade: "É comum dizer-se que toda atividade do Estado, particularmente da Administração Pública, está vinculada ao princípio da legalidade, que significa uma exigência de prévia habilitação legal para justificar os atos e inclusive omissões legítimas das mais diversas entidades estatais."

3.5.1 - Vertentes da legalidade constitucional

Aqui cita, em especial o "caput" do art. 37 da Constituição Federal.

À pg. 204 o autor assevera: " Especialmente no Direito Administrativo Sancionador, vigora, sem dúvida, a legalidade, porém, com importantes distinções em relação à legalidade penal.

3.5.2 - A reserva da Lei e as competências sancionadoras em matéria administrativa (grifamos)

Em primeiro lugar, não há neste campo reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penalístico.

Consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrido os respectivos procedimentos sancionadores. Vigora aqui uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que os demais Entes federados se admitem competências legislativas em matéria de Direito Administrativo Sancionador".
(pg. 205)

Trata esse Autor, ainda, de um aspecto característico das infrações administrativas, ou seja, do princípio da tipicidade:

"3.6 - Princípio de Tipicidade;

A tipicidade é uma garantia comumente trabalhada no direito penal e que ademais tem ensejado várias controvérsias quanto ao seu alcance formal e material.

Sem embargo, a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a ideia de tipos penais. Daí porque, naturalmente, os tipos entram no campo administrativo desempenhando determinadas funções" (pg. 206).

A seguir o autor aponta-nos o fundamento constitucional do princípio da tipicidade: O princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre genericamente, do princípio de legalidade, vale dizer da garantia de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei" (Art. 5º II CF/88).

Além disso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV - CF/88), visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança da pessoa humana, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais.

Não há dúvida de que a garantia de uma previsão legal das infrações administrativas é critério lógico do princípio de legalidade. " (pg 208)

Mais à frente o Autor adianta premissas e exigências fundamentais na tipificação das infrações administrativas:

"Não basta, todavia, o mero descumprimento da norma habilitante, pois necessária a tipificação da sanção correspondente à conduta proibida, e além disso, uma correta e adequada especificação da conduta proibida (p.208)".

À pg. 2010, após várias assertivas, o autor assevera aspecto importantíssimo resultante da aplicação do princípio de tipicidade nas infrações administrativas:

"Daí decorre que os tipos devem ser suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Não basta estruturar condutas proibidas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se admitam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O tipo possui fundamental missão de demarcar o ilícito objeto de norma sancionadora delimitando a esfera do proibido (p. 210)". (grifamos)

Ainda, à pg 216, o autor assevera:

"Não é possível e tampouco recomendável permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse, se estaria burlando a exigência material de submissão do administrador público aos limites do Legislador".

Mais à frente: "O tipo sancionador deve conter sem dúvida, grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional pautada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica."

Outras pautas relevantes para nós, dessa excelente obra são:

1. "A irretroatividade das leis sancionadoras decorre em realidade, dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional mantendo-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções , eram lícitas e não proibidas pela ordem jurídica". (p. 275)

2. "4.2.1 Princípio do bis in idem.

Intimamente ligado ao princípio da legalidade e da tipicidade, o princípio da proibição do bis in idem também atua em matéria de Direito Administrativo Sancionador, possuindo um largo alcance, sendo constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88.

A ideia básica do bis in idem é que ninguém pode ser condenado duas vezes ou mais por um mesmo fato. (p.279)."

3. "4.2.3.1 Princípio da especialidade.

A ideia é que a lei especial prevalece sobre a geral. A esse efeito, é de se reputar lei especial aquela em que se descreve um tipo em que aparecem todos os elementos ou características dos outros, com "algo" mais. Esse "algo" mais é a nota peculiar da especialidade. Esse princípio da especialidade tem sido considerado de grande aplicação no direito penal, tido como princípio implícito, também pertinente no Direito Administrativo (p.294)."

Contudo, para nós esse princípio da especialidade diz respeito à competência do agente público pois ele afirma a impossibilidade de um agente público atuar fora das suas atribuições que constituírem o feixe da especialidade de seu cargo. Por esse princípio, pode-se dizer que se fundamenta a competência do agente.

Voltamos a Celso Antônio Bandeira de Mello, que nos indica quais são os princípios básicos que incidem sobre as sanções administrativas:

"5. Infrações administrativas para serem validamente instituídas e irrogadas a quem neles incidiu devem atender a determinados princípios básicos, alguns dos quais aplicam-se às sanções, a saber: a) princípio da legalidade; b) princípio de autenticidade; c) princípio da tipicidade; d) princípio da voluntariedade.

Quanto às sanções e sua aplicação devem ser mencionadas além dos princípios referidos nas letras "a", "b", "c" e "d", mais: e) proporcionalidade, f) devido processo legal e g) motivação (ob. cit. p. 857)."

Após, o autor examina pormenores de cada um desses princípios: 6 - (a) princípio da legalidade. Este princípio basilar no Estado de Direito, como é sabido e ressabido, significa subordinação da Administração à Lei, (...). É fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situação em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre

Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo seu poderio como eventual vergastador da conduta deste último.

Bem por isso, tanto as infrações administrativas como suas correspondentes sanções tem que ser instituídas em lei (com fundamento em sólidos argumentos, Heraldo Garcia Vitta sustenta que não podem ser criadas por medidas provisórias).

7. (b) Princípio da autoridade - Analogamente ao preceito penal do "nullum crimen, nulla poena sine lege", também não há infração administrativa nem sanção administrativa sem prévia estatuição em lei de uma ou de outra (pg 859)

8 (c) Princípio da tipicidade - A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento responsável, a fim de que, de um lado, o administrador possa estar frequentemente ciente da conduta que terá que evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e de outro, para que dita incursão em penalizações, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível (ob.cit.p. 858, 859, 860)."

Junta a esses princípios fundamentais, o princípio da motivação. Diz o autor: "Tem-se que, portanto não só apontar o dispositivo normativo no qual se considera incurso o sujeito indigitado, mas também, obviamente, o comportamento, comissivo ou omissivo imputado e cuja ocorrência se subsume a figura infracional prevista na regra de direito.

As sanções administrativas se consubstanciam em atos administrativos (punitivos)

Para se conhecer melhor as características formais e materiais das sanções administrativas como estas são decisões punitivas da Administração, veiculadas através de atos administrativos classificáveis como punitivos, temos que fazer uma incursão rápida sobre a teoria dos atos administrativos, para que fique claro que tais

atos não podem ter aplicações extra-jurídicas, mediante argumentos políticos e/ou morais mas desviados do campo jurídico.

Daí fazermos aqui e agora, uma rápida viagem como voo de pássaro sobre a teoria dos atos administrativos.

Hely Lopes conceituou-nos o ato administrativo com toda a sua exatidão: "Ato Administrativo é toda manifestação de vontade unilateral de Administração Pública que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria" (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed. Malheiros, 007, pg. 150)

Apresenta-nos o saudoso mestre os requisitos do ato administrativo. "O exame do ato administrativo revela a existência de cinco requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objetivo.

Sem a convergência desses requisitos não se aperfeiçoa o ato e conseqüentemente, não terá condição de eficácia para produzir efeitos válidos." (pg. 152)

A seguir, o mestre passa a discorrer sobre cada um dos requisitos apontados.

Para o que nos interessa, vejamos o que disse sobre dois daqueles requisitos: a competência e o motivo do ato administrativo.

Sobre o primeiro, escreveu: "1.2.1 – Competência para a prática do ato administrativo: a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato discricionário ou vinculado pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para pratica-lo."

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um

elemento básico de sua perfeição qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública é intrasferível e improrrogável pela vontade dos interessados. (p. 152)

Quanto ao motivo, Hely Lopes Meirelles assim se manifestou: “1.2.4 – Motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário quanto à sua existência e valoração.

Como vimos antes, a Lei Federal nº 9.784/99 alçou a motivação à categoria de princípio. Denomina-se motivação a exposição ou indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato (cf. art. 50, caput, da Lei nº 9784/99). Assim, motivo e motivação expressam conteúdos jurídicos diferentes. Hoje em face da ampliação do princípio ao acesso ao Judiciário (cf. art. 5º XXXV, conjugado com o da moralidade administrativa (cf. art. 37, caput) a motivação é obrigatória” (pg. 154).

Diríamos nós, que atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência exigem a motivação das decisões administrativas com base no princípio da analogia, aplicando o disposto no inc. X do art. 93 da C.F.

A pg. 195, o saudoso autor escreve: “4.5 – Atos punitivos. Atos administrativos punitivos são o que contêm uma sanção imposta pela Administração àquele que infringiu disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens e serviços públicos. Visam a punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos servidores ou dos particulares perante a Administração.”

Portanto, aplicam-se às sanções administrativas todos os princípios, regras, características e demais elementos que citamos antes, atinentes ao ato administrativo.

II. DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO LICITATÓRIA

1 Das sanções previstas na Lei nº 8.666/93

Segundo temos visto, há um dissídio sobre a extensão da abrangência das penalidades de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração e o da declaração de inidoneidade (art. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93).

Segundo artigo da Dra. Marina Bicalho Dantas, intitulado “Penalidades de suspensão temporária de participar em licitação, de impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública: Distinções, Efeitos e Aspectos Polêmicos” (Ver. JAM Jurídica – julho de 2012, pgs 28 e seguintes) aponta diversas correntes teóricas sobre a extensão dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade (item 3); no item 3.1, mostra a autora os “Efeitos Restritivos para ambas as penalidades; diz: “A primeira teoria sobre o aspecto focalizado neste tópico é o dos efeitos restritivos, que é adotada por Hely Lopes Meirelles e Toshio Mukai”.

No item 3.2 apresenta autores que adotaram o efeito restritivo moderado indicando Carlos Ari Sundfeld e no item 3.3 trata dos “Efeitos restritivos para a suspensão e extensivos para a declaração.”

Diz: "A maioria da doutrina brasileira adota posição segundo a qual, para a suspensão temporária, prevalecem os efeitos restritivos e para a declaração de inidoneidade, os extensivos... (pg 30).

Nesse sentido, cita Yara Darcy Police Monteiro, Jessé Torres Pereira, Marcia Walquíria Batista dos Santos, Roque Antonio Citadini, Glauco Martins Guerra, Claudia Almeida, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexis Sales de Paulo e Souza.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

" No entanto, a nosso ver, é Floriano Azevedo Marques Neto o doutrinador que apresenta as razões mais convincentes em favor de sua tese.

Além da exegese contida nos termos do art., 6º da Lei nº 8.666/93, esse autor sustenta três outros argumentos a favor da extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade para todos os entes da Federação e de restrição dos efeitos da suspensão para o órgão que aplicou a penalidade.

A primeira razão é a própria natureza dos institutos que é distinta. A inidoneidade é condição tão séria que não existe meio termo: ou o particular é inidôneo ou não é.

O segundo argumento é o tratamento conferido pela Lei: a graduação presente no art. 87 da Lei e o âmbito de abrangência diferenciado entre as penalidades (Marques Neto, Floriano de Azevedo. Extensão das Sanções: Administrativa de Suspensão e Declaração da Inidoneidade. BLC-NDJ - março/1995).

No item 3,5 a autora aborda o tema: Efeitos Extintivos para ambas as penalidades. Aponta os defensores dessa tese: Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho.

Diz: "Eles manifestaram, em comum, o entendimento de que é inadmissível contratar pessoa cuja desídia no cumprimento de obrigações assumidas já que foi apurada e reconhecida por outro órgão ou entidade da Administração Pública.

Justen Filho discorda da interpretação derivada da redação legislativa que menciona Administração e Administração Pública com sentidos distintos. Ele acredita que é interpretação desprovida de consistência, ao menos enquanto não houver regulamento mais detalhado.

E considera que:

"Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da "Suspensão de participação de licitação, a apenas um órgão específico. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar "suspenso".

A menos que a lei posterior atribua contornos distintos à figura do inciso III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina jurídica (Justen Filho Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2004, p. 605).

Tampouco José dos Santos Filho (2003, p. 184) se convenceu da doutrina que confere sentido restritivo aos efeitos punitivos: "(...) não nos parece fácil entender porque tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades administrativas no caso de algumas delas vier a contratar com a empresa punida"

A opinião da autora é no sentido restritivo da aplicação da suspensão, tendo ela abrangência apenas no âmbito do ente aplicador da sanção.

Por ora, vamos contraditar (e reafirmar a nossa posição) a corrente que advoga a extensão dos efeitos da sanção de suspensão para além do órgão que editou o ato punitivo.

Assim, remeteremos aos estudos genéricos que elaboramos anteriormente sobre as sanções administrativas e os atos administrativos.

Quanto às sanções administrativas lecionou, com acuidade, Fabio Medina Osório, que ela possui quatro elementos fundamentais: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo), b) efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesses tópicos, em: a1) privação de direitos preexistentes, e a2) imposição de novos deveres; b) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; c) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

A seguir temos que levar em conta os princípios que presidem o Direito Administrativo Sancionador.

a). Princípios Constitucionais: princípio da legalidade, da autonomia dos entes federados (Regime Federativo art. 18 da C.F), o princípio do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade.

b). Princípio da Tipicidade: formal e material

A tipificação formal significa o enquadramento da conduta do agente na norma infracional e sancionatória, ao aplicar a sanção; a tipificação material significa a adequação material de sua conduta à norma proibitiva.

Assim, Fabio Medina Osório aponta o fundamento constitucional do princípio da tipicidade: decorre genericamente do princípio de legalidade, vale dizer da garantia de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 5º, II de C.F)." Essa garantia integra ainda o devido processo legal (art. 5º, LV - C.F).

Não basta, então, o mero descumprimento da norma habilitante, pois necessária a tipificação da sanção administrativa corresponde à conduta proibida e, além disso, uma correta e adequada especificação da conduta proibida.

O autor escreveu, lembrem: "Dai decorre que o tipos devem ser suficientemente densos dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Não basta estruturar condutas proibidas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se admitam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados." (grifamos)

"O tipo possui fundamental missão de demarcar o ilícito, o objeto da norma sancionadora, delimitando a esfera do proibido."

E mais: "Não é possível e tampouco recomendável permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade. O tipo sancionador deve conter, sem dúvida, grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, que exige do intérprete uma movimentação pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica.

c). Princípio da especialidade.

Aqui, embora o autor citado lhe tenha dado outra conotação, o certo é que, segundo a doutrina majoritária do Direito Administrativo (vide, p. exemplo, Cretella Jr.), esse princípio diz respeito à competência do agente público, pois ele afirma a impossibilidade de um agente público atuar fora das suas atribuições que constituem o feixe de especificações de seu cargo. Por esse princípio pode-se dizer que se fundamenta a competência do agente, ou seja, os limites jurídicos de suas atribuições.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são os seguintes, os princípios básicos do Sancionamento Administrativo: a) princípio da legalidade; b) princípio da tipicidade; c) princípio da autenticidade; d) princípio da voluntariedade.

Quanto à aplicação das sanções, o autor nos aponta os princípios que aí se aplicam: além dos já mencionados, temos: e) proporcionalidade, f) devido processo legal e g) motivação.

Quanto ao fato de as sanções serem constituídas através de atos administrativos (punitivos), lembremos-nos de alguns pontos relevantes que foram por nós levantados, ao estudarmos, antes, esse tema.

Assim, vimos com Hely Lopes Meirelles que o ato administrativo exige a existência nele de 5 (cinco) requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objetivo.

Disse (lembramos) o saudoso mestre: "Sem a convergência desses requisitos não se aperfeiçoa o ato e conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos." (grifamos)

Sobre o requisito da competência foi realçado pelo mestre: "1.2.1 - COMPETÊNCIA - para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato, discricionário ou vinculado pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da administração para o desempenho de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválida, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados".

Quanto ao motivo o mesmo saudoso mestre lecionou: " 1.2.4 - MOTIVO ou causa, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado, no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

A Lei nº 9.784/99 elevou o motivo à condição de princípio (art. 50, caput da Lei nº 9.784/99,



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Devemos então aplicar às sanções administrativa previstas na Lei 8.666/93, 10.520/05, no Decreto nº 5.450/05 e no Decreto nº 3.931/01, todos esses princípios, conceitos e doutrinas.

Neste item, estamos a verificar as sanções previstas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93.

Quanto a eles, escrevemos um artigo recentemente, a ser publicado pela Editora Fórum intitulado, "Reflexões sobre a aplicação pelos órgãos e entidades públicas das sanções prevista nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/93", onde criticamos a aplicação de normas gerais diretamente ao caso, com base na Lei nº 8.666, o caráter específico e não geral das sanções administrativas e a consideração da eventualidade de serem normas gerais, sobre a extensão das sanções de suspensão e de declaração de inidoneidade.

Ali, chamamos a atenção dos leitores para a falta de tipicidade, clara, precisa, objetiva e não vaga, nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Ou seja, a infração prevista no art. 87 é "pela inexecução total ou parcial do contrato".

Ora inexecução, no caso, significa não entrega do objeto, até quanto, para se impor a pena do inciso III e até quanto, para se impor a do inciso V, ou pode o aplicador escolher a seu bel prazer qualquer das penas, no caso?

Embora tenhamos ali criticado a Lei por ter constituído normas específicas em sanções, para resolver o dissídio que já vimos estar presente na doutrina, digamos que tais sanções sejam realmente normas gerais.

E, se assim for, teremos que saber se distinção das extensões de cogência entre as duas penas (III e IV do art. 87) são válidas ou não.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Para o que nos interessa, no presente parecer reafirmamos que a corrente doutrinária majoritária, aquela que defende a tese da interpretação restritiva está corretíssima, porque, quando o inciso III do art. 87 dispõe que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e sendo que o conceito do termo Administração nos é dado pelo inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, como: órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, é evidente que a lei está dizendo que a extensão ou abrangência da pena de suspensão temporária é adstrita ao âmbito do órgão, entidade administrativa onde foi aplicada a sanção.

Assim, chama-se a atenção ao fato de que esse tipo de ato administrativo observa o princípio da especialidade e o da competência do ato administrativo além do motivo, que é, à evidência, uma infração praticada dentro do órgão, entidade ou unidade administrativa. Portanto, a pena a ser aplicada pelo agente público responsável por essas unidades administrativas só podem ter validade dentro e no âmbito do órgão pelo qual ele responde. Se o ato de um superintendente de uma autarquia municipal, suspendendo uma empresa de licitar e controlar com a administração, esse ato seria inconstitucional, se ele dissesse que a pena tem abrangência nacional. Seria um agente público atuando administrativamente com uma competência nacional excedendo os limites de sua competência legal.

De outro lado, o princípio do motivo, ínsito no ato administrativo, estaria ausente, no caso indicado, pois então, os fatos infracionais ocorridos em nível do órgão, entidade ou unidade administrativa, não estariam presentes, no ato sancionatório, em nível da União, dos Estados e dos Municípios.

Portanto, faltando a competência do agente e o motivo do ato administrativo esse ato seria inválido.

Por isso que a interpretação restritiva é a única possível, juridicamente, no caso, e, por outro lado, verificamos que os argumentos contrários, extensivos da interpretação, são extra-jurídicos, não apresentando nenhum fundamento científico-jurídico e por isso, são crassamente violadores do Direito Administrativo e até mesmo da Constituição, pois violam o regime federativo quando pretendem que um ato sancionatório praticado por agente público de um ente federativo tenha abrangência em todo os níveis da Federação, abolindo-a, o que nem mesmo uma Emenda Constitucional pode abolir-la, segundo a cláusula pétrea do art. 60, §4º da Constituição Federal.

Portanto, admitindo-se válida (como sendo mesmo geral) o art. 87 da Lei nº 8.666/93, a interpretação única possível, para a pena de suspensão temporária de licitar e contratos com a Administração é a restritiva, porque a abrangência da pena só tem validade dentro do órgão em que essa pena foi aplicada pelo agente superior desse órgão (competência e especialidade administrativa).

Está, assim, corretíssimo, o Dr. Márcio dos Santos Bastos (502 comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos – 2º ed. – NDJ – 2011) quando escreve: “Diferencia-se a suspensão temporária do direito de licitar ou contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, por algumas características. A primeira penalidade pode ser decretada pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, é ato realizado pela autoridade competente do órgão licitante e produz efeitos apenas para a entidade contratante.” (p 503).

2. Das sanções previstas na Lei nº 10.520/02.

O art. 7º da Lei nº 10520/02 reza:

“Quem, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, não mantiver a proposta falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no SICAF, ou nas situações de cadastramento de fornecedores a que se refere o inc. 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 comunicações legais”.

Essa norma pressupõe que os atos praticados a título de sanção aos licitantes e contratados, por qualquer agente público, pertencente a qualquer órgão, entidade ou unidade administrativa, de qualquer dos níveis governamentais tem validade no âmbito dos órgãos e entidades da União, dos Estados e dos Municípios, e, ainda, do Distrito Federal.

Sendo assim, o artigo 7º referido é absolutamente inconstitucional, pois ele estilhaça o sistema federativo, violando as autonomias da União, dos Estados, e dos Municípios, por se um desses entes federativos aplicar a referida sanção, tendo ela validade em quaisquer dos outros níveis, do Governo, o regime federativo estará violentado pois, um ato municipal, por exemplo, terá abrangência e validade no âmbito federal, o que abole a Federação violando a cláusula pétreia do art. 60, X 4º, I, da Constituição Federal.

Além disso, se e quando praticado esse ato, ele estará violando os princípios da competência, da especialidade, da tipicidade e da motivação dos atos administrativos.

É, destarte, uma norma absolutamente inconstitucional e ilegal por afrontar princípios e regras essenciais de Direito Público.

Além disso, não se amolda, o art. 7º às disposições do art. 87 da Lei nº 8.666/93 que se compõe de normas gerais sobre licitações e contratos, sendo, também por esse fato, ilegal.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Com efeito, segundo o previsto no art. 24, da Constituição Federal, que trata da competência concorrente as normas gerais baixadas pela união terão que ser observadas pelas normas específicas da União, dos Estados e dos Municípios.

Destarte, as sanções da Lei nº 8.666/93, em especial a da suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração (órgão, entidade ou unidade administrativa (art. 87, III, c.c. art.8º, XII, da Lei 8666/93) não estão presentes nesse art. 7º da Lei nº 10.520/02.

Ainda, devemos nos lembrar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que escancaradamente, são olvidados por essa disposição legal, eis que falhas que já são apenadas com inabilitação ou desclassificação são apenadas com a suspensão do direito de licitar ou contratar com a União, com os Estados e com os Municípios (sic).

Esse art. 7º somente se aplicaria aos denominados pregões presenciais, já que o pregão eletrônico tem disciplina própria, através do Decreto nº 5.450/05.

Não obstante, o art. 7º, além de inconstitucional por violar o regime federativo pátrio (art. 18 da Constituição Federal) é ainda violador dos princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, eis que, por falhas infinitas, como “deixar de entregar documento exigido para o certame (já existe as penas de inabilitação e de desclassificação para isso importando a pena do art. 7º em *bis-in-idem*, falhar na execução do contrato (termo vago denotando a falta de tipificação da sanção). Todas as infrações citadas, sejam leves ou graves, levam à pena de suspensão pelo prazo de até 5 (cinco) anos, o que é, em muitos casos, violador do princípio da proporcionalidade.

Até mesmo o descredenciamento do SICAF é violador desse princípio, porque é pelo prazo de até cinco anos.

Portanto, o art. 7º, na sua totalidade, é inconstitucional, como vimos, até porque, viola os princípios da competência e motivos (com desvios) e o da especialidade administrativa. Até mesmo (é norma federal) em descredenciamento nos sistemas de cadastramento de fornecedores nos Estados e Municípios, o que é absolutamente inconstitucional por violar as autonomias legislativas e administrativas desses entes federativos.

3. Das sanções previstas no Decreto nº 5.450/05

O Decreto nº 5.450/05 já nasceu natimorto, porque, ao disciplinar uma modalidade diferente do pregão presencial, disciplinado pela Lei nº 10.520/02 havia que, obrigatoriamente, ter sido essa disciplina inovadora, vir contemplada em lei.

Isto porque, o inciso XXI do art. 37 da Constituição exige lei formal para disciplinar todo e qualquer tipo ou modalidade de licitação, como, “*in-verbis*”, ele determina: “XXI-ressalvando os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações sendo contratados mediante licitação pública que assegure igualdade da condição a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...]”. (grifamos)

Portanto não poderia o pregão eletrônico vir disciplinado através de Decreto. Exigia-se ali, lei formal.

Dai a sua absoluta inconstitucionalidade.

Mas, admitindo-se, somente para argumentar, que esse decreto seria válido

E nessas condições, o seu art. 28 trouxe uma penalidade própria, independente da Lei nº 8.666/93 e do art. 7º da Lei nº 10.520/02.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Não poderia divorciar-se do que estabelece o inciso III do artigo. 87 da Lei nº 8.666/93, que é norma geral sobre licitação e/ou contrato.

Mas estabeleceu penalidade completamente nova, como nos mostra o art. 28 do Decreto nº 5.450/05:

“Art. 28 – Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais combinações legais.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.”

Verifica-se que, nessa disposição consta uma restrição quanto ao âmbito da extensão da pena: Será perante a União e não mais em relação a toda Administração Pública com o seu conceito contemplado no inciso XI do art. 6º da Lei nº 8.666/93.

Contudo, verifica-se que, ainda que a norma tenha efetuado essa restrição, é ela inconstitucional porque admite que qualquer agente público pertencente a um Ministério, autarquia, fundações ou empresa estatal, possa aplicar uma pena de suspensão de licitar ou contratar com a União, quando tal poder só possa ser exercitado pelo Presidente da República. Nenhum agente público subalterno pode expedir um ato administrativo punitivo que tenha abrangência e extensão em toda a Administração Federal, porque, cada agente público só pode punir uma contratada pelo seu órgão ou entidade administrativa com validade dentro de sua jurisdição administrativa.

Portanto, aqui, o art. 28 viola os princípios da legalidade (a pena vem contemplada em decreto e não em lei formal), o da especialidade e o da competência administrativa. Além disso, as infrações correspondentes e que seriam aplicáveis ao presente são "falhas" ou "fraudes" na execução do contrato.

Como se vê, são expressões vagas, imprecisas, indeterminadas, o que faz com que essas hipóteses violem o princípio da tipicidade da infração administrativa, essencial no tema quanto à validade da pena.

Ausente a tipicidade da infração, ausente a validade da pena.

Marçal Justen Filho (Pregão - Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª ed. - Ed. Dialética, 2009) faz comentários às expressões referidas.

Diz: "Não há fraude quando o sujeito não se vale de expedientes ou artimanhas para obter o resultado indevido. A fraude não se confunde com o simples inadimplemento. No caso da fraude existe um inadimplemento - mas não apenas ele. Existe um "plus", consistente no expediente malicioso." (p. 21/7).

No subitem 4.6.2, o autor trata da falha na execução do contrato.

Escreve: "Já a expressão "falha" não possui utilização comum e generalizada na técnica legislativa. Não é possível invocar lições da Teoria Geral do Direito acerca do significado emprestado a ela. Em termos gerais, "falha" é sinônimo de "defeito". Nessa acepção, existiria falha na execução do contrato sempre que o contratado deixasse de adimplir adequadamente aos deveres assumidos.

Mas não se pode interpretar o dispositivo no sentido de que todo e qualquer inadimplemento configuraria a infração do art. 7º. Se fosse assim, nem teria sentido em formular uma diferença entre "falha" e "fraude"." (pg. 247) (grifamos)

E mais à frente, aduz o autor:

"Justamente por isso, é impossível generalizar a punição para toda e qualquer falha. Existem graus de reprovabilidade na conduta do contratado em níveis distintos de efeitos maléficos derivados do inadimplemento." (p.248).

E mais: "Ou seja, não é possível que toda e qualquer falha na execução do contrato configure a infração do art. 7º e desencadeie a sanção ali prevista. A expressão "falha" é muito ampla e genérica. Produzir a punição para toda e qualquer hipótese de inadimplência do contratado, por mais irrelevante que fosse o defeito, ofenderia ao princípio da proporcionalidade e infringiria a ideia de um Estado Democrático." (pg. 248) (grifamos)

Finalmente, o autor assevera: "Logo, defende-se o entendimento de que o mero inadimplemento não é o núcleo da hipótese de incidência de infração examinada. A infração aperfeiçoa-se pela presença de pelo menos um dos dois elementos fundamentais. Um deles é a gravidade do dano e outro é a ausência de idoneidade para execução da prestação" (pg. 248).

Portanto, como disse o renomado jurista, se "a expressão "falha" é muito ampla, genérica", é vaga e imprecisa, o que demonstra a ausência do elemento tipificação da sanção, o que o invalida, como já visto.

Além disso, como se trata de uma norma específica sancionatória toda e qualquer interpretação do art. 28 do referido Decreto nº 5.450/05 deve observar o que dispõe a respeito a Lei nº 8.666/93 em matéria de sanções, como normas gerais que são.

E, nesse passo, verifica-se que as penalidades da Lei nº 8.666/93 estão previstas nos artigos 87 e 88, sendo que os atrasos injustificados são objeto de multa de mora, segundo o art. 86 e, portanto, não estão tipificados como sujeitos às penalidades do art. 87 ou do art. 88.



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Não fôra assim não haveria a necessidade de o legislador prever que os atrasos não constituem infrações, pois o art. 87 diz que "a inexecução total ou parcial do contrato são infrações administrativas de sujeitam o contratado à aplicação das seguintes sanções: I - ...; II - ...; III - ...; IV -

Já o art. 86 dispõe que "o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multas de mora, na forma prevista no instrumento convocatória ou no contrato". O que demonstra que os atrasos na execução contratual não estão submetidas às penalidades referidas nos incisos do art. 87, especialmente no inciso III.

Aliás, distinção atinente aos artigos 86 e 87 foi excelentemente feita pelo Desembargador do Rio de Janeiro, Jessé Torres Pereira, quando escreveu:

" O que se conclui é que entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no art. 87 há diferenças correlacionadas em distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento absoluto. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda por vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consuma-se o segurado quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo previsto para o credor, tornando-se definitivo o descumprimento.

A multa do art. 86, aplicável tão só não há hipótese de atraso injustificado na execução do contrato é tipicamente minoritária, porquanto o atraso não impede a execução do pactuado de molde a atender as quais o credor (a Administração Contratante); apenas a retarda (mora solvendi, isto é, do devedor quanto ao tempo em que haveria de cumprir o acordado).

Daí responder o devedor (o particular contratado) pelo atraso com a reserva de que tal mora " não resulta apenas da circunstância objetiva do retardamento mas principalmente do elemento subjetivo da culpa.

A multa do art. 87 vincula-se a inexecução do contrato, ou seja, inadimplemento absoluto, que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) em parte dela.

Tal multa não é moratória". (in comentários à Lei de Licitações e Contratações de Administração Pública, 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pg.)

Também Eduardo Dias (Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997, p. 79/80) chama-nos a atenção para tal diferenciação: "A multa prevista neste artigo 87 não é multa moratória prevista no artigo precedente. É de ser aplicada por qualquer outro descumprimento contratual diverso do atraso na execução do contrato e não pode ultrapassar 10% do valor do contrato, nos termos do Decreto nº 22.626/33."

Se, portanto, não se quiser levar em conta a vagueidade e a incerteza da infração ("falhar" na execução contratual), o que nos leva à ausência da tipicidade na infração e conseqüentemente à invalidade da sanção o certo é que dentro da expressão "falhar" não pode estar o atraso na prestação devida no contrato, porque este atraso não configura infração (inexecução ou total ou parcial) administrativa. Ou seja, "falhar" não pode, segundo o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 compreender o atraso na entrega do objeto contratual posto que inexecução (norma geral) significa não entrega.

Conclui-se, assim que o art. 28 do Decreto nº 5.450/05 sofre das seguintes inobservâncias jurídicas: a) fere o princípio da legalidade, pois infrações/sanções administrativas só podem provir da Lei formal, nunca de um decreto (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de Lei (inc. II do art. 5º da C.F);

b) fere o princípio da especialidade e o da competência (no caso, agentes subalternos receberam) do Decreto atribuições que foram para além da sua competência, pois deram à pena que aplicarem uma abrangência que cobre toda a Administração Pública Federal, extrapolando as atribuições legais de seus cargos.

c) houve ausência da tipificação na descrição da infração administrativa (falhar), ou seja, o motivo invocado foi vago, aberto, incerto, sem a devida descrição objetiva do âmbito de tais falhas;

d) a sanção prevista não pode ser aplicada no caso de haver atraso na entrega do objeto contratual, pois, pelo art. 86 esse atraso está sujeito apenas à multa de mora e não de penalidades (art. 87) normas gerais da Lei nº 8.666/93.

e) além disso, o Decreto nº 5.450/05 não prevê a cumulação de multa com suspensão temporária, nem mesmo a própria multa de mora.

4. Das sanções previstas no Decreto nº 3.931/01

O Decreto nº 3.931/01, alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23.08.02, no seu art. 13 prevê a seguinte sanção: "Art. 13 - O fornecedor terá seu registro cancelado quando:

I - descumprir as condições da Ata de Registro de Preços;

II - não retirar a respectiva Nota de Empenho ou instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela Administração, sem justificativa aceitável;

III - não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; e

IV - tiver presente razões de interesse público.

§ 1º - O cancelamento do registro, nas hipóteses previstas, assegurados o contraditório e a ampla defesa, será formalizado por despacho da autoridade competente do órgão gerenciador."

Como já vimos em relação ao Decreto nº 5.450/05, não cabe ao Decreto veicular sanções administrativas.

Essas só podem prover de lei formal, eis que isso concretiza o princípio da legalidade (art. 37, *caput* da CF).



M U K A I
A D V O G A D O S
A S S O C I A D O S

Portanto, inaplicável é o art. 13 do decreto mencionado, por sua absoluta e flagrante inconstitucionalidade.

* *Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP).*

Rua Manoel José Gomes, 111 – São Paulo SP – CEP: 04648-037
Telefone/fax: (11) 5505-7058 e-mail: contato@mukai.com.br

www.mukai.com.br