

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

RAFAELA KOTOVICZ DE ROSSI

**AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E
SUA APLICABILIDADE**

**CURITIBA
2018**

RAFAELA KOTOVICZ DE ROSSI

**AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E
SUA APLICABILIDADE**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Profa. MSc. Regina Maria
Bueno Bacellar**

**CURITIBA
2018**

"A dúvida é um desafio, é um verdadeiro inferno. Você não está dizendo sim ou não. A dúvida produz um significado profundo. A dúvida não é uma crença. Você buscou, passou por muita ansiedade e angústia. Houve momentos em que desejou parar porque lhe parecia que a jornada não tinha fim. Não é verdade, há um fim: basta seguir em frente. Apenas aqueles que duvidam até o fim descobriram o que é a verdade, a inocência, o silêncio, o que é a beleza, o que é o amor...

A dúvida remove os véus." (OSHO)

RESUMO

O Direito Administrativo Sancionador é a corrente do direito que determina a aplicação ou não de uma sanção administrativa. A sanção, concebida como uma reação a determinada conduta, visa coibir a prática de atos em desacordo com o ordenamento jurídico e com a moral e ética sociais. Tais atos constituem os ilícitos. Dessa forma, verifica-se uma relação de causa e efeito entre ambos. A Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), estabelece, em seu artigo 87, as sanções aplicáveis para os contratados que cometem ilícitos administrativos. Contudo, não especifica em quais hipóteses tais penalidades são aplicadas, nem a extensão de seus efeitos. Ademais, concede ao administrador aparente faculdade discricionária quando da escolha da sanção. Dessa forma, considerando que o sancionamento administrativo é uma manifestação do *jus puniendi* estatal, faz-se necessária uma análise do Direito Administrativo Sancionador e de seus princípios norteadores, a fim de delimitar o âmbito de aplicação das sanções instituídas pela Lei 8.666/1993.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Administrativo Sancionador. Licitações e contratos. Sanções administrativas. Extensão das sanções.

ABSTRACT

The Administrative Sanction Law is the field of Law that determines the application or not of an administrative sanction. The sanction, conceived as a reaction to a certain conduct, aims to restrain the practice of acts in disagreement with the legal order and with the moral and social ethics. Such acts constitute unlawful acts. Therefore, there is a cause and effect relationship amongst them. The Bids and Contracts Law (Law No. 8.666 / 1993) establishes, in his article 87, the sanctions applicable to contractors who commit administrative offenses. However, it does not specify in which hypotheses such penalties are applied, nor the extent of their effects. In addition, it grants to the administrator an apparent discretionary power when choosing the sanction. Thus, considering that the administrative sanction is a manifestation of the punitive law, it is necessary to analyze the Administrative Sanction Law and its guiding principles, in order to delimit the extent of the sanctions imposed by Law No. 8.666/ 1993.

Keywords: Administrative Law. Administrative Sanction Law. Bids and contracts. Administrative Sanctions. Sanctions extent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ASPECTOS GERAIS	09
2.1 O PODER-DEVER DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	09
2.2 A RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: O ILÍCITO PENAL E O ILÍCITO ADMINISTRATIVO	12
2.2.1 O <i>Jus Puniendi</i> Estatal	13
2.2.2 A Finalidade Da Sanção	14
2.3 O REGIME DE ESPECIAL SUJEIÇÃO	16
2.4 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	18
2.4.1 Princípio Da Legalidade	19
2.4.2 Princípio Da Tipicidade	22
2.4.3 Princípio Da Proporcionalidade	24
2.4.4 Princípio Da Razoabilidade	26
2.4.5 Princípio Da Culpabilidade	26
2.4.6 Princípio Do Personalismo Da Sanção	29
3 A ESTRUTURA DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	31
3.1 CONDUTA	31
3.1.1 A Conduta De Pessoas Jurídicas	31
3.2 TIPICIDADE	34
3.2.1 Tipo Objetivo	35
3.2.2 Tipo Subjetivo	37
3.2.2.1 Dolo	39
3.2.2.2 Culpa	39
3.2.2.3 O elemento subjetivo das pessoas jurídicas	40
3.3 ANTIJURIDICIDADE	42
3.3.1 Legítima Defesa	43
3.3.2 Estado de Necessidade	44
3.3.3 Estrito Cumprimento De Dever Legal E Exercício Regular De Direito	45
3.3.4 Consentimento Do Ofendido	46
3.4 CULPABILIDADE	47
3.4.1 Inexibibilidade de Conduta Diversa	49
3.4.2 Caso Fortuito Ou Força Maior	49
3.4.3 O Erro	50
4 AS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993, SEUS ASPECTOS CONTROVERSOS E SUA APLICABILIDADE	51
4.1 A ADVERTÊNCIA	51
4.2 A MULTA	53
4.3 A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE	53
4.4 OS ASPECTOS CONTROVERSOS DO ART. 87 DA LEI 8.666/1993	54
4.4.1 A Expressão Genérica “Inexecução Total Ou Parcial do Contrato”	55
4.4.2 A Discricionariedade Do Administrador Público Na Gradação Das Sanções Administrativas	57
4.4.3 A Possibilidade De Cumulação Das Sanções Administrativas	59
4.4.4 A Extensão Das Sanções Dos Incisos III e IV	60
4.4.4.1 As interpretações literal e sistemática	61

4.4.4.2 A interpretação extensiva	66
5 CONCLUSÃO70
REFERÊNCIAS73

1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), de 21 de junho de 1993, disciplina a aquisição de serviços e bens pela Administração Pública. Por meio de contratos, Administração e particulares cooperam entre si a fim de garantir o funcionamento e o bom desempenho das funções públicas. Todavia, em oposição ao observado nos contratos particulares, verifica-se uma relação vertical entre a Administração e os contratados.

Tendo em vista a realização do interesse público, surge a necessidade de a Administração dispor de meios para evitar o descumprimento e a inexecução contratual e, na ocorrência destes, punir os agentes infratores, o que se dá por intermédio das sanções administrativas. A Lei 8.666/1993 disciplina, em seu art. 87, quais sanções serão aplicadas no caso de “inexecução total e parcial do contrato”. Contudo, a redação do dispositivo legal gerou uma série de dúvidas acerca de sua constitucionalidade e seu âmbito de incidência, as quais, 25 anos após a promulgação da Lei 8.666/1993, ainda não foram solucionadas. Diante do laconismo legal, buscou-se no presente trabalho identificar quais soluções tem a doutrina e a jurisprudência adotado a fim de preencher o lapso deixado pelos legisladores e delimitar a aplicação das sanções.

No primeiro capítulo, serão apresentados aspectos gerais do Direito Administrativo Sancionador. Tratando-se de manifestação do poder de punir do Estado, é verificada uma relação de proximidade entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Dessa forma, tomando de empréstimo conceitos da amplamente discutida doutrina penal, buscou-se estabelecer a finalidade da sanção administrativa, bem como quais princípios delimitam a atuação do Direito Administrativo Sancionador.

No segundo capítulo, com base no conceito analítico de crime, será analisada a estrutura das infrações administrativas, a fim de tornar possível a identificação de sua ocorrência no caso concreto. Por fim, serão expostas as sanções em espécie da Lei 8.666/1993 e seus aspectos controvertidos, com especial destaque as divergentes posições doutrinária e jurisprudencial acerca da extensão das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ASPECTOS GERAIS

Compreende-se sanção como uma reação punitiva a determinada conduta tipificada como ilícita, ou seja, “desconforme à determinação normativa - que pode prescrever uma conduta como obrigatória ou proibida, bem como os limites para sua realização como juridicamente autorizada”.¹ No momento em que manifesta-se o descumprimento do comportamento esperado pelas normas, surge a ilicitude, bem como o dever de sancioná-la.² Dessa forma, verifica-se uma relação de causa e efeito entre ilícito e sanção, sendo aquele a razão de existir desta.

Nas palavras de Daniel Ferreira³, sanção administrativa é “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.

O Direito Administrativo Sancionador, portanto, é o ramo do Direito dedicado ao estudo da aplicação de uma sanção administrativa. A sanção pressupõe a ocorrência de um ilícito administrativo, o qual é verificado em um processo administrativo. A fim de delimitar o âmbito de atuação do Direito Administrativo Sancionador, se faz necessário um estudo detalhado das sanções administrativas.

2.1 O PODER-DEVER DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

O dever de sancionar da Administração Pública é um importante instrumento de manutenção da ordem jurídica, e deve ser evocado sempre que o Estado se deparar com uma ilicitude. A Administração dispõe de competência constitucional para impor condutas esperadas e, respectivamente, sanções para o seu descumprimento por aqueles que incidam em condutas tidas como reprováveis.⁴

¹ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 76.

² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 13.

³ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.34.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

A vontade da Administração é subordinada à lei, logo, não há que se falar em disponibilidade da competência punitiva. A partir do momento em que um ilícito é verificado, há a obrigatoriedade de instaurar um processo administrativo com o intuito de verificar a ocorrência do fato, bem como identificar os agentes responsáveis. Dessa forma, a aplicação de uma sanção independe de um juízo de conveniência, oportunidade e de apreciação subjetiva por parte do administrador. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. I - **Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. (grifo nosso)** II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial. IV - Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar. V - A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto. Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.⁵

Conforme leciona Angélica Petian⁶, no tocante ao sancionamento, certo juízo de discricionariedade poderá ser visto apenas no momento de avaliar a dimensão da penalidade, quando a previsão da conduta for genérica. Entretanto, segundo a autora, tal decisão do administrador, além de ser alvo de discussão doutrinária, está

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, MS nº 12.927/DF – Terceira Seção, Relator: Felix Fischer; Data do Julgamento: 12.12.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701488568&dt_publicacao=12/02/2008>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁶ PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/educacao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em: 9 maio 2018.

sujeita aos limites da proporcionalidade e razoabilidade, conforme será visto em momento oportuno. Nas literais palavras de Rafael Munhoz de Melo⁷

Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. De consequência, não há que se falar em liberdade para a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção é vinculada.

Importante acentuar, conforme lição de Régis Fernandes de Oliveira, que a sanção imposta por ente de direito público pode ser dirigida a outro ente administrativo, seja ele de direito público ou privado, visto que ambos estão sujeitos a deveres e obrigações, não havendo prerrogativa que afaste o sancionamento.⁸

O poder-dever de sancionar é também irrenunciável, dessa forma, a delegação ou avocação da competência sancionatória só é legítima quando houver expressa determinação legal.⁹ Ressalta-se que a não-aplicação de uma sanção também enseja um juízo de reprovação, tanto na seara criminal¹⁰, incorrendo no crime de condescendência criminosa, quando da improbidade administrativa¹¹.

⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.71.

⁸ OLIVEIRA, 2005, p. 80-81.

⁹ PETIAN, Angélica. **Princípios da culpabilidade e da voluntariedade**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em: 9 maio 2018.

¹⁰ “Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.” (BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.)

¹¹ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;” (BRASIL. **Lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992** - Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.)

2.2 A RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: O ILÍCITO PENAL E O ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Conforme lição de Nelson Hungria¹², a ilicitude jurídica é una, bem como é um só o dever jurídico. Dessa forma, não há como conceber um ilícito administrativo ontologicamente separado de um ilícito penal. Ambos representam lesões efetivas ou potenciais a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento. Todavia, se faz necessário ir além da concepção ontológica de ilicitude, tendo em vista que as ilicitudes penal e administrativa estão sujeitas a regimes jurídicos distintos.

Nessa toada, Rafael Munhoz de Mello¹³, com base nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Alejandro Nieto, afirma que a inexistência de regimes jurídicos diferenciados para ambos os ilícitos tornaria inútil o estudo do Direito Administrativo Sancionador, de forma que se faz necessário o uso de um critério formal para que seja realizado seu estudo.

No campo penal, os ilícitos são divididos em crimes, também chamados de delitos, e contravenções penais. No campo administrativo, os ilícitos são identificados como infrações. Daniel Ferreira¹⁴, propõe como critério de distinção entre crimes e infrações o regime jurídico a que estão subordinados. O cometimento de um delito da origem a uma pena, a ocorrência de uma infração enseja a aplicação de uma sanção. Para estas, é aplicado o regime de Direito Administrativo, àquelas, o Direito Penal. No mesmo sentido, Régis Fernandes de Oliveira¹⁵ dispõe que a apuração de crimes é feita através de processo judicial, realizado por órgão jurisdicional competente, o qual irá originar um ato final com força de coisa julgada. O cometimento de infrações administrativas é verificado em procedimento administrativo próprio, no qual a Administração figura como parte. O ato sancionador decorrente não possui força de ato jurisdicional, de forma que pode ser contestado no Poder Judiciário.

¹² HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

¹³ MELLO, 2007, p. 44.

¹⁴ FERREIRA, 2001, p. 59-61.

¹⁵ OLIVEIRA, 2005, p. 19-20.

Deste modo, conforme lição de Heraldo Garcia Vitta¹⁶, infere-se que o fator de distinção entre uns e outros é a autoridade competente para punir. Cabe apenas a autoridade judiciária a aplicação de pena, conforme disposição do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”). Entretanto, se o ordenamento estabelecer que a autoridade administrativa é a competente para aplicar a sanção, fala-se de um ilícito administrativo. Destaca o autor que autoridades judiciária e legislativa, no exercício de função administrativa, tem competência para impor sanções. Serão consideradas, portanto, autoridades administrativas.

2.2.1 O *Jus Puniendi* Estatal

Em que pese não seja possível confundir os institutos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, compreende-se que ambos são manifestações de um direito subjetivo do Estado, baseado na prerrogativa de punição de condutas indesejadas, o chamado *jus puniendi*. O Estado é detentor da faculdade de legislar, bem como de estabelecer de que forma as violações a lei serão coibidas e punidas.

No âmbito do Direito Penal, o *jus puniendi* ou Direito Penal subjetivo, é limitado pelo Direito Penal objetivo, ou seja, pelas próprias normas penais positivadas. Através de seus dispositivos legais, a persecução e prevenção de delitos pelo Estado tem seus limites estabelecidos¹⁷. A persecução penal também encontra limites na Constituição Federal, a qual estabelece, em seu artigo 5º¹⁸, os princípios da legalidade, irretroatividade, individualização da pena, juiz natural, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório.

¹⁶ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 30-34.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. p.42.

¹⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

Contudo, como bem aponta Francisco Zardo¹⁹, citando Rafael Munhoz de Mello²⁰, Carlos Ari Sundfeld²¹ e Alejandro Nieto²², em que pese os princípios façam referência à institutos e expressões do Direito Penal, eles não lhe são exclusivos, visto que também encontram aplicação no Direito Administrativo Sancionador. Toma-se de empréstimo muitos dos conceitos e princípios penais em razão do amadurecimento teórico dessa doutrina. Dessa forma, como conclui o referido autor, as normas aplicáveis à ambos os ramos do direito são normas que possuem uma origem comum, qual seja, o Direito Punitivo do Estado.

2.2.2 A Finalidade Da Sanção

Marçal Justen Filho²³ afirma que toda sanção administrativa, assim como as sanções penais, apresenta intensa carga retributiva. Ao contrário dos ilícitos cíveis, os quais geram a obrigação de reparar e indenizar o dano causado, os ilícitos penais e administrativos impõem ao agente causador um sofrimento na medida do grau de reprovação de sua conduta. Além de um caráter retributivo, é possível identificar nas sanções, segundo o referido doutrinador, finalidades preventivas e de recuperação dos infratores. Tais considerações remetem às amplamente discutidas, pelo Direito Penal, teorias dos fins da pena.

A teoria absoluta fundamenta a sanção apenas no delito praticado. A pena seria, numa concepção kantiana, uma necessidade ética, a qual decorre da violação do direito, e não um fim social. Atribuir a pena caráter preventivo, por exemplo, seria utilizar o homem como meio para atingir outro bem²⁴. Em sua concepção expiatória, a pena é vista como um meio de impor um sofrimento aquele que viola uma norma.

¹⁹ ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 38-39.

²⁰ MELLO, 2007, p. 104.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.80.

²² NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madrid: Technos, 2005. p. 85.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1338.

²⁴ PRADO, Luiz Regis; DE CARVALHO, Érika Mendes; DE CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 442-443.

Atualmente, a teoria absoluta, nos termos acima expostos não é aceita. A retribuição é vista apenas como um meio de limitar a aplicação da sanção, a qual está vinculada a culpabilidade do agente e a magnitude o injusto praticado.²⁵

A teoria da prevenção especial atribui a sanção um caráter individual, o qual visa fazer o autor desistir da prática de novos delitos. Segundo Paulo César Busato²⁶, em seu viés negativo, a prevenção especial age no sentido de neutralizar os impulsos do agente por meio de seu afastamento social. Já a concepção positiva da prevenção especial confere a pena a missão de ressocializar e recuperar o indivíduo que comete um ilícito.

Para a teoria da prevenção geral a finalidade da pena é impedir a ocorrência de novos delitos na sociedade. A pena possui um caráter pedagógico e intimidatório. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach²⁷, ao discorrer sobre sua teoria da coação psicológica, afirma que

todas as infrações têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso sensual pode suprimir-se dependendo de que cada qual saiba que ao seu fato se seguirá certamente um mal que será maior que o desgosto derivado da insatisfação de seu impulso ao fato.

Dessa forma, a aplicação de uma sanção atuaria antes do cometimento do delito, através do medo da reprimenda, e, após o delito, por meio da influência psicológica que a aplicação da pena traria a sociedade.

As teorias mistas unificam as teorias da prevenção geral, especial e retributivas. Assim, a pena é justificada pelo delito praticado, bem como pela necessidade de evitar a prática de novos delitos. No entendimento de Jorge de Figueiredo Dias²⁸

(1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico;

²⁵ PRADO, 2015, p.444.

²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.v. I, p. 728-731.

²⁷ FEUERBACH, Johannes Paul Anselm von. **Tratado de Derecho penal**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 60.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 84.

(4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de seguranças individuais.

Francisco Zardo²⁹, entende não haver diferenças substanciais entre as teorias que visam identificar a finalidade das sanções penais e os estudos a respeito dos fins das sanções em Direito Administrativo. Ambos possuem a mesma finalidade, qual seja, a prevenção, ora de crimes, ora de ilícitos administrativos. Dessa forma, a aplicação busca, em síntese, não a retribuição do mal causado, mas sim o cumprimento dos deveres legais.

Em sentido correlato, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰ assevera que ao Direito foi dada a finalidade de disciplinar a vida social. Logo, o que se pretende ao estabelecer um regime sancionatório não é a imposição de um mal, de um sofrimento a quem comete um ilícito, mas sim a intimidação de possíveis infratores, bem como o desestímulo a reincidência. O estudo dos fins da sanção, segundo o doutrinador, se faz necessário para que o intérprete tenha sua atuação delimitada, como será visto posteriormente.

2.3 O REGIME DE ESPECIAL SUJEIÇÃO

O Direito Administrativo, sob a ótica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹ visa disciplinar, por meio de regras e princípios, a relação entre a Administração Pública e os particulares. Tal relação, para a autora, é caracterizada por uma posição de verticalidade, na qual a Administração encontra-se em disposição superior, tendo em vista que tem como objetivo a realização do interesse público e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

A referida verticalidade pode ser concebida sob dois aspectos: as relações de sujeição geral e de sujeição especial. A sujeição geral tem origem nas relações comuns entre a Administração e os particulares e na natural posição de superioridade daquela, tendo em vista a necessidade de satisfação do interesse público. A sujeição especial decorre da submissão voluntária do particular à

²⁹ ZARDO, 2014, p. 158.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.872-873.

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 74.

Administração, quando age dentro do âmbito do Estado.³² Conforme Francisco Zardo³³, a principal característica das relações de especial sujeição seria a relativização do princípio da legalidade, tendo em vista que as obrigações não necessitariam de lei para serem criadas, podendo originar-se internamente na Administração.

Em sua concepção original, as relações de especial sujeição, desenvolvidas pelo jurista alemão Otto Meyer, justificavam-se na necessidade da Administração realizar suas atividades livre de restrições legais. O particular, ao vincular-se ao Estado por meio de uma relação específica, submetia-se as determinações deste, as quais não dependiam de reserva legal para afastar até mesmo direitos fundamentais. A vinculação poderia decorrer de obrigação legal, como o serviço militar, ou de ato voluntário, como a realização de um contrato com a Administração.³⁴

Atualmente é inequívoco que as relações especiais, em que pese decorram de um vínculo mais inflexível com o Estado, não permitem que a Administração haja totalmente desvinculada de reserva legal. Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ identifica fatores de limitação positivos e negativos para a atuação do Estado em relações de sujeição especial. A Administração deve ter a lei como fundamento último de sua atuação, de forma que seus comandos e regramentos sejam apenas especificações dos dispositivos legais, respeitadas a razoabilidade, legalidade e proporcionalidade. Ainda, não podem restringir ou superar direitos fundamentais, bem como elidir direitos de terceiros, totalmente alheios ao vínculo de especial sujeição.

As sanções aplicáveis a licitantes e contratados, escopo deste trabalho, tem como fundamento as relações de especial sujeição. Consoante Eduardo Rocha Dias³⁶, o Estado realiza contratações em razão de não dispor de auto-suficiência para realizar suas funções e, conseqüentemente, necessitar da cooperação de particulares. Todavia, tal vínculo não destitui a Administração de suas prerrogativas,

³² MELLO, 2007, p. 157

³³ ZARDO, 2014, p. 41.

³⁴ WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

³⁵ MELLO, 2015, p. 851-852.

³⁶ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 24-25

de forma que o processo licitatório, bem como a execução do contrato, estão sujeitos às normas de direito público, caracterizadas pela supremacia do interesse público perante o particular. Justifica-se, assim, a possibilidade de sancionar licitantes e contratados. Importante ressaltar a observação do autor no tocante a observância do princípio da legalidade. A voluntariedade presente na submissão do particular ao regime jurídico administrativo não importa que as sanções sejam previstas pelo próprio contrato, mas sim pela Lei Geral de Licitações, conforme aduzido nos próximos tópicos.

2.4 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Conforme exposto anteriormente, a utilização, pelo Direito Administrativo, dos modelos do Direito Penal abrange também os princípios deste, tendo em vista que ambos são manifestações do *jus puniendi* estatal. Nesse sentido, também decidiu o STJ:

Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.³⁷

Conforme lição de Fábio Medina Osório³⁸, a evolução do Direito Penal direciona todos os sistemas punitivos à observação de um conjunto de direitos humanos e fundamentais. O pouco desenvolvimento teórico a que está sujeito o Direito Administrativo Sancionador o deixou a margem do desenvolvimento da doutrina penal. Os postulados norteadores da punição criminal também podem ser direcionados ao sancionamento administrativo, em razão da sistematização doutrinária e legislativa daquela serem anteriores a ordenação de sanções administrativas. A utilização de modelo criminais, pelo Direito Administrativo Sancionador é frequente.

³⁷ BRASIL, STJ, 5. Turma, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 01.02.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 29 ago. 2018.

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 260.

Contudo, em que pese sejam manifestações de um mesmo poder, estão sujeitos a regimes jurídicos distintos, conforme anteriormente observado. Portanto, quando da análise do âmbito de incidência dos princípios penais no Direito Administrativo Sancionador, é necessário considerar a dupla acepção que o Direito Administrativo possui. De um lado, configura-se como uma disciplina voltada à proteção dos direitos individuais frente ao Estado. De outro, visa a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, o que outorga a Administração prerrogativas e privilégios para limitar o exercício dos direitos individuais, seja em benefício da coletividade, seja em razão da prestação de serviços públicos.³⁹

2.4.1 Princípio Da Legalidade

O Estado de Direito foi concebido sob influência dos princípios liberais da Revolução Francesa, com a intenção principal de preservar as liberdades individuais em face do poder estatal. Como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰ ao Estado, foi dada a missão de proteger a propriedade e a liberdade. A vontade do soberano foi substituída pela vontade popular, representada pelos membros eleitos do Poder Legislativo. Assim, nasceu a concepção de que o exercício de poder e a atuação do Estado só são legítimos se fruto de lei.

Atualmente, a limitação imposta pela legalidade é entendida de forma mais ampla. A produção de leis por meio de um processo pré-determinado não é suficiente para garantir a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos. É perfeitamente concebível um Estado totalitário no qual, por meio do processo legislativo, sejam editadas normas com forte caráter de controle social. Tais normas serão revestidas de legitimidade, visto que são fruto do exercício do poder competente para tal. Assim, é necessário vincular a produção legislativa aos pressupostos da dignidade humana, da proporcionalidade e da culpabilidade⁴¹.

³⁹ DI PIETRO, 2018, p. 92.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁴¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 97-98;

A legalidade pode ser vista sob a ótica de distintas abordagens. Representa, sob ponto de vista estático, a sujeição da punição a soberania popular. Cabe ao povo definir as condutas ilícitas e suas respectivas sanções, por meio da representação legislativa. Numa perspectiva dinâmica, o princípio da legalidade garante o prévio conhecimento da ilicitude. Dessa forma, concede a sociedade a possibilidade de ordenar suas ações com base no lícito e no ilícito⁴².

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Na doutrina penal, a aplicação do princípio da legalidade é imperiosa, tendo em vista a disposição do inciso XXXIX do mesmo artigo: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

No tocante ao Direito Administrativo, o artigo 37 do diploma constitucional determina que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]”. A Administração Pública, ao contrário dos particulares, depende de prévia autorização legal para atuar. Enquanto estes são livres para fazer tudo que a lei não proíbe (relação de não-contradição), aquela só pode agir diante e nos termos da lei, sob pena de ter a validade de sua atividade questionada⁴³. Cita-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93.⁴⁴

Questiona-se, porém, se o princípio da legalidade pode ser relativizado quanto a necessidade de previsão legal de sanções e infrações administrativas. Fábio Medina Osório⁴⁵, ao comparar os ilícitos penais com os ilícitos administrativos, afirma que estes estão sujeitos a maior dinamismo em razão da velocidade das

⁴² JUSTEN FILHO, 2016, p. 1340.

⁴³ VITTA, 2003, p. 71.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 43.254/DF - Decisão Monocrática, Ministro Benedito Gonçalves; Data do Julgamento: 20.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201102114930&dt_publicacao=21/02/2013> Acesso em: 29 ago. 2018.

⁴⁵ OSÓRIO, 2009, p. 260-261.

transformações sociais, culturais e econômicas. Atribuir certa elasticidade ao Direito Administrativo Sancionador, para o autor, se faz necessário, a fim de que a matéria acompanhe as transformações da realidade em que está inserida. A legalidade, nesse caso, seria realizada com conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais que dão ao aplicador da sanção certa margem de liberdade. Ao Direito Penal não é dada tamanha autonomia visto que a matéria é de competência exclusiva da União Federal.

Em que pese seja possível atribuir certa discricionariedade à definição de sanções e infrações, é necessário estabelecer limites legais para a atuação da Administração. Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁶ diferencia a competência para legislar da competência regulamentar. Apenas esta é possível de ser delegada para a Administração. A regulamentação estabelece parâmetros que orientam a atividade da Administração dentro da esfera de atribuição dada pela lei, a qual não pode ser flexibilizada. Para tanto, é necessária uma predefinição legal das condutas, obrigações e restrições. O Poder Executivo, por meio de ato próprio, não pode estabelecer restrições a propriedade e liberdade dos indivíduos, o que configura evidente violação constitucional. Por conseguinte, ao regulamento cabe a restrição apenas da atuação da Administração Pública, a fim de facilitar a aplicação dos dispositivos legais.⁴⁷

Daniel Ferreira⁴⁸, Carlos Ari Sundfeld⁴⁹ e Heraldo Garcia Vitta⁵⁰ argumentam no sentido de que, nas relações de especial sujeição com a administração pública

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. p.98.

⁴⁷ OLIVEIRA, 2005, p. 62.

⁴⁸ Conquanto no regime de sujeição geral exija-se lei formal estipulando as infrações e cominando as respectivas sanções, não nos parece que tamanho rigor seja de se exigir para a imposição de sanções decorrentes de um peculiar regime de sujeição. Em ambos, entretanto, sempre haveria a imprescindibilidade de lei para estipulação de infrações e das respectivas sanções. No caso de haver um especial liame firmado com o particular a obrigatoriedade reportar-se-ia apenas a uma lei autorizando referida possibilidade, e não necessariamente a uma tipificação legal. (FERREIRA, 2001, p. 94)

⁴⁹ A análise das implicações desse princípio pode e deve ser feita sob vários enfoques distintos: no que respeita à criação e organização de órgãos e pessoas administrativas, à atividade interna da Administração, ao seu relacionamento com os particulares. Em cada um, a aplicação do princípio da legalidade apresenta peculiaridades e graus diversos. Mesmo nas relações entre a Administração e os particulares, o conteúdo do princípio é distinto, quer se trate de relações jurídicas em que este mantenha vínculo especial com aquela, quer se trate de relações jurídicas decorrentes apenas da autoridade genérica do Estado (administração ordenadora). A administração exerce poder especial quando um vínculo específico a une ao particular. [...]

Ao atuar nesse campo, o particular não é livre, podendo agir apenas nos termos e condições definidas pelo Estado. Decerto que, por força do princípio de legalidade estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Nacional, a lei é instrumento normal para a definição dos direitos e deveres dos

anteriormente explicadas, é possível a mitigação do princípio referido, tendo em vista o caráter voluntário da sujeição do particular às normas contratuais da Administração. Contudo, mesmo nas relações de sujeição especial, não é admissível que sanções e infrações sejam criadas por instrumento diverso da lei formal. A lei deve explicitar as sanções cabíveis para cada infração cometida, bem como apontar o núcleo essencial da conduta proibida.⁵¹ Ao legislador, portanto, cabe indicar que tipo de comportamento é passível de ser sancionado. Conforme entendimento de Francisco Augusto Zardo⁵², além de garantia em favor dos acusados, a prévia tipificação de sanções e infrações serve como controle da atuação estatal, pois a população e os órgãos de controle tem parâmetros para verificar se o sancionamento, pela Administração Pública, é feito dentro das hipóteses cominadas e se traz os resultados pretendidos.

2.4.2 Princípio Da Tipicidade

Dos corolários da legalidade, decorre o princípio da tipicidade. A previsão de infrações, para ser válida, deve ser feita de maneira clara o suficiente a fim de permitir a identificação da conduta reprovável. Ao indivíduo, deve ser permitido o reconhecimento da conduta que, se praticada, irá ensejar o seu sancionamento, e ao aplicador das sanções, deve ser facilitado o reconhecimento objetivo da conduta

particulares quando entram em relação especial com o Estado. Porém, na lacuna da lei, não se pode afirmar a vigência, em favor dos particulares, da regra da liberdade, de modo a permitir-lhes a fruição livre (isto é, nas condições que julgarem adequadas) de serviço público, p. ex. A titularidade dos serviços públicos, outorgada pela Carta Constitucional à Administração, conquanto não os subtraia da regulamentação legislativa, confere-lhe o poder implícito de, na ausência de lei, regular os direitos e deveres dos particulares que os utilizem. Assim, quando atuam em campo estatal, os administrados podem ser submetidos aos direitos e deveres impostos – em decorrência de lacuna legal – por norma administrativa.” (SUNDFELD, 2003, p.30-31)

⁵⁰ A relação especial, ou sujeição especial, não é peculiar o Direito Administrativo; todo grupo social organizado tem normas impostas aos seus integrantes, estabelecendo deveres e penalidades. [...]

O estado de sujeição leva a que o particular tenha diminuída ou estancada sua liberdade, considerando-se necessária a vinculação a que está submetido. [...]

Segundo nosso entendimento, no Direito Administrativo, deve-se verificar a intensidade do liame que liga o particular à Administração Pública. Apenas nos casos cuja ligação se dá intimamente à ordem administrativa, teremos mitigação do princípio da legalidade.

A relação especial e o afrouxamento ou mitigação do princípio da legalidade existem para o atendimento do interesse público, posto que se exige uma atuação mais rápida, eficaz e, sobretudo, com maior intensidade da Administração, sendo insuficiente, no caso, a supremacia geral do Estado. Assim, o fato do particular ter ingressado espontaneamente, na relação jurídica especial com o Estado, não interfere na aplicação do princípio, porque o interesse público sobrepuja o interesse do particular. (VITTA, 2003, p. 77-78.)

⁵¹ MELLO, 2007, p. 166.

⁵² ZARDO, 2014, p. 57.

que caracteriza a infração no caso concreto. O mesmo pode se afirmar a respeito da previsão de sanções. A lei deve discriminar as consequências dos ilícitos praticados, a fim de garantir a prévia ciência da reprimenda que será aplicada em face do descumprimento das normas, bem como os limites da atuação sancionatória do Estado.⁵³ Segundo Fábio Medina Osório, “[...] a tipicidade apenas desempenha funções de dar desdobramentos necessários à legalidade garantista do Direito Punitivo [...]. A tipicidade oferece densidade normativa detalhada à legalidade.”⁵⁴

A aplicação do princípio da tipicidade é alvo de inúmeras controvérsias a respeito de sua amplitude. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁵ afirma que os ilícitos administrativos não se sujeitam a tipicidade da mesma forma que os ilícitos penais. As infrações administrativas, salvo poucas exceções, não são descritas com tamanha precisão, limitando-se a lei e à utilização de conceitos jurídicos indeterminados, atribuindo-se à verificação dos ilícitos certa discricionariedade do administrador. Marçal Justen Filho⁵⁶, justifica a atenuação da tipicidade afirmando que à lei não é dada a missão de exaurir todos os tipos e pressupostos da sanção. Verifica-se tal situação na Lei 8.666/1993, a qual será oportunamente abordada no presente trabalho. O referido diploma legal estabelece, de forma extremamente genérica, em seu artigo 87⁵⁷ as condutas que ensejam sancionamento administrativo.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.869.

⁵⁴ OSÓRIO, 2006, p. 262.

⁵⁵ DI PIETRO, 2018, p.496.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1341.

⁵⁷ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser

Entretanto, à luz de uma interpretação democrática e constitucional do Direito Sancionatório, não há como afastar a incidência da tipicidade. A atribuição de ampla liberdade a autoridade responsável pelo sancionamento retira do particular a possibilidade de saber antecipadamente a consequência de sua conduta, o que, na visão de Heraldo Garcia Vitta,⁵⁸ equivaleria à ausência de lei formal regulamentando a conduta. Dessa forma, revelam-se contrários a ordem jurídica o uso de expressões extremamente indeterminadas, bem como a determinação de mínimo e máximo de penalidade de maneira demasiadamente ampla. Ainda, segundo o autor, a exigência de lei delimitando condutas e penalidades visa garantir segurança jurídica aos cidadãos.

Em que pese seja possível o abrandamento de tal princípio nas relações de especial sujeição, nas quais o uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais é comum e até mesmo necessário, conforme já exposto, alguns limites devem ser observados. Cita-se novamente, Heraldo Garcia Vitta⁵⁹, o qual estabeleceu os parâmetros necessários para adequar o interesse público a liberdade do indivíduo: tipos gerais e indeterminados podem ser utilizados quando não há possibilidade de prever todos os comportamentos que merecem sanção, tendo em vista a multiplicidade de condutas possíveis de serem tomadas; apenas a lei formal pode estabelecer conceitos gerais, cabendo ao ato administrativo descrever a conduta específica geradora da sanção; as sanções, por sua vez, devem necessariamente estar previstas em lei e correlacionadas ao conceito indeterminado que a origina; por último, em que pese seja possível o uso de expressões plurissignificativas, a lei deve trazer limites a sua interpretação, discriminando os termos com as quais ela não se tornará ampla.

2.4.3. Princípio Da Proporcionalidade

A quem comete um ilícito deve ser aplicada uma sanção, a qual deve ser compatível com a gravidade e o grau de reprovação da conduta, ou seja,

requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.” (BRASIL. **LEI Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.)

⁵⁸ VITTA, 2003, p. 91.

⁵⁹ Ibid., p. 93.

proporcional. Dispõe o art. 2º da Lei 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito federal, que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) razoabilidade, proporcionalidade (...).”

Conforme lição de José Roberto Pimenta Oliveira⁶⁰, tal princípio garante ao administrado o direito de exigir que o regime sancionatório defina os elementos necessários para que o sancionamento seja proporcional ao cumprimento da finalidade da reprimenda. Para o autor, são inconstitucionais as normas que deixam em branco o limite das sanções aplicadas a cada infração, visto que sujeitam a decisão ao arbítrio do administrador, e não a critérios legais pré-estabelecidos. Para mais, limitar a punição implica na necessidade de definir “critérios de dosimetria punitiva, abarcando o dever de indicar os limites mínimos e máximos da sanção, bem como o de definir os fatores qualitativos sobre os quais deverá alicerçar-se sua graduação *in concreto*.”⁶¹

Mateus Bertoncini⁶² ressalta que o uso do *jus puniendi* estatal de forma desproporcional conduz a um vício de ilegalidade que autoriza a atuação judicial. O ato administrativo desproporcional, segundo o autor, poderá ser alvo do controle interno, o qual decorre de autoridade hierarquicamente superior do próprio ente que proferiu a sanção, ou de controle externo, entendendo-se este como aquele exercido pelo Poder Judiciário e Poder Legislativo, através dos Tribunais de Contas.

Dessa forma, conclui-se que a proporcionalidade é concebida sob dois aspectos: abstrato e concreto. O primeiro é dirigido ao legislador, o qual deve estabelecer os ilícitos e suas consequências dentro de parâmetros legais e razoáveis. O segundo é dirigido ao aplicador da norma, o qual deve atribuir ao infrator uma sanção de acordo com a conduta efetivamente praticada e, eventualmente, corrigir abusos cometidos pelo legislador na eleição alternativas ilícitas.⁶³

⁶⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.482-483.

⁶¹ OLIVEIRA, 2006, p.482-483.

⁶² BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 174.

⁶³ PRADO, 2015, p. 121.

2.4.4. Princípio da Razoabilidade

Em que pese tenha como finalidade o interesse público, a Administração não é dotada de total e irrestrita liberdade para persegui-lo. A autoridade administrativa, para José Anacleto Abduch Santos⁶⁴, deve justificar a eleição de determinada conduta “como adequada para certa situação que exigiu uma atuação administrativa, e essa justificativa deve comprovar que a conduta eleita foi razoável em face das circunstâncias fáticas”. Conforme afirma José Roberto Pimenta Oliveira⁶⁵, as competências administrativas, não apenas as sancionatórias, pressupõem o uso de “meio adequado, necessário e proporcional” para que alcancem sua finalidade.

Mateus Bertoncini⁶⁶ leciona que o princípio da razoabilidade serve como limitador das competências discricionárias do administrador público, logo, o ato desarrazoado é concebido como aquele que ultrapassa os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, torna-se ilegal. Havendo ilegalidade, torna-se necessária a atuação judicial no caso concreto.

Odete Medauar⁶⁷, integra o conceito de razoabilidade ao princípio da proporcionalidade. Assim, não devem ser impostas aos indivíduos sanções em medida superior aquela necessária para atender às finalidades a que foi concebida, de acordo com a noção de razoável adequação dos meios aos fins. Dessa forma, conclui-se que sanção razoável é aquela que tem condições de atingir os fins para os quais foi proposta; que, entre outras medidas possíveis, traz um menor ônus a direitos constitucionalmente estabelecidos; e que supera, em suas vantagens, as desvantagens que eventualmente sua aplicação pode gerar.⁶⁸

2.4.5. Princípio Da Culpabilidade

Paulo César Busatto⁶⁹ identifica três concepções distintas do conceito de culpabilidade, frutos da evolução de seu próprio conceito no Direito Penal:

⁶⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 263.

⁶⁵ OLIVEIRA, 2006, p. 486.

⁶⁶ BERTONCINI, 2002, p. 172.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

⁶⁸ Ibid., p. 120.

⁶⁹ BUSATO, 2017, p. 501.

culpabilidade como princípio, culpabilidade como elemento do delito e como limite da pena. Sob o viés limitador, está atrelada à fixação da pena no caso concreto e é concebida como o grau de reprovabilidade do crime praticado. Dessa forma, a depender do juízo de reprovação da conduta, será definido pelo magistrado a quantidade, bem como o regime de cumprimento da pena, nos termos do disposto no Código Penal⁷⁰. A culpabilidade como elemento do crime e, principalmente, da infração administrativa, será alvo de análise em capítulo futuro. O objeto do presente tópico é, portanto, a análise da culpabilidade como princípio.

O Direito Penal, há muito afastou a possibilidade de responsabilizar objetivamente um sujeito por um crime. A mera prática de uma conduta tipificada como criminosa não gera de forma automática uma reprimenda. A produção de um resultado, sem consciência e intencionalidade ou sem decorrer da inobservância de um dever de cuidado, não pode constituir crime, em razão do pressuposto da responsabilidade subjetiva.⁷¹ Por conseguinte, infere-se que é necessária uma vinculação subjetiva entre o ilícito praticado e o sujeito que o originou.

Dessa noção, decorre o princípio da culpabilidade, o qual postula que, para que uma conduta enseje a aplicação de uma sanção, essa deve ter sido cometida com dolo, ou seja, com consciência e vontade de praticar o ato ilícito, ou ao menos culpa, a qual caracteriza-se pela negligência, imprudência e imperícia. Como assevera Marçal Justen Filho⁷², o sancionamento punitivo não pode ser visto em apartado da culpabilidade, de forma que a simples ocorrência de dano material não acarreta em punição. A infração administrativa é configurada quando o partícipe de relação jurídica com a Administração Pública age com vontade de produzir um resultado ilícito, aceita sua concretização, ou deixa de adotar as diligências necessárias quando da execução do contrato.

⁷⁰ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. “(BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018”

⁷¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 39.

⁷² JUSTEN FILHO, 2016, p. 1345.

A culpabilidade, juntamente com os princípios da legalidade, tipicidade e proporcionalidade, constituem as proteções e defesas do acusado em face do poder estatal. Conforme visto anteriormente, considerando que o poder punitivo é uno, tais preceitos, embora sejam amplamente estudados pela doutrina Penal, são perfeitamente aplicáveis ao Direito Administrativo.⁷³

A Constituição Federal⁷⁴, ao exigir dolo ou culpa para que o agente público seja responsabilizado por dano ao erário, evidencia a importância de se afastar a responsabilização subjetiva no Direito Sancionador. Conforme explanação de Fábio Medina Osório:⁷⁵

Veja-se que os agentes públicos estão vinculados a regime especial de sujeição, constituindo uma classe de pessoas subordinadas a poderes punitivos mais diretos e, nesse caso, a hipótese de ressarcimento, pura responsabilidade patrimonial, envolve a responsabilidade necessariamente subjetiva. Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado, alcançando agentes públicos e particulares, na medida em que estes figurem em relações de especial sujeição ou de sujeição geral.

Rafael Munhoz de Mello⁷⁶, ao analisar o princípio da culpabilidade com base na finalidade das sanções, afirma que as sanções de caráter retributivo só cumprem sua finalidade se forem aplicadas a quem age de forma dolosa ou culposa. A prevenção de novas infrações, papel principal da sanção, só é atingida se o agente que comete o ilícito dispunha de meios para agir de forma diferente. Aquele que agiu de forma consciente e voluntária, tem a oportunidade de não reiterar a prática. Quem agiu sem a devida cautela, é incentivado a ser mais diligente em suas condutas. A responsabilização objetiva macularia o caráter preventivo da sanção,

⁷³ OSÓRIO, 2006, p. 430.

⁷⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. “BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.”

⁷⁵ OSÓRIO, op.cit., p. 435.

⁷⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005. Disponível em: < <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624/77>> . Acesso em: 29 ago. 2018.

pois não há propósito em estimular a mudança de comportamento daquele que, mesmo agindo com toda a cautela e diligência necessárias e sem a intenção de causar dano, incorre em uma sanção administrativa.

2.4.6. Princípio Do Personalismo Da Sanção

Consequência lógica do princípio da culpabilidade é o princípio do personalismo da sanção, expressamente previsto do texto constitucional (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”). Considerando que a responsabilidade pelo cometimento de infrações administrativas é subjetiva, aquele não concorreu com a infração, e conseqüentemente, não agiu com dolo ou culpa, não pode ser alvo da punição. Afasta-se a responsabilidade objetiva, bem como a responsabilização por fato cometido por terceiro.⁷⁷

A responsabilização de outrem, de acordo com Rafael Munhoz de Mello⁷⁸ é inadequada frente o caráter pedagógico e preventivo da pena. Conforme o entendimento anteriormente exposto do referido autor, a pena só irá cumprir seu papel preventivo se destinada a quem agiu com dolo ou culpa. Portanto, não assiste razão sua aplicação àquele que alheio a conduta ilícita. Ainda, a responsabilização de terceiro poderia ter efeito contrário e servir de estímulo a prática de novas infrações, tendo vista que o infrator não será sujeito as sanções decorrentes de sua conduta ilícita. Caracteriza estaria a desnecessidade da sanção e a conseqüente lesão ao princípio da proporcionalidade.

Importante ressaltar a observação de Régis Fernandes de Oliveira,⁷⁹ o qual afirma que as sanções reparatórias, excedem ao princípio abordado, visto que podem ser transferidas para os sucessores do condenado. As punitivas, também chamadas retributivas, visam apenas o infrator, em obediência à personalidade. Daniel Ferreira⁸⁰, em que pese critique⁸¹ o posicionamento do autor citado,

⁷⁷ OSÓRIO, 2006, p. 461-462.

⁷⁸ MELLO, 2005, p. 25-57.

⁷⁹ OLIVEIRA, 2005, p. 35.

⁸⁰ FERREIRA, 2001, p. 75-76.

⁸¹ “Nossas divergências, entretanto, primeiramente decorrem de um especial fator: não vemos lugar na sanção, como conceituada, para qualquer tipo de reparação. Ainda que a lei assim a estipule, o problema será de rótulo, que ao cientista do Direito não deverá causar confusão. A multa, como e enquanto sanção pecuniária, deve desestimular infrações impondo uma consequência jurídica restritiva: não ressarcir.

apresenta opinião similar, pois considera válida a transmissão de punições pecuniárias ou que recaiam sobre bens.

Em defesa do princípio abordado, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Segundo o princípio da intranscendência das sanções, penalidades e restrições de ordem jurídica não podem superar a dimensão estritamente pessoal do infrator. O §1º do art. 1º da Lei n. 11.107/2005 atribui personalidade jurídica própria aos consórcios públicos. Tais entes possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária, não havendo falar em exceção ao princípio da intranscendência no caso.⁸²

Em vista do exposto, tanto o princípio do personalismo da sanção, quanto o da culpabilidade, além inequívocas garantias frente o *jus puniendi* estatal, visam a realização do fim preventivo da sanção. O sancionamento de terceiro ou de quem agiu de forma a excluir a culpabilidade revela-se desnecessário, logo, desproporcional ao fim pretendido.

Ademais, mesmo as sanções não-reparatórias (e que nem por isso são punitivas), para usar a expressão desse professor, mas de cunho pecuniário, como as multas de trânsito, transferem-se sem problemas a terceiros, inter vivos ou causa mortis". (FERREIRA, loc.cit.)

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.463.921/PR - Segunda Turma, Relator: Humberto Martins, Data do Julgamento 10.11.2015. Disponível em : <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401481614&dt_publicacao=15/02/2016>. Acesso em: 29 ago. 2018.

3 A ESTRUTURA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O ponto central de convergência do Direito Administrativo Sancionador por muito tempo foi a sanção. Contudo, citando o entendimento de Daniel Ferreira⁸³, mais razoável seria o estudo das infrações em um primeiro momento, considerando que sem a constatação da ocorrência de um ilícito no caso concreto, não há possibilidade de aplicação de uma sanção. Em razão da já citada evolução teórica do Direito Penal, utiliza-se novamente suas construções a fim de precisar o que é infração administrativa.

Toma-se de empréstimo da Teoria do Delito o conceito analítico de crime, que descreve os pressupostos de punibilidade das condutas descritas nos tipos penais, a fim de estabelecer critérios racionais para a jurisprudência.⁸⁴ Define-se crime como “uma conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável”⁸⁵. Assim, pode-se definir infração administrativa como, “do ponto de vista analítico-formal, o comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”.⁸⁶

Francisco Zardo⁸⁷, aludindo aos ensinamentos de Manuel Gómez Tomillo, ressalta o caráter garantivista da conceituação de infração. A existência de vários elementos a compoendo faz com que o aplicador da sanção obrigatoriamente verifique a ocorrência de cada aspecto que a integra, individualmente. Deste modo, da decisão que impõe o sancionamento são afastados eventuais juízo subjetivos.

3.1 CONDUTA

Para o estudo da conduta, será adotada a Teoria Finalista da Ação desenvolvida pelo penalista alemão Hans Welzel e transportada para o Direito Administrativo por Marçal Justen Filho⁸⁸, Daniel Ferreira⁸⁹ e Francisco Zardo⁹⁰.

⁸³ FERREIRA, 2009, p. 228.

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p.74.

⁸⁵ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 188.

⁸⁶ FERREIRA, op.cit., p. 231.

⁸⁷ ZARDO, 2014, p. 63.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, 2016, 671.

⁸⁹ FERREIRA, op.cit., p. 234

⁹⁰ ZARDO, op.cit., p. 64.

Segundo Hans Welzel⁹¹, a conduta humana visa a ocorrência de um acontecimento final, não é mera causalidade. No conceito de Guilherme Nucci⁹², conduta é “a ação ou omissão voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade”. Importa ressaltar que, conforme será visto em tópico posterior, o Direito Administrativo admite a conduta de pessoa jurídicas.

O homem possui capacidade de autodeterminar-se e dirigir suas condutas para à consecução de fins específicos, previamente realizados pelo indivíduo. A ação final difere da meramente causal, pois esta não intenta um desfecho previamente determinado e sujeita-se a infinitude de possibilidades de resultado.

A ação, segundo Hans Welzel⁹³, tem início na esfera de pensamento do indivíduo, o qual propõe a nível mental o fim pretendido e elenca os meios necessários para a sua realização, tendo com base os possíveis efeitos concomitantes que poderão surgir. Os efeitos concomitantes podem fazer com o que agente altere os meios utilizados ou os inclua em sua vontade final.

Após o planejamento mental, a conduta é desenvolvida no plano físico. Porém, conforme ensinamento do autor, são produzidas finalisticamente apenas as consequências inicialmente planejadas e inclusas na vontade de realização. Todavia, tal consideração não implica na existência apenas de ilícitos dolosos. Para o jurista, merece reprovação também a ação que gera efeitos concomitantes indesejados, quando realizada sem as diligências e o cuidado necessários. Ações culposas, portanto.

Outrossim, há normas que impõem um dever de agir. Dessa forma, sua violação se dá através de um não fazer. São os delitos omissivos, subdivididos em próprio e impróprio.⁹⁴ Os delitos omissivos próprios englobam um dever geral de atuar, o qual se não realizado, é sancionável. Francisco Zardo⁹⁵ identifica, no artigo 87 da Lei 8.666/1993, uma infração administrativa que pode ser caracterizada como omissiva própria. Trata-se da “inexecução total ou parcial do contrato”. Os delitos omissivos impróprios, por sua vez, fundamentam-se na função de protetor do bem

⁹¹ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 27

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 151.

⁹³ WELZEL, op.cit., p. 28-31.

⁹⁴ NUCCI, op.cit., p. 172.

⁹⁵ ZARDO, 2014, p. 66.

jurídico que determinados indivíduos possuem. Nesses casos, há o dever jurídico especial de agir. Assim, não se pune a omissão, mas sim o resultado causado por ela, como se fosse o delito cometido por meio de ação.⁹⁶

3.1.1 A “Conduta” De Pessoas Jurídicas

Muito se discute, na doutrina penal, sobre a responsabilização de pessoas jurídicas. Alega Juarez Cirino dos Santos⁹⁷ que à ação institucional da pessoa jurídica faltam os requisitos subjetivos da ação humana, compostos por funções do aparelho psíquico. Pessoas jurídicas, na visão do doutrinador, não deteriam vontade e consciência reais, de forma que não possuem dolo em suas ações.

O mesmo não se opera no tocante as infrações administrativas. Conforme explanação de Fábio Medina Osório⁹⁸, o Direito Administrativo Sancionador possui regime jurídico próprio, no qual é plenamente admitida a responsabilidade de pessoas jurídicas. À Administração foi confiada a tutela de interesses gerais da sociedade, os quais são passíveis de serem violados por pessoas jurídicas, tendo em vista que possuem uma personalidade capaz de manifestar uma vontade juridicamente relevante para a doutrina administrativa.

Guido Zanobini⁹⁹ afirma que o conceito de imputação da doutrina penal corresponde ao conceito de capacidade no Direito Administrativo. Comete infração administrativa aquele que age de forma contrária a uma obrigação de Direito Público, a qual é derivada de uma relação geral ou especial com a Administração. Logo, a conduta de pessoas jurídicas é decorrente da capacidade de ser titular de uma obrigação para com a Administração, e não de elementos psíquicos.

Ademais, não assiste razão ao argumento que evoca o Princípio do Personalismo da Sanção para afastar a responsabilidade das pessoas jurídicas, tendo em vista que, no exemplo de Fábio Medina Osório¹⁰⁰, os sócios são afetados em sentido similar à família do acusado que sofre condenação a pena privativa de liberdade. Os sócios não sofrem diretamente a condenação e podem, por óbvio dentro das hipóteses legais, constituir pessoas jurídicas distintas da sancionada.

⁹⁶ SANTOS, 2008, p.205.

⁹⁷ Ibid., p. 439-441.

⁹⁸ OSÓRIO, 2009, p. 465.

⁹⁹ ZANOBINI, apud OLIVEIRA, 2006, p. 78.

¹⁰⁰ OSÓRIO, op. cit., p.473.

Admitida a possibilidade de sancionar pessoas jurídicas, resta analisar de que forma verifica-se a conduta comissiva ou omissiva destas. Francisco Augusto Zardo¹⁰¹ sustenta que a vontade da pessoa jurídica é fruto da ação das pessoas físicas que a integram. Logo, sua responsabilidade é gerada por atos daqueles juridicamente qualificados para agir em seu nome. Em relação as condutas omissivas, há responsabilização pela não adoção da cautela e vigilância necessárias para o controle dos empregados que atuam em nome da pessoa jurídica.

3.2 TIPLICIDADE

Conceituada infração administrativa como conduta típica, antijurídica e culpável, faz-se necessária a análise de seus elementos individualmente. Como anteriormente exposto, tipicidade é a necessidade de as infrações estarem devidamente descritas na norma, de modo a permitir identificar com exatidão qual é o comportamento reprovável que deve ser evitado para afastar o sancionamento, assim como para tornar a incursão da conduta em uma infração uma tarefa o mais objetiva possível.¹⁰²

Tipo é um “modelo abstrato que descreve um comportamento proibido.”¹⁰³ Segundo Francisco Augusto Zardo¹⁰⁴, ao citar o penalista Francisco Muñoz Conde, é possível identificar três funções no tipos: uma função de seleção dos comportamentos relevantes para o ordenamento; uma função de garantia, visto que apenas as condutas previamente tipificados são sancionáveis; e uma função de motivação, pois ao terem ciência do comportamento proibido, bem como de sua respectiva sanção, espera-se que os indivíduos deixem de praticar a ilicitude.

Conclui-se, portanto, que “tipo é o ‘modelo’, e a tipicidade é a adequação do fato àquele modelo. Portanto, uma conduta que recebe o adjetivo *típica* é aquela que se deu em conformidade com o tipo penal, tendo revelado um juízo de tipicidade positivo.”¹⁰⁵

¹⁰¹ ZARDO, 2014, p. 71-72.

¹⁰² MELLO, 2015, p. 877.

¹⁰³ BITENCOURT, 2017, p. 355.

¹⁰⁴ ZARDO, op. cit., p. 90.

¹⁰⁵ PACCELI, CALLEGARI, 2016, p. 254.

3.2.1 Tipo Objetivo

A tipicidade objetiva diz respeito aos aspectos externos da conduta. Para ser considerado objetivamente típico, o fato deve amoldar-se perfeitamente à descrição dada pela norma, sem lacunas e interpretações analógicas. Se a conduta desejada é comissiva, é preciso provar a omissão. Se omissivo o comportamento esperado, prova-se a efetivação da ação que pretendia-se evitar com o sancionamento.¹⁰⁶ Adequando-se à descrição, é possível aferir uma provável ilicitude. Fábio Medina Osório¹⁰⁷ ensina que, além de indicar o possível ilícito, o tipo também formaliza uma proibição que visa a proteção de um bem jurídico.

Logo, para que a conduta seja efetivamente típica, é necessário que afronte o bem tutelado, sob pena de ser considerada insignificante e atípica. Pondera Heraldo Garcia Vitta¹⁰⁸ que, em que pese exista o poder-dever do Estado de sancionar, comportamentos cujas consequências sejam “ínfimas e irrisórias” podem ser desconsideradas como ilícitos. Justifica tal afirmação com base na finalidade da sanção. O sancionamento de condutas insignificantes traria certo desprestígio para a Administração, ao invés de cumprir com a missão pedagógica e de prevenção do Direito Administrativo Sancionador.

Colaciona-se os entendimentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal a respeito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO IRRELEVANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A prosaica importância de oito reais e quarenta e sete centavos que ensejou toda a movimentação do aparato judiciário, desde o inquérito civil até a propositura da ação civil pública, culminando em desproporcional sanção, poderia ensejar, quando muito, multa do mesmo porte, também por isso irrelevante. O princípio da insignificância cunhado pelos penalistas, têm como atípicas ações ou omissões que de modo ínfimo afetem o bem jurídico tutelado. Na verdade, tanto na esfera penal quanto tratando-se de ato ímprobo, a incidência indiscriminada da norma, sem que tenha o julgador a noção da proporcionalidade e da razoabilidade, importa materializar a opressão e a injustiça. Por isso, condutas que do ponto de vista formal se amoldam ao tipo não devem ensejar punição, quando de nenhuma relevância material. O princípio da insignificância dá solução a situações de iniquidade na medida em que descriminaliza condutas que

¹⁰⁶ FERREIRA, 2009, p. 250.

¹⁰⁷ OSÓRIO, 2006, p. 325.

¹⁰⁸ VITTA, 2003, p. 58-59.

embora formalmente típicas, não atingem o bem jurídico protegido ou o atingem de modo irrelevante. Apelo provido¹⁰⁹

Para que seja razoável concluir, em um caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade material, sob pena de abandonar-se, assim, o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da tipicidade material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico. Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade.¹¹⁰

Daniel Ferreira¹¹¹ estabelece limites à aplicação do chamado Princípio da Insignificância nas hipóteses de infrações com intenso cunho ético, bem como naquelas que acarretam em risco coletivo.

Polêmica revela-se a adequação típica dos conceitos jurídicos indeterminados pois, em tese, não haveria como o autor da infração identificar o caráter ilícito de seu comportamento em face dos elementos objetivos contidos no tipo. Entretanto, tal colocação não significa que a verificação da adequação típica deva ser realizada por meio de um juízo subjetivo. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal

A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa.¹¹²

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70012886412, - Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges; Data do Julgamento: 08.02.2006. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70012886412&num_processo=70012886412&codEmenta=1421112> Acesso em: 29 ago. 2018.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 107.370/SP – Segunda Turma, Relator: Gilmar Mendes; Data do Julgamento: 03.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

¹¹¹ FERREIRA, 2009, p. 263.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RMS nº24699/DF - Primeira Turma, Relator: Eros Grau; Data do Julgamento 30.11.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em 29 ago. 2018.

Verifica-se, portanto, que o julgamento subjetivo, bem como a utilização de um juízo de conveniência e oportunidade em razão dos conceitos abertos é passível de intervenção do Poder Judiciário.

Nos casos referidos, é necessário que a Administração, para minimizar a generalização e afastar subjetividades, complemente os conceitos indeterminados em atos normativos infra-legais. O mesmo se afirma a respeito das normas em branco. As normas em branco, existentes tanto no Direito Penal quanto no Direito Administrativo, trazem apenas a indicação genérica da conduta e as sanções cabíveis. O conhecimento do alcance da conduta ficaria a cabo de regulamentação de outra instância, que não a legislativa.¹¹³ Utiliza-se normas em branco nos casos de ilícitos que não admitem tipificação definitiva em razão de seu conteúdo, o qual está sujeito a modificações decorrentes da economia, ciência, da política, etc. O artigo 87 da Lei 8.666/1993, segundo exemplo de Francisco Zardo¹¹⁴, pode ser considerado uma norma em branco em razão da expressão “pela inexecução total ou parcial do contrato”, se o contrato estabelecer quais são as hipóteses de inexecução que ensejam sancionamento.

3.2.2 Tipo Subjetivo

Conforme elucida Fabio Medina Osório¹¹⁵, do princípio da culpabilidade, o qual tem viés contrário a responsabilidade objetiva, decorrem três efeitos: “a) o afastamento da responsabilidade objetiva pelo simples resultado”; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.” Dessa forma, para que seja imputado um crime ao indivíduo, é necessário que esta tenha sido cometido com dolo ou culpa. Apesar de serem elementos do Princípio da Culpabilidade, na análise da estrutura do delito dolo ou culpa integram a tipicidade, em razão do adotado conceito analítico-formal de crime.

De acordo com a Teoria Finalista de Hans Welzel¹¹⁶, as normas só podem proibir ou mandar condutas finais. Para que a ação seja típica, exige-se que o particular tenha determinada intenção, contraposta ao bem tutelado, ao cometer o

¹¹³ PACCELI, CALLEGARI, 2016, p. 113

¹¹⁴ ZARDO, 2014, p. 96.

¹¹⁵ OSÓRIO, 2006, p. 440.

¹¹⁶ WELZEL, 2001, p. 38

ilícito. Assim, os elementos subjetivos, constituídos pelos aspectos psicológicos especiais da conduta, juntamente com os elementos objetivos, integram a tipicidade.¹¹⁷

No tocante às infrações administrativas, discute-se se dolo ou culpa são estritamente necessários para compor a tipicidade, ou se apenas a voluntariedade seria suficiente para caracterizar a tipicidade subjetiva. Daniel Ferreira¹¹⁸ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁹ argumentam a favor da voluntariedade. Este afirma que ao Direito cabe a missão de oferecer segurança, na medida que torna cognoscíveis as condutas que, se praticadas, ensejam um sancionamento. Assim, só é possível o indivíduo incorrer em uma infração havendo ciência e eleição prévias do comportamento que caracteriza o ilícito. Tais elementos caracterizam, na expressão do autor, apenas um *animus* de praticar a conduta, e não dolo ou culpa.

Daniel Ferreira, por sua vez, afirma que a exigência de voluntariedade é diferente de considerar como típica uma conduta apenas por seu nexo de causalidade com o resultado. A voluntariedade se revela com o especial querer indesejado pelo ordenamento, o qual é pressuposto para que haja dolo ou culpa. Na culpa a voluntariedade é “inaugural e especializada”, ao ser direcionada para o resultado por ausência do dever de cuidado. No dolo, a voluntariedade é “especializadíssima”, visto que a ação é especificamente dirigida para o fim proibido pela norma, o qual não decorre simplesmente de um descuido. Contudo, de forma distinta decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Embargos de declaração em recurso ordinário em mandado de segurança. Não subsunção do fato à norma. Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes. 1. Inexistência de prejuízo à Administração Pública em decorrência da revogação do procedimento licitatório. 2. Ausência de demonstração de dolo ou má-fé da empresa na apresentação dos documentos previstos no edital do certame. 3. Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos, sem efeitos infringentes.¹²⁰

¹¹⁷ REALE JÚNIOR, 2012, p. 140.

¹¹⁸ FERREIRA, 2009, p. 274-277.

¹¹⁹ MELLO, 2015, p. 879-880.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, EDcl no RMS n° 31.972/DF – Primeira Turma, Relator: Dias Toffoli; Data do Julgamento: 06.05.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5955168>>. Acesso em 29 ago. 2018.

Para mais, como pondera Francisco Zardo¹²¹, a voluntariedade aludida pelos autores difere da conceituada por Hans Welzel. Este considera como voluntária a ação fruto de um movimento corporal que produz consequências não necessariamente desejadas pelo agente. Assim, o conceito de voluntariedade de Celso Antônio Bandeira de Mello e Daniel Ferreira equivaleria ao de “dolo acrescido de uma antecipação acerca do juízo de reprovabilidade da conduta.”

3.2.2.1 Dolo

O dolo consiste na consciência e na vontade de praticar a conduta tipificada. Conforme explica Paulo César Busato¹²², a verificação do dolo ocorre em duas etapas: primeiro analisa-se a existência do “elemento intelectual” e, posteriormente, o “elemento volitivo”. O elemento intelectual do dolo é verificado pelo conhecimento dos elementos que integram o tipo. O indivíduo deve ser capaz de compreender, de forma aproximada, a significação dos componentes do ilícito, o que não necessariamente acarreta o conhecimento da ilicitude do fato. A consciência da ilicitude, como será visto, é elemento da culpabilidade.

O elemento volitivo, para o referido autor, não pode ser confundido com um desejo distante de obter o resultado. Para caracterizá-lo é necessária uma vontade plena realizar o fato típico. Porém, como bem aponta Francisco Zardo¹²³, ao citar lição de Fábio André Guaragni, não se deve confundir os conceitos de vontade com finalidade da ação.

A finalidade como elemento de toda conduta é, em princípio, neutra. Será feito um juízo de valor apenas após iniciada a análise dos elementos que compõem a conduta ilícita (tipicidade, antijururidicidade e culpabilidade). Se verificado que o autor realizou a conduta como fruto de sua vontade, restará configurada a negatividade de comportamento e caracterizado o dolo.

3.2.2.2 Culpa

¹²¹ ZARDO, 2014, p. 103-104.

¹²² BUSATO, 2017, p. 391.

¹²³ ZARDO, op. cit., p. 105-106.

Consoante observação de Rafael Munhoz de Mello¹²⁴, os ilícitos administrativos não exigem necessariamente a presença de dolo para que sejam configurados. A depender da infração, a culpa *strictu sensu* já é suficiente.

Age com culpa aquele que, sem intenção e vontade de cometer um ilícito, o pratica em razão da inobservância de um dever de cuidado. Pune-se condutas culposas em razão do desdém do agente para com os bens de terceiros. Dessa forma, verifica-se a tipicidade quando a ação ou omissão do indivíduo não correspondem aos comportamentos que teria tomado outra pessoa em situação similar para evitar a ocorrência do ilícito.¹²⁵

Como observa Paulo César Busato¹²⁶, a tipicidade subjetiva das infrações culposas não é esgotada no enunciado da norma, visto que não há como prever de que forma o dever de cuidado será violado. A análise última caberá ao aplicador da sanção.

3.2.2.3 O elemento subjetivo nas pessoas jurídicas

Como visto, as pessoas jurídicas não possuem capacidade de ação própria, mas sim como fruto das vontades das pessoas físicas que as integram. Dessa forma, questiona-se de que forma é feita a verificação de dolo e culpa nas infrações cometidas por pessoas jurídicas, tendo em vista que tais elementos são derivados de aspectos psíquicos do ser humano, os quais por óbvio se fazem presentes nas pessoas jurídicas.

Segundo Eugênio Pacelli e André Callegari¹²⁷, o dolo das pessoas jurídicas abrange apenas o elemento cognitivo, o qual é caracterizado pela ciência do risco que a atividade empresarial representa para o bem jurídico em questão. Desconsidera-se nesse caso a demonstração do elemento volitivo. No mesmo sentido, a culpa é verificada na “ausência evitável de conhecimento do risco gerado pelo desempenho da atividade empresarial”.¹²⁸

¹²⁴ MELLO, 2005, p.186.

¹²⁵ PACCELI, CALLEGARI, 2016, p. 268.

¹²⁶ BUSATO, 2017, p. 411.

¹²⁷ PACCELI, CALLEGARI, op. cit., p.219.

¹²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009 apud PACELLI, CALLEGARI, op.cit., 267.

Alejandro Nieto¹²⁹ é expressamente contrário a exigência de culpabilidade para pessoas jurídicas. As pessoas jurídicas, apesar de serem dotadas de capacidade de ação e responderem pelos atos praticados, não podem ter como requisito de suas infrações a culpabilidade, visto que essa só pode ser exigida de quem é efetivamente culpável. Dessa forma, sugere o autor que seja adotada a figura do garante, o qual seria responsável por assegurar o correto desempenho das funções dos integrantes da pessoa jurídica. Eventual descumprimento por estes caracterizaria um descumprimento das obrigações do próprio garante. Em suma, o que estaria sugerindo Alejandro Nieto, consoante interpretação de Francisco Zardo¹³⁰, é a responsabilização objetiva da empresa, o que, com fulcro numa perspectiva constitucional e democrática do Direito Administrativo não merece prosperar.

No Direito Administrativo Sancionador, consoante Fábio Medina Osório¹³¹, a exigência de culpabilidade para pessoas jurídicas não tem o mesmo alcance que a exigência para pessoas físicas. Em que pese não tenham a mesma dimensão, não é possível afirmar que pessoas jurídicas sejam sancionadas dispensando a análise do elemento subjetivo. Para Fábio Medina Osório¹³², a culpabilidade no que tange as pessoas jurídicas, refere-se a possível capacidade de evitar o fato e de tomar os devidos cuidados para que o ilícito não ocorra.

Heraldo Garcia Vitta¹³³ concebe a responsabilidade das pessoas jurídicas como consequência das condutas dolosas ou culposas de seus representantes. Apesar de serem resultado das condutas ilícitas das pessoas físicas, as sanções recaem sobre a pessoa jurídica. Conclui o autor que

podem ser-lhe imputadas penas administrativas, uma vez presentes o dolo, ou a culpa, como pressupostos subjetivos do ilícito, praticado por pessoa física, como preposta, representante ou outra denominação qualquer que se devesse rotulá-la, desde que tenha agido em benefício do ente coletivo, exprimindo a “vontade” da pessoa jurídica.¹³⁴

¹²⁹ NIETO, 2005. p. 392.

¹³⁰ ZARDO, 2014, p.108.

¹³¹ OSÓRIO, 2006, p. 466.

¹³² Ibid., p.470.

¹³³VITTA, 2003, p. 50-51.

¹³⁴ Ibid., p. 52.

Àngeles de Palma del Teso¹³⁵ entende que a culpabilidade das pessoas jurídicas, em relação a conduta de seus empregados, pode ser analisada por duas óticas distintas: a primeira possibilidade é a conduta do empregado que tem origem em uma decisão empresarial distinta de sua vontade. Nesse caso, a culpabilidade decorrerá do dolo ou culpa daqueles que emanaram a decisão que foi ordenada ao trabalhador. Em outro viés, analisa-se a conduta do funcionário que age por conta própria, alheio aos interesses da pessoa jurídica e seus representantes. Na situação citada, a culpabilidade da empresa origina-se da falta de organização do trabalho, a qual permitiu a conduta do empregado.

Já em relação aos representantes legais da empresa, se esses atuam em conformidade com suas atribuições, deve-se observar a presença de dolo ou culpa em suas ações, tendo em vista que manifestam a vontade, e conseqüentemente a culpabilidade, da própria empresa. Caso operem para além de seus poderes, a análise recai novamente sobre a eventual desorganização do trabalho.¹³⁶

3.3 ANTIJURIDICIDADE

Para Daniel Ferreira¹³⁷, a conduta típica será sempre antinormativa, visto que contraria a pretensão aduzida pela norma. Contudo, antinormatividade não é sinônimo de antijuridicidade. Esta é configurada apenas quando a conduta, além de se amoldar aos tipos objetivo e subjetivo, não apresenta nenhuma causa de justificação. A antijuridicidade, ainda na visão de Daniel Ferreira¹³⁸, se perfaz sob o caráter legal quando há previsão no ordenamento para o comportamento típico. Sob a perspectiva material, a antijuridicidade se caracteriza quando não é verificada causa de justificação que autoriza a conduta do agente.

A conduta típica concerne a situações fáticas dentro de um caráter de normalidade. Entretanto, existem situações insólitas “cujas circunstâncias são capazes de determinar uma justificativa adequada para a conduta típica, de modo a afastar a incriminação porque,[...] não resulta justo que a norma pretenda afirmar sua pretensão de ilicitude.”¹³⁹ São as chamadas excludentes de ilicitude.

¹³⁵ DE PALMA DEL TESO, 1996 apud ZARDO, 2014, p. 112.

¹³⁶ ZARDO, 2014, p.113.

¹³⁷ FERREIRA, 2009, p. 284.

¹³⁸ Ibid. p. 285-286.

¹³⁹ BUSATO, 2017, p. 433.

As causas de justificação podem ter origem legal ou supralegal. O Código Penal, em seu artigo 23, elenca as causas gerais de exclusão da ilicitude, sendo elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Admitem-se as causas supraleais, sem caracterizar ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que aquele que pratica um ato típico para proteger um bem jurídico ou se defender não incorre em ilicitude.¹⁴⁰

Isto posto, passa-se a análise das excludentes em espécie.

3.3.1 Legítima Defesa

A legítima defesa, consoante explana César Roberto Bitencourt,¹⁴¹ visa defender um bem jurídico perante uma agressão injusta, bem com o próprio ordenamento, o qual é afetado por uma ofensa ilegítima. Na definição do Código Penal, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Entende-se por injusta, a agressão que não é autorizada pelo ordenamento.¹⁴² A atualidade é caracterizada pela ação que está ocorrendo e que ainda não foi finalizada; a iminência é configurada pela ação que está prestes a ocorrer, não podendo ser confundida com agressão futura, a qual pode ser repelida de outras formas.¹⁴³ O bem jurídico protegido pela legítima defesa pode ser próprio ou de terceiro, contanto que o bem de terceiro seja disponível e seu titular consentido com sua defesa.¹⁴⁴ A legítima defesa, por fim, está sujeita a um juízo de proporcionalidade.

Sobre a legítima defesa no âmbito administrativo, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO
AO ART. 535, CPC. INEXISTÊNCIA PROCESSO
ADMINISTRATIVO ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. LEGÍTIMA DEFESA
EFEITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. I - Não ocorre ofensa ao
art. 535 do CPC se o e. Tribunal de origem, sem que haja recusa à

¹⁴⁰ MELLO, 2007, p. 150.

¹⁴¹ BITENCOURT, 2017, p. 433.

¹⁴² BUSATO, 2017, p. 435.

¹⁴³ Ibid., p. 436.

¹⁴⁴ Ibid., p. 437.

apreciação da matéria, embora rejeitando os embargos de declaração, considera não existir defeito a ser sanado.

II - Os efeitos da absolvição criminal por legítima defesa devem se estender ao âmbito administrativo e civil. Desse modo, tendo sido o autor posteriormente absolvido na esfera criminal em razão do reconhecimento de uma excludente de antijuricidade (legítima defesa real própria), impõe-se, *in casu*, a anulação do ato que o demitiu do serviço público pelos mesmos fatos.

Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido¹⁴⁵

Conforme Daniel Ferreira¹⁴⁶, a legítima defesa é juridicamente justificada no Direito Administrativo visto que não é razoável exigir do agente o sacrifício de um valor constitucionalmente protegido em proveito de outro, de mesma relevância.

3.3.2 Estado de Necessidade

Conforme o artigo 24 do Código Penal, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” Em face de dois bens jurídicos em perigo, em situação que para a preservação de um outro precise ser destruído, o agente pode, dentro de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, escolher qual será salvo.¹⁴⁷ Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. EXCESSO DE VELOCIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. EFEITOS DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO NA HIPÓTESE. POSSIBILIDADE. (...)

3. O estado de necessidade não é instituto inerente apenas ao Direito Penal; ao contrário, tem-se aí conceito ligado a todo o Direito Sancionador - inclusive nos ramos cível e administrativo.

4. A figura do estado de necessidade liga-se à ideia de que não pode existir atentado ao Direito, ao justo, na conduta praticada a fim de salvaguardar bem jurídico de maior relevância que o bem jurídico maculado. A lógica é evidente: o ordenamento jurídico não pode deslegitimar conduta que é benéfica a bem jurídico a que ele próprio confere valor diferenciado (para mais). (...)

15. Seria no mínimo, desarrazoado - a não dizer injusto -, admitir-se que o estado de necessidade se prestaria a excluir uma infração penal relativa à proteção do bem jurídico integridade física e, ao mesmo tempo, ser

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 396756/RS - Quinta Turma, Relator: Felix Fischer; Data do Julgamento: 16.09.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101524580&dt_publicacao=28/10/2003> . Acesso em: 29 ago. 2018.

¹⁴⁶ FERREIRA, 2009, p. 289.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 647.

inservível para excluir uma infração administrativa, que protege abstratamente a segurança pública, em razão de uma conduta singular, realizada em tempo, modo e condições únicos. (...)

17. Apesar de a lição doutrinária se referir aos tipos sancionadores em si, nada impede a sua aplicação às questões relativas às excludentes gerais de ilicitude, porque a necessidade de observância de coerência decorre da inserção das normas, de quaisquer esferas, em um sistema - no caso, um sistema jurídico.

18. Recurso especial não provido.¹⁴⁸

Para que seja considerado excludente de antijuridicidade, o estado de necessidade deve corresponder a um perigo atual, ou seja, que se verifica no momento em que o bem jurídico é sacrificado e que viole bem próprio ou de terceiros. Contudo, para a defesa de bem alheio não é exigido seu consentimento, visto que o juízo de proporcionalidade a que se sujeita a presente excludente inclui a noção, baseada no senso comum, de que a defesa seria realizada por qualquer indivíduo que estivesse em situação similar¹⁴⁹. Ademais, deve-se comprovar que não há outra conduta capaz de afastar o perigo, ou que, o comportamento adotado era o único passível de defender o bem no caso concreto.¹⁵⁰

3.3.3 Estrito Cumprimento De Dever Legal E Exercício Regular De Um Direito

Aquele que em obediência a um comando normativo realiza um comportamento em detrimento de bem de terceiro, age em estrito cumprimento de dever legal.¹⁵¹ Em sentido similar, aquele que pratica conduta correspondente a um ilícito, porém permitida pela legislação, está em exercício regular de direito.¹⁵² Segundo Paulo César Busato¹⁵³, a diferença entre o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de direito reside no fato daquele ser obrigatório e este facultativo. No cumprimento de dever há uma norma determinando que o indivíduo atue, no exercício regular de direito a norma da apenas a possibilidade de atuação.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1123876/DF - Segunda Turma, Relator: Mauro Campbell Marques; Data do Julgamento: 05/04/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900288098&dt_publicacao=13/04/2011>. Acesso em: 29 ago. 2018.

¹⁴⁹ CAPEZ, 2017, p. 296-297.

¹⁵⁰ FERREIRA, 2009, p. 289.

¹⁵¹ PACCELI, CALLEGARI, 2016, p. 322.

¹⁵² Ibid., p. 324.

¹⁵³ BUSATO, 2017, p. 478.

O cumprimento do dever legal, como observa Miguel Reale Júnior¹⁵⁴, deve ser realizado dentro dos limites legais. O Código Penal¹⁵⁵ utiliza a expressão *estrito*, significando que a atuação do agente é vinculada. Atos excessivos, caracterizados como aqueles que violam bens além daqueles dentro da permissão legal, serão considerados lícitos.

Discute-se se o estrito cumprimento de dever legal afastaria a tipicidade ou a antijuridicidade da conduta. Sobre o assunto, Fábio Medina Osório¹⁵⁶ afirma que as excludentes tratadas no presente tópico são, em verdade, causas de inadequação típica, visto que excluem a tipicidade proibitiva ao tornarem a conduta autorizada pelo ordenamento. Eugênio Pacelli e André Callegari afirmam que, em certas situações, em que pese a conduta seja lícita, ainda se encaixa em um tipo proibitivo. Citam o exemplo do oficial de justiça que, ao entrar em um domicílio sem o consentimento do morador, não incorre no crime de violação de domicílio¹⁵⁷ por estar legitimado¹⁵⁸ para tal. Assim sendo, “o campo geral *ilicitude* (proibição) cede às exceções contidas no âmbito geral da *licitude* (permissão), dentro, então, de um mesmo ordenamento.”

3.3.4 Consentimento Do Ofendido

Visando a proteção de determinados bens jurídicos socialmente relevantes, o Estado cria tipos penais. Dessa forma, ao aplicar a pena àquele de prática ação proibida, estaria o Estado reafirmando o valor inerente ao bem tutelado. Conforme

¹⁵⁴ REALE JÚNIOR, 2012, p.170-171.

¹⁵⁵ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” (BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018).

¹⁵⁶ OSÓRIO, 2006, p. 326.

¹⁵⁷ “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.” (BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.)

¹⁵⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;” (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018).

lição de Miguel Reale Júnior¹⁵⁹, ao particular não cabe definir quais bens serão protegidos ou não. Contudo, verifica-se em alguns casos a possibilidade do indivíduo consentir com lesão a um bem jurídico próprio, desfazendo o caráter ilícito de um comportamento que se adequa a um tipo. Nessa situação, afirma Miguel Reale que o bem de interesse do Estado, e por ele tutelado, dá espaço ao interesse do particular titular direto do bem.

O Código Penal não traz o consentimento do ofendido como causa de excludente de antijuridicidade, contudo, admite-se o uso de causas supralegais de justificação tendo em vista as constantes mudanças sociais, que muitas vezes não são acompanhadas pelo legislador.¹⁶⁰ No Direito Administrativo Sancionador, Régis Fernandes de Oliveira¹⁶¹ admite ser possível a existência de excludentes supralegais em benefício do infrator, se o aplicador da sanção fundamentar a decisão no artigo 4º¹⁶² da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Controversa se revela a aplicação do consentimento do ofendido no Direito Administrativo. É necessário que o bem disponível, neste caso, seja do próprio titular, não se admitindo lesão a bens de interesse geral. Logo, conforme ensinamento de Miguel Reale¹⁶³, bens públicos não são passíveis de serem dispostos. Francisco Zardo¹⁶⁴, em referência a Alejandro Nieto, traz o instituto da confiança legítima como o conceito mais aproximado do consentimento do ofendido e aplicável ao Direito Administrativo Sancionador. Cita-se o exemplo dado pelo doutrinador espanhol¹⁶⁵, no qual a Prefeitura admite o estacionamento em local proibido durante datas comemorativas, invocando a confiança legítima dos particulares em uma conduta tolerante da Administração, a qual exclui a responsabilidade.

3.4 CULPABILIDADE

¹⁵⁹ REALE JÚNIOR, 2012, p.173.

¹⁶⁰ BITENCOURT, 2017, p. 415.

¹⁶¹ OLIVEIRA, 2005, p. 32.

¹⁶² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.)

¹⁶³ REALE JÚNIOR, op.cit., p. 174.

¹⁶⁴ ZARDO, 2014, p.116-117.

¹⁶⁵ NIETO, 2005, p. 368.

Conforme visto em capítulo anterior, a culpabilidade possui três concepções distintas: como princípio, como limite da pena e como elemento do delito. Ao presente tópico, caberá a análise da culpabilidade como o último elemento do delito. Sendo a conduta típica e antijurídica, resta avaliar se ela também será culpável. Presentes os três requisitos, o poder-dever de punir do Estado se fará presente.

Como elemento do delito, a culpabilidade é vista como um juízo individual da responsabilização pela infração e corresponde a uma garantia do infrator perante eventuais excessos do Estado. A punição estatal deve ser fundamentada, de forma a obter “uma justificativa mais clara possível do porquê e para quê da pena.”¹⁶⁶ A culpabilidade é verificada quando presentes três requisitos essenciais: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento conforme o direito. Ausente qualquer um deles, não é possível aplicar uma sanção.

A imputabilidade, como observa Daniel Ferreira¹⁶⁷, diz respeito a capacidade de entender e querer a ação, ou seja, possui um elemento cognoscitivo e um elemento volitivo. No conceito do Direito Penal será imputável aquele que apresentar “condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos”¹⁶⁸. No Direito Administrativo, além das pessoas físicas, são imputáveis também todas as pessoas jurídicas.¹⁶⁹

A potencial consciência da ilicitude decorre da possibilidade do agente conhecer o caráter ilícito de seu comportamento. Como ressalta Paulo César Busato¹⁷⁰, não é exigido que o autor efetivamente conheça a ilicitude, mas que sim que possua uma probabilidade de conhecê-la, visto que, caso contrário, não haveriam motivos para o agente inibir-se de cometer o ilícito.

A exigibilidade de comportamento conforme o direito, por sua vez, diz respeito a evitabilidade da conduta. O juízo de reprovação reside no fato do agente ter a possibilidade de agir licitamente, ao contrário do estado de necessidade e da legítima defesa, nos quais não é razoável exigir o comportamento pretendido pela norma. Assim como a antijuridicidade, a culpabilidade apresenta excludentes, as quais afastam o caráter reprovável da conduta típica e ilícita.

¹⁶⁶ BITENCOURT, 2017, p. 446.

¹⁶⁷ FERREIRA, 2009, p. 298.

¹⁶⁸ BITENCOURT, op.cit., p. 485.

¹⁶⁹ FERREIRA, loc.cit.

¹⁷⁰ BUSATO, 2017, p. 483.

3.4.1 Inexibibilidade De Conduta Diversa

Determinadas situações, em razão de seu caráter extremo, tornam inexigível a abstenção da prática de condutas típicas e antijurídicas. Todavia, não há reprovação da conduta se não era exigível ao agente conduta diferente da que foi realizada. O Código Penal elenca duas causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, são elas: a coação irresistível e a obediência hierárquica.

Nos casos de coação irresistível, é empregada grave ameaça ou força física a fim de obrigar alguém a prática ou não de um ato. A coação será física quando impedir a liberdade física e psíquica do indivíduo, será moral quando o agente tiver ação livre, mas em função de ameaça que lhe é imposta, não pode agir de forma distinta.¹⁷¹ A obediência hierárquica é caracterizada por “manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa)”. Como observa Francisco Zardo¹⁷², se a ordem superior for legítima, será afastada a antijuridicidade, pois a ação estará no âmbito do estrito cumprimento de um dever legal ou do exercício regular de um direito. Se a ordem for ilegal, restará excluída a culpabilidade.

Importante ressaltar que a inexigibilidade de conduta diversa pode abranger hipóteses supralegais, caso não esteja regulada no ordenamento.¹⁷³

3.4.2 Caso Fortuito Ou Força Maior

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁴, o caso fortuito e a força maior afastam a infração em razão da ausência de possibilidade de ciência e eleição da conduta. Heraldo Garcia Vitta¹⁷⁵ conceitua força maior como “força de natureza irresistível” e caso fortuito como “acidente, cuja raiz é tecnicamente desconhecida”. Discute-se, contudo, se tais excludentes integram a culpabilidade.

¹⁷¹ PACCELI, CALLEGARI, 2016, p. 346.

¹⁷² ZARDO, 2014, p. 122-123.

¹⁷³ PACELLI, CALLEGARI, op.cit., p. 345.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 837.

¹⁷⁵ VITTA, 2003, p. 53.

Segundo Daniel Ferreira¹⁷⁶, a constatação de caso fortuito ou força maior ocorre de forma aleatória, não sendo possível afirmar que serão sempre excludentes de culpabilidade. Francisco Zardo, ao citar Francisco Muñoz Conde, afirma que o caso fortuito e a força maior são excludentes de tipicidade, pois afastam o dolo e a culpa. Em sentido similar, Heraldo Garcia Vitta¹⁷⁷ sustenta que, como afastadores da voluntariedade da conduta e, conseqüentemente, do dolo e da culpa, não há que se falar em conduta típica

3.4.3 O Erro

O erro consiste numa percepção incompatível com a realidade, seja ela fática ou normativa.¹⁷⁸ O erro de tipo recai sobre os elementos que tipificam a infração e atua como excludente da tipicidade, pois “o dolo exige conhecimento dos elementos descritivos e normativos do tipo, se não houver conhecimento, mas falso conhecimento, ou seja, erro, não existe dolo.”¹⁷⁹

O erro de proibição incide sobre a ilicitude do comportamento. A conduta proibida é praticada pelo agente, supondo este ser uma conduta lícita. Como observa C zar Roberto Bitencourt¹⁸⁰, o conhecimento da ilicitude   um dos elementos da culpabilidade, visto que só pode ser sancionado aquele que tinha possibilidade de conhecer o caráter de proibitivo de sua conduta.

Em licita es e contratos, citando o exemplo dado por Francisco Zardo¹⁸¹, o erro de proibicao encontra pouca aplicabilidade, visto que eventuais d vidas do contratado podem ser facilmente remedidas pela Administra o, de forma que a consuma o de infra es   perfeitamente evitável. Ademais, a contrata o pela Administra o Pública pressupõe um amplo conhecimento técnico da contratada, logo, eventuais infra es cometidas decorrerão, provavelmente, de condutas culposas.

¹⁷⁶ FERREIRA, 2009, p. 322.

¹⁷⁷ VITTA, 2003, p. 53.

¹⁷⁸ REALE JUNIOR, 2012, p. 198.

¹⁷⁹ REALE JUNIOR, loc cit.

¹⁸⁰ BITENCOURT, 2017, p. 525-526.

¹⁸¹ ZARDO, 2014, p. 126.

4 AS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993, SEUS ASPECTOS CONTROVERSOS E SUA APLICABILIDADE

A Lei Geral de Licitações, em seu artigo 87, faz menção a quatro espécies de sanções administrativas:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Conforme classificação de Marçal Justen Filho¹⁸², as sanções de advertência e multa são internas ao contrato, tendo em vista que esgotam seus efeitos na própria contratação. As sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade por sua vez, são externas, pois se aplicam fora do âmbito de contratação.

Dessa forma, observado o devido processo legal, bem como a ampla defesa e o contraditório, cabe ao administrador público, quando da ocorrência de um ilícito administrativo, o qual, no contexto das licitações e contratos, é tipificado como “inexecução total ou parcial do contrato” aplicar a sanção. Entretanto, extremamente dúbia revela-se a interpretação do artigo supracitado, razão pela qual se faz necessário um estudo pormenorizado das sanções em espécie e de seus aspectos controvertidos, a fim de traçar critérios objetivos para sua aplicação e de acordo com os princípios constitucionais e democráticos tratados em capítulo anterior.

4.1 A ADVERTÊNCIA

A advertência é a sanção de menor gravidade da Lei Geral de Licitações e, conforme Edmir Netto Araújo¹⁸³, possui natureza moral e consiste em uma

¹⁸² JUSTEN FILHO, 2016, p. 1347.

¹⁸³ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 962.

reprimenda por escrito. Para Ronny Charles Lopes de Torres¹⁸⁴, a advertência, enquanto sanção, revela-se pouco útil tendo em vista que não possui qualquer efeito justificante de sua aplicação. Segundo o autor, a notificação da irregularidade e a sugestão de correção pelo administrador já consumaria o alerta. Ainda, ao ser tratada como sanção, a advertência está sujeita aos princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador e o Processo Administrativo, de forma que a aplicação de uma “simples ferramenta de diálogo” não se torna imediata.

Em sentido similar, Joel de Menezes Niebuhr¹⁸⁵ afirma que a advertência não é uma espécie de sanção, e equivale ao disposto no art. 67, § 1º, da Lei 8.666/1993:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Assim como Ronny Charles, Joel Niebuhr¹⁸⁶ assevera que a necessidade de contraditório, bem como o tempo que a conclusão do processo administrativo demanda, retira a eficácia da sanção, tendo em vista que seus efeitos (evitar danos) só seriam concretizados se a advertência dispusesse de aplicabilidade imediata.

Em sentido contrário, Francisco Zardo¹⁸⁷ afirma que a providência do art. 67 é corriqueira e pode ser apontada por qualquer representante da administração ou, até mesmo, um terceiro externo ao poder público. A advertência, conforme explanação do autor, distingue-se da determinação de correção de faltas em razão de seu valor institucional e moral, tendo em vista que é “imposta por autoridade superior ao representante, após processo administrativo em que expressamente se declarará a prática de uma infração administrativa”.

¹⁸⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 691.

¹⁸⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 974.

¹⁸⁶ Ibid., p. 975.

¹⁸⁷ ZARDO, 2014, p. 163.

Marçal Justen Filho¹⁸⁸ por sua vez, verifica dois efeitos na referida sanção: o primeiro seria a submissão do contratado a uma fiscalização mais severa, a fim de evitar um novo descumprimento; o segundo seria a comunicação de que em caso de reincidência, será aplicada sanção mais grave.

4.2 A MULTA

A multa implica na “imputação do pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo atraso ou pela inexecução da avença”¹⁸⁹. Importante ressaltar que a multa prevista no art. 87 da Lei 8.666/1993 não visa a reparação de danos causados pelo contratado. A reparação de danos é tratada no art. 70¹⁹⁰ do referido diploma legal. A multa tratada no presente tópico possui caráter sancionatório, ou seja, tem finalidade punitiva e preventiva¹⁹¹, assim como aquela prevista no Direito Penal.

Do caráter punitivo da multa, decorre a necessidade de observar os princípios a que sua aplicação se sujeita. Ronny Charles¹⁹² ressalta a necessidade do Edital preestabelecer os “percentuais mínimos e máximos para as multas (enquanto sanções administrativas), de acordo com a gravidade da infração, da forma mais minuciosa possível.” Ademais, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹³, faz-se necessária a sujeição da aplicação da multa ao princípio da proporcionalidade, de forma que não tenham um valor tão alto a ponto de caracterizarem um confisco por parte de Administração Pública.

4.3 A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

As sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade são as figuras sancionatórias mais graves da Lei Geral de Licitações e, conforme aludida

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1347.

¹⁸⁹ ZARDO, 2014, p. 163.

¹⁹⁰ “Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.)

¹⁹¹ Cf., item 1.2.2.

¹⁹² TORRES, 2015, p. 701.

¹⁹³ MELLO, 2013, p. 879.

classificação de Marçal Justen Filho¹⁹⁴, possuem efeitos *ad futurum* e são externas ao contrato. A suspensão temporária consiste na restrição, por no máximo 02 anos (reitera-se aqui a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade pelo administrador público), do direito de uma pessoa física ou jurídica participar de licitações e, conseqüentemente, contratar com o Poder Público.

A declaração de inidoneidade também atua restringindo a participação de pessoas físicas e jurídicas em licitações, todavia, relaciona-se com o “aspecto subjetivo do princípio da obrigatoriedade de licitar, motivo pelo qual sua restrição deve ser estabelecida por Lei.”¹⁹⁵ O contratado será considerado inidôneo, conforme o art. 87, IV, da Lei 8.666/1993, enquanto perdurarem os motivos que ensejaram o sancionamento ou até que o prejuízo causado à Administração seja ressarcido, respeitado o prazo mínimo de dois anos. Ronny Charles¹⁹⁶ ressalta que a ausência de fixação de prazo máximo para que um contratado seja classificado como inidôneo caracterizaria afronta a Constituição. De maneira contrária as demais sanções, a declaração de inidoneidade só pode ser aplicada por autoridades de hierarquia mais elevada, em razão de ser destinada a punir infrações cuja gravidade evidencia a falta de condições do contratado para estabelecer novas relações contratuais com a Administração.¹⁹⁷

4.4.OS ASPECTOS CONTROVERSOS DO ART. 87 DA LEI 8.666/1993

Tendo em vista laconismo legal, o uso de expressões genéricas e polêmica acerca do âmbito de incidência das sanções, não há, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consenso acerca da aplicação do art. 87 da Lei Geral de Licitações. Diante do exposto, se faz necessária uma análise de como a doutrina e a jurisprudência têm aplicado o art. 87 da Lei 8.666/1993, a fim de delimitar sua abrangência, garantir a efetiva punição dos contratados e afastar a violação das disposições democráticas e constitucionais.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1348.

¹⁹⁵ TORRES, 2015, p. 706.

¹⁹⁶ TORRES, loc.cit.

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, op.cit. p. 1349.

4.4.1. A Expressão Genérica “Inexecução Total Ou Parcial do Contrato”

Em razão de ser uma manifestação do poder punitivo do Estado, é necessária a observação dos princípios da Legalidade e da Tipicidade pelo Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, discute-se até que ponto tais princípios podem ser relativizados no tocante à previsão legal de infrações e sanções administrativas. Consoante visto anteriormente¹⁹⁸, Daniel Ferreira, Carlos Ari Sundfeld e Heraldo Garcia Vitta defendem a atenuação dos referidos princípios nas relações de especial sujeição com a Administração Pública, tendo em vista a submissão voluntária dos particulares a ela. Eduardo Rocha Dias¹⁹⁹, ao discorrer sobre os princípios da Legalidade e da Tipicidade no âmbito das contratações públicas afirma que a melhor elucidação “dos direitos e deveres dos particulares diante do Poder Público permite a este estabelecer, por lei, tipos infracionais mais abertos.” Contudo, como ressalta Rafael Munhoz de Mello²⁰⁰, a lei deve apontar o núcleo essencial da conduta proibida, bem como explicitar as sanções decorrentes da infração cometida.

O art. 87 da Lei 8.666/1993, em seu *caput*, dispõe genericamente que “pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções”. Conforme observa Francisco Zardo²⁰¹, não há, no referido artigo, descrição clara o suficiente a ponto de recepcionar o princípio da tipicidade, visto que não é possível depreender quais condutas irão ensejar o sancionamento. O que é possível inferir, segundo o referido autor, é que a inexecução contratual não se confunde com o seu atraso, ao qual se refere o art. 86²⁰² do mesmo diploma legal. Este consiste na demora da prestação contratada, a qual em algum momento é efetivamente realizada, aquela, configura-se pela “falta de entrega do objeto pactuado”.²⁰³

¹⁹⁸ Cf., itens 1.4.1. e 1.4.2.

¹⁹⁹ DIAS, 1997, p. 63.

²⁰⁰ MELLO, 2007, p. 166.

²⁰¹ ZARDO, 2014, p. 131-132.

²⁰² Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. (BRASIL. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.)

²⁰³ ZARDO, op. cit., p. 131.

Em sentido similar, Marçal Justen Filho²⁰⁴ reconhece que o uso da expressão “inexecução total ou parcial” viola o princípio da legalidade, porquanto “não é compatível com a Constituição remeter à discricionariedade administrativa a eleição das infrações e a determinação das hipóteses de incidência de aplicação de punições”. A ausência de tipicidade específica do art. 87 conduz a insegurança jurídica, a qual pode resultar na restrição da participação de interessados em processos licitatórios.²⁰⁵

Eduardo Rocha Dias²⁰⁶ identifica duas possíveis soluções à problemática levantada: a primeira seria tornar juridicamente inválido o sancionamento administrativo, uma vez que qualquer tentativa da Administração regulamentar a disposição legal caracterizaria uma clara afronta aos corolários da legalidade; a segunda alternativa consiste na possibilidade do edital e do contrato definirem alguns aspectos do sancionamento, contanto que não ultrapassem os limites determinados pelo ordenamento jurídico, principalmente aqueles delineados pelo texto constitucional. No mesmo diapasão, Marçal Justen Filho²⁰⁷ leciona que:

A continuidade da situação da omissão legislativa acaba tornando inócuas ponderações tais como essa, na medida em que não é admissível que a lesão aos interesses fundamentais permaneça impune. Cabe apenar os infratores, mas sem prestigiar o arbítrio e a prepotência. A solução consistiria em exigir que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento.

Admitida a possibilidade de regulamentação da matéria pelo instrumento convocatório ou por outro ato regulamentar, resta analisar se houve infração no caso concreto. Hely Lopes Meirelles²⁰⁸ evidencia a possibilidade de existirem excludentes de ilicitude na conduta do contratado. Conforme o autor:

[...] as partes só respondem pelos encargos contratuais previstos ou previsíveis para condições normais de execução do ajuste, levando-se em consideração as áleas comuns do contrato e os riscos próprios do empreendimento. Quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o contrato há que ser revisto ou rescindido.”

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, 2016, p.1342.

²⁰⁵ TORRES, 2015. p. 687.

²⁰⁶ DIAS, 1997, p. 75-76.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 1342.

²⁰⁸ MEIRELLES, apud ZARDO, 2014, p. 132.

Dessa forma, regulamentada a matéria, para que seja aplicada a sanção, deve-se analisar se estão presentes os já estudados pressupostos da teoria analítico-formal de delito, quais, sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.²⁰⁹

4.4.2. A Discricionariedade Do Administrador Público Na Gradação Das Sanções Administrativas

A Lei 8.666/1993, além de não trazer de forma expressa quais condutas ensejam o sancionamento administrativo, também não explicitou qual sanção, dentre todas as previstas pelo art. 87, o administrador público deve aplicar frente o cometimento de uma infração. Marçal Justen Filho²¹⁰ afirma que as sanções foram previstas em ordem crescente de gravidade. Dessa forma, segundo o autor, a advertência consistiria no sancionamento mais brando e seria dotada de “eficácia punitiva menos intensa”. A declaração de inidoneidade, por sua vez, seria a sanção mais severa e que geraria limitações mais graves ao administrado.

Como observa Marcelo Bruto da Costa Correia²¹¹, a Lei 9.874/99, ao dispor sobre os princípios aplicados ao processo administrativo na esfera federal, afirma em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI que a o processo administrativo deve observar a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Portanto, para Marcelo Correia, o diploma legal deixa claro que a escolha da sanção aplicável ao contratado está atrelada ao Princípio da Proporcionalidade.

Dessa forma, consoante lição de Eduardo Rocha Dias²¹², as penas mais graves devem ser aplicadas “às infrações de maior potencial ofensivo e aos casos de reincidência”. Marçal Justen Filho²¹³ ressalta que a sanção deve ser adequada ao grau de reprovação da ilicitude, sob pena de ser incompatível com as disposições da proporcionalidade. Ademais, verifica o autor que a aplicação da sanção mais grave a

²⁰⁹ ZARDO, 2014, p. 132.

²¹⁰ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1351.

²¹¹ CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. As sanções nos contratos administrativos e o princípio da proporcionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1103, 9 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8614>>. Acesso em: 1º set. 2018

²¹² DIAS, 1997, p. 72-73.

²¹³ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 1351.

toda e qualquer infração atuaria retirando a eficácia do sistema punitivo, no tocante ao seu objetivo de atingir a prevenção geral, pois “quando todas as condutas são punidas com a sanção de mais elevada gravidade, surge um incentivo à prática da infração mais grave.”

Em sentido similar decidiu o Superior Tribunal de Justiça²¹⁴:

“2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade. “

José Anacleto Abduch dos Santos²¹⁵, a fim de atribuir legitimidade e validade para o sancionamento administrativo, identifica duas noções de tipicidade a serem aplicadas pelo administrador: a tipicidade infralegal e a tipicidade contratual. A primeira consiste na edição de atos normativos, os quais trariam os parâmetros legais e constitucionais de aplicação das sanções. Portanto, cada ente da Administração Pública define “em norma, os fatos típicos, as infrações administrativo-contratuais mais relevantes e define também quais sanções a elas correspondentes que serão aplicadas em todos os casos concretos congêneres”²¹⁶. A tipicidade contratual, por sua vez, é destinada aos casos em que não há como antecipar, em normas gerais, as possíveis infrações. Dessa forma,

cada órgão ou entidade pública contratante definirá, a partir de sua efetiva e concreta necessidade e experiência contratual, quais serão as condutas mais graves e as menos graves, distribuindo formalmente as sanções entre

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 914087/RJ - Primeira Turma, Relator: José Delgado; Data do Julgamento: 04.10.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700014906&dt_publicacao=29/10/2007>. Acesso em: 2 set. 2018.

²¹⁵ SANTOS, 2015, p. 271-272.

²¹⁶ SANTOS, loc.cit.

elas, a fim de reduzir ou mesmo eliminar a subjetividade quando da dosimetria da pena administrativa.²¹⁷

Logo, não há que se falar em discricionariedade do administrador público quando do sancionamento. Como todo ato administrativo, o sancionamento está atrelado aos princípios a que se sujeita a Administração Pública, com especial ênfase a proporcionalidade, razoabilidade, e, na inobservância de tais pressupostos, ao controle do Poder Judiciário, o qual irá verificar se o administrador “derbordou das interpretações razoáveis que podem ser dadas ao conceito.”²¹⁸

4.3.1 A Possibilidade De Cumulação Das Sanções Administrativas

O princípio do *non bis in idem* não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico, sendo uma construção decorrente dos demais princípios relativos ao *jus puniendi* estatal. Segundo o *non bis in idem*, ninguém poderá ser punido, por mais de uma vez, pela prática do mesmo ilícito. Admite-se, entretanto, a punição por mais de uma vez, pelo mesmo fato, quando aplicada por esferas de poder distintas. Daniel Ferreira²¹⁹ afirma não haver óbice à aplicação de pena a um agente, no âmbito criminal, portanto, cumulativamente a uma sanção administrativa, “bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas”.

Heraldo Garcia Vitta²²⁰ vai além e constata que podem ser aplicadas duas ou mais sanções administrativas “quando ocorre descumprimento de um mesmo dever, porém, explicitamente, a norma determina a imposição, concomitante, de diferentes penalidades administrativas”. Verifica-se tal comando no art. 87, da Lei 8.666/1993, o qual prevê em seu parágrafo segundo que “as sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II”. Portanto, as sanções de advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade poderão ser aplicadas cumulativamente a multa.

²¹⁷ SANTOS, 2015, p. 271-272.

²¹⁸ DIAS, 1997, p. 72.

²¹⁹ FERREIRA, 2001, p. 133.

²²⁰ VITTA, 2003, p. 119.

Marçal Justen Filho²²¹, ainda que já tenha se posicionado favoravelmente a cumulação das sanções de suspensão e declaração de inidoneidade²²², em respeito ao princípio da razoabilidade atualmente afirma serem ambas impossíveis de serem aplicadas simultaneamente para um mesmo ilícito. Todavia, assevera ser possível a cumulação de qualquer uma destas com as outras figuras sancionatórias da Lei 8.666/1993. Joel de Menezes Niebuhr²²³ discorre a favor do caráter cautelar da suspensão temporária frente à declaração de inidoneidade. Para este autor, um contratado só poderia ser declarado inidôneo se a ele fosse antes aplicada a sanção de suspensão. Entretanto, consoante observação de Franciso Zardo²²⁴, atribuir natureza cautelar à suspensão seria uma clara violação ao princípio do non bis in idem. Ademais, medidas cautelares visam assegurar “tanto um fato (...) quanto a própria pretensão de direito material que já esteja à base da “ação” principal”²²⁵. Não é a finalidade da suspensão temporária, cujo caráter é eminentemente sancionatório.

Eduardo Rocha Dias²²⁶, em observância ao comando legal, defende somente a cumulação da multa com as demais sanções. Afirma ainda, que o edital e o contrato tem papel relevante na solução da controvérsia, de forma que deve estabelecer as condutas menos graves, que serão alvo de advertência; quais hipóteses de inexecução contratual ensejarão a suspensão; e, somente em caso de reincidência ou práticas dolosas de inexecução, deverá ser aplicada a declaração de inidoneidade. Atendendo a um juízo de proporcionalidade, podem as referidas sanções serem cumuladas com a multa, nos termos do valor e percentual definidos no instrumento convocatório ou contrato.

4.4.4. A Extensão Das Sanções Dos Incisos III e IV

As sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV, respectivamente, do art. 87 da Lei 8.666/1993 são alvo do maior número de controvérsias, não havendo consenso na doutrina e na jurisprudência a

²²¹ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1362.

²²² “Até a 15ª edição dessa obra, afirmava-se a possibilidade de aplicação cumulativa das sanções dos incs. III e IV – raciocínio que, rigorosamente, é destituído de sentido” (JUSTEN FILHO, loc. cit.)

²²³ NIEBUHR, 2012, p. 981.

²²⁴ ZARDO, 2014, p. 166-167.

²²⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 305. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 435.

²²⁶ DIAS, 1997, p. 99-100,

respeito de sua aplicação.²²⁷ O inciso III da Lei Geral de Licitações prevê a sanção de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”, o inciso IV, por sua vez, faz menção a “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”.

A controvérsia gira em torno do significado e da abrangência das expressões “Administração” e “Administração Pública”. O que se pretende estabelecer, com base na análise da doutrina e da jurisprudência, é se as sanções aplicadas por determinado órgão da Administração produzem efeitos somente em relação a quem as aplicou, se os efeitos se estendem para todo os órgãos da esfera de governo sancionadora ou se abrangem a Administração Pública como um todo.²²⁸

4.4.4.1. As interpretações literal e sistemática

O art. 6º do diploma legal em comento traz a seguinte disposição:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Pela leitura do dispositivo, é possível inferir que a suspensão produz efeitos apenas na entidade administrativa que a aplicou, ao passo que a declaração de inidoneidade atinge todos os órgãos da Administração Pública.²²⁹ Todavia, Carlos Ari Sundfeld²³⁰, com base no princípio da estrita legalidade, assevera que ambas as sanções só pode ser aplicadas “por agentes políticos da União, Estado, Distrito Federal ou Município” e produzem efeitos nos “entes administrativos da mesma unidade federativa responsável pela aplicação da penalidade.” Para o autor, diante do laconismo legal a que está sujeita a aplicação das sanções, deve-se restringir tanto o efeito da suspensão temporária, quando o da declaração de inidoneidade

²²⁷ ZARDO, 2014, p. 166.

²²⁸ DIAS, 1997, p. 101.

²²⁹ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1350.

²³⁰ SUNDFELD, 1994, apud. DIAS, 1997, p. 101.

apenas ao ente sancionador. Eduardo Rocha Dias²³¹ discorda da referida orientação e ressalta o equívoco do autor ao observar que o § 3º²³² do art. 87 da Lei 8.666/1993, atribui a autoridades diferentes a competência para aplicação das duas sanções. Dessa forma, conclui que os efeitos da suspensão temporária alcançam somente a esfera de governo que aplicou a sanção, enquanto a declaração de inidoneidade abrange todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

José Anacleto Abduch Santos²³³ leciona que há uma gradação nas sanções aduzidas pelo art. 87, de forma que a declaração de inidoneidade é evidentemente mais grave que a suspensão temporária, exercendo seus efeitos perante todos os integrantes da administração de todos os entes federativos. Reforça seu argumento ao ressaltar que a competência para declarar o contratado inidôneo é da autoridade máxima do órgão ou entidade contratante. Dessa forma, em razão de sua gravidade, os efeitos daquela devem ter alcance superior ao desta, sob pena de tornar idêntica a principal característica, na visão do autor, de ambas as sanções da Lei Geral de Licitações, qual seja, afastar aquele que foi punido “do mercado concorrencial das contratações públicas.”

Marçal Justen Filho²³⁴ critica a possibilidade que a Lei 8.666/1993 deu a autoridade competente para o sancionamento de escolher, para um mesmo ilícito, qual sanção aplicar. Justifica seu posicionamento afirmando que as sanções não poderiam ter diferentes conteúdos se seus pressupostos de aplicação fossem os mesmos. Dessa forma, a solução para a controvérsia trazida pelo art. 87 seria a interpretação literal dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei 8.666/1993:

Não é facultado ao intérprete afirmar que a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade são sanções de conteúdo idêntico. Assim se passa em vista do postulado hermenêutico que interdita a interpretação que torne inútil um dispositivo legal. Se a declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de licitar tivessem conteúdo sancionatório idêntico, ter-se-ia de convir com um defeito grave na redação legal. Esse defeito consistiria no descabimento da existência de duas figuras distintas. Um dos dois incisos – ou o inc. III ou o inc. IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 – seria

²³¹ DIAS, 1997, p. 101.

²³² § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (BRASIL. **LEI nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.)

²³³ SANTOS, 2015, p. 279.

²³⁴ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1350-1351.

desnecessário. Essa tese conduziria a afastar a vigência de um dos dois dispositivos. Como é evidente, tal orientação não pode ser adotada senão em hipóteses muito raras.²³⁵

A Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, no julgamento de Representação formulada pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (Infraero), decidiu a favor da interpretação restritiva do inciso III, do art. 87:

1.5. Determinar à Infraero que:

1.5.1. se abstenha de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública de participar de licitações e de contratar, uma vez que, nos termos do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, a sanção restringe-se à entidade que a aplicou;²³⁶

Posteriormente, em pedido de reexame formulado pela Infraero, a Primeira Câmara retificou o posicionamento supracitado. Extraí-se do voto complementar do Ministro José Múncio Monteiro o exposto:

A determinação contida no item 1.5.1 do Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, contestada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, decorreu do entendimento de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringiase à entidade que a aplicou e, por isso, a Infraero deveria se abster de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados que houvessem sido suspensos de participar de licitações e de contratar por decisão de outro ente da Administração Pública.

2. Em consonância com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

3. Nesta oportunidade, o Relator da deliberação contestada pela Infraero, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, apresenta voto revisor, colacionando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, que amparam seu novo entendimento de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta.

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, não vejo óbice a que esta Corte reveja seu

²³⁵ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1350-1351.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 1166/2010 – Primeira Câmara, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues; Data da Sessão: 16 mar. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1166%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, na forma proposta pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo voto passo a acompanhar.²³⁷

Em que pese a posição da Primeira Câmara, no sentido de atribuir à sanção de suspensão temporária extensão a toda Administração Pública, as decisões mais recentes da Corte de Contas da União são favoráveis a interpretação literal do dispositivo legal, ou seja, restringindo seus efeitos. Extrai-se do voto revisor do Ministro José Jorge o seguinte excerto:

6. Com as devidas vênia, entendo que deve ser mantida a jurisprudência majoritária deste Tribunal que acredito refletir melhor o teor do contido na Lei nº 8.666/93 (...).

7. Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para "Administração Pública" e para "Administração" são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87.

8. Penso que a jurisprudência majoritária desta Casa acertadamente tem dispensado interpretação restritiva para esse dispositivo, especialmente por se tratar de comando sancionador. Boa parte da doutrina também tem entendido dessa forma. Nesse sentido, podemos citar, entre outros, Jessé Torres Pereira Junior (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar. 7. ed. 2007, p. 886), Carlos Pinto Coelho Motta (in: Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey. 11 ed., 2008, p. 686) e Carlos Ari Sunfeld (in: A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Informativo de Licitações e Contratos. ILC 169. Curitiba: Zênite, mar. 2008, p. 240-243).

9. As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição abstrata da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto.

10. Portanto, se, diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade.

11. Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 2218/2011 – Primeira Câmara, Relator: Ministro José Múncio Monteiro; Data da Sessão: 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2218%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo.

(...)

13. Desse modo, não me parece razoável admitir que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87, cuja competência para a sua imposição é do próprio gestor do órgão contratante, tenha um alcance maior do que a sanção de inidoneidade imposta pelo TCU.²³⁸

E, ainda:

9.4.1. a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012-Plenário;²³⁹

Francisco Zardo²⁴⁰, em alusão ao Acórdão supracitado, defende o que denomina de “interpretação sistemática”. Para o autor, em respeito a autonomia dos entes federativos, tanto a suspensão temporária, quanto a declaração de inidoneidade, só operam efeitos perante aqueles que estejam dentro da esfera de competência do aplicador da sanção.²⁴¹ E exemplifica afirmando que “um Ministro de Estado não pode impor a um profissional sanção que o impeça de contratar, por exemplo, com o Poder Judiciário.” Neste caso, em razão do Ministro de Estado atuar como auxiliar do Presidente da República, a suspensão terá efeitos apenas perante a Administração Pública Federal. Cita-se outro exemplo dado pelo autor, segundo o qual “aquele que teve aplicada contra si a pena de suspensão do seu direito de

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 3243/2012 – Plenário, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar; Data da Sessão: 28 nov. 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 3439/2012 – Plenário, Relator: Ministro Valmir Campelo; Data da Sessão: 10 dez. 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

²⁴⁰ ZARDO, 2014, p. 177-180.

²⁴¹ Ronny Charles Lopes de Torres, adota entendimento análogo: “Certamente, a declaração de inidoneidade possui mesmos efeitos que a sanção suspensão, contudo, com amplitude maior. Não pode ter sido à toa, por exemplo, que o legislador estabeleceu competência exclusiva, para sua aplicação, além de ter tipificado criminalmente o ato de “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”.

Nada obstante, parece-nos que a amplitude da declaração de inidoneidade deve, de qualquer forma, respeitar os limites da unidade federativa, restringindo-se aos órgãos e entes da União, ou do estado ou do município em que foi aplicada a sanção.” (TORRES, 2015, p. 710)

licitar pela Universidade Federal do Paraná, uma autarquia federal, estará impedido de licitar apenas com a própria Universidade Federal do Paraná.”

Verifica-se, portanto, que para Francisco Zardo²⁴², a extensão dos efeitos da sanção será determinada a partir da competência da autoridade que a aplicou. Se for aplicada por Ministro de Estado, Secretário Estadual, Municipal ou semelhante, terá efeitos perante todos os órgãos do Poder do ente federativo sancionador. Por outro lado, se aplicada pelo gestor do órgão ou entidade, terá suas consequências restritas apenas a estes.

4.4.4.2. A interpretação extensiva

Em sentido contrário ao entendimento exposto no tópico anterior, encontra-se aquele que afirma serem as sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade dotadas de efeitos perante todo o Poder Público. Dessa forma, o único critério de diferenciação estaria no prazo pelo qual a punição subsiste. A suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, conforme depreende-se da leitura do inciso III, do art. 87 da Lei 8.666/1993, não pode ultrapassar o prazo de dois anos; a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública permanece enquanto existirem os motivos que ensejarem a punição, ou até que o particular restitua o prejuízo causado à Administração, respeitado o prazo mínimo de dois anos.

Essa foi a posição adotada pelo Tribunal de Contas do Paraná, ao julgar a Representação nº. 561149/12. Do voto do Conselheiro Relator Ivan Lelis Bonilha, retira-se que:

Por mais que parte da doutrina sustente que o artigo 87 traçou diferenças entre as sanções previstas nos incisos III e IV e sua aplicabilidade, mediante o uso dos termos “Administração” e “Administração Pública”, entendo que tal distinção é inexistente, pois como já mencionado nos precedentes acima, a Administração Pública é una, devendo ser compreendida em toda sua universalidade, já que a descentralização que se verifica na prática ocorre apenas para melhor atender ao interesse público.

A interpretação ampliativa do artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, coaduna-se com a noção de razoabilidade e moralidade, pois não faria sentido que determinado particular, já sancionado por inadimplir determinado contrato, firmasse nova avença com ente público, colocando em risco novamente a Administração. Se determinada empresa já se portou

²⁴² ZARDO, 2014. p. 184.

de maneira inadequada, não há como se aceitar que possa contratar novamente com a Administração durante o período em que estiver suspensa, pois tal situação esvazia a essência da sanção.

Ora, se o propósito da sanção prevista no referido dispositivo legal é evitar fraudes e prejuízos ao erário mediante a proibição de participação em licitações daqueles particulares cujas condutas se tenham mostrado atentatórias ao interesse público, é teratológico aceitar que particular que já lesou a Administração Pública possa novamente contratar com o Poder Público, apenas porque se trata de ente federado distinto daquele no qual se perpetrou o dano²⁴³.

Essa também é a tese defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência colacionada a seguir:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. - Recurso especial não conhecido.²⁴⁴

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. 1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido.²⁴⁵

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Acórdão nº. 1779/2013 – Tribunal Pleno, Relator: Conselheiro Ivan Lelis Bonilha; Data da Sessão: 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-1779-2013-do-tribunal-pleno/242812/area/10>>. Acesso em: 4 set. 2018.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 151.567/RJ – Segunda Turma, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins; Data do Julgamento: 25 fev. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700732487&dt_publicacao=14/04/2003>. Acesso em: 4 set. 2018.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 174.274 /SP – Segunda Turma, Relator: Ministro Castro Meira; Data do Julgamento: 19 out. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800347453&dt_publicacao=22/11/2004>. Acesso em: 4 set. 2018.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. 1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo. (...) 3. "Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública" (art. 87 da Lei 8.666/1993). 4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à "Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas". 5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, conseqüência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União. 6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. 7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. 8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador – Administração Pública –, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição. 9. Recurso Especial provido.²⁴⁶

Em que pese não seja esse seu posicionamento²⁴⁷, Marçal Justen Filho²⁴⁸, em contraposição ao exposto no tópico anterior, afirma que é uma questão lógica atribuir total amplitude as sanções em questão. Os desvios de conduta que tornam um agente inabilitado para contratar com a Administração evidenciam que “o infrator não é merecedor de confiança”. Dessa forma, não há motivo para restringir o alcance da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade a apenas um ente administrativo.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 520.553/RJ – Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin; Data do Julgamento: 03 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300272646&dt_publicacao=10/02/2011>. Acesso em: 4 set. 2018.

²⁴⁷ “Cabem alguns acréscimos, eis que a argumentação acima tem sido utilizada, por vezes, para defender uma posição que não é precisamente aquela do autor. Nunca foi adotada orientação no sentido da inviabilidade de estabelecer punição com efeitos delimitados à órbita específica da entidade sancionadora.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1350.)

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, loc.cit.

Francisco Zardo²⁴⁹ refuta o argumento apresentado por Marçal Justen Filho, bem como pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná e pelo Superior Tribunal de Justiça, pois, tal tese remeteria ao antidemocrático e obsoleto Direito Penal de autor, segundo o qual a pena seria vinculada a personalidade do infrator. Citando a sanção do inciso IV, do art. 87 da Lei 8.666/1993, afirma que “a inidoneidade não adere ao profissional de tal maneira que, após a declaração, essa passe a ser a sua natureza: um ser inidôneo”. A sanção, portanto, não pode ser justificada com base em aspectos morais daquele que comete um ilícito.²⁵⁰

Por fim, cumpre salientar que as sanções administrativas não produzem efeitos nos contratos em andamento com a Administração Pública. No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos. (...)

4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento. (grifo nosso)

5. Segurança denegada.²⁵¹

E de outro modo não poderia ser, visto que a rescisão de todos os contratos até então celebrados pelo sancionado teria como consequência a necessidade de contratação emergencial das obras e serviços em andamento, acarretando, ao menos, prejuízo monetário substancial, o que é suficiente para caracterizar afronta ao interesse público.²⁵²

²⁴⁹ ZARDO, 2014, p. 170.

²⁵⁰ ZARDO, loc.cit.

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, MS 13.101/DF – Primeira Seção, Relator: Ministro José Delgado; Data do Julgamento: 14 mai. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702240113&dt_publicacao=09/12/2008> . Acesso em: 5 set. 2018.

²⁵² MACHADO, Fernando Moreno. **As Sanções Administrativas da Lei de Licitações e a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo, 2014. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 104.

5 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito dedicado ao estudo da aplicação de uma sanção administrativa. A sanção pressupõe a ocorrência de um ilícito administrativo, dessa forma, verificando a ocorrência de um ilícito, tem a Administração o dever de agir instaurando um processo administrativo. Configurado o ilícito no caso concreto, tem o administrador dever de aplicar a respectiva sanção. Logo, não há que se falar em disponibilidade da competência punitiva, muito menos em juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública.

Tratando-se de manifestação do *jus puniendi* estatal, surge a necessidade de estabelecer limites a atuação do Estado em face daquele que comete um ilícito. Para tal, a doutrina administrativa tomou de empréstimo conceitos e princípios da doutrina penal, a qual encontra-se em estágio muito mais avançado frente o Direito Administrativo Sancionador. Com fundamento das teorias dos fins da pena, foi observado que as sanções administrativas não tem como finalidade a mera punição do infrator, mas sim o desestímulo e a prevenção da ocorrência de novos ilícitos.

Todavia, à atividade punitiva devem ser impostos limites. Assim, os princípios norteadores do Direito Penal, quais sejam, legalidade, tipicidade, proporcionalidade, razoabilidade e personalismo da sanção, também encontraram aplicação no Direito Administrativo Sancionador. Ressalva foi feita ao regime jurídico a que ambos se submetem, pois, em que pese sejam expressões de um mesmo poder, o regime administrativo busca também a satisfação de interesses coletivos, o que pode vir a permitir certas relativizações no que concerne aos conceitos retirados do Direito Penal. Passou-se, em seguida, ao estudo da estrutura das infrações. Com base no conceito analítico de crime, foi possível conceituar infração administrativa como conduta “típica, antijurídica e culpável”.

Estando sujeito aos princípios da legalidade, tipicidade, proporcionalidade e razoabilidade, não pode o Direito Administrativo estabelecer infrações e sanções de caráter genérico e em medida superior ao fim pretendido. Contudo, não é o que se verifica no art. 87 da Lei 8.666/1993. O dispositivo legal prevê para a “inexecução total ou parcial do contrato” as sanções de advertência, multa, suspensão temporária e participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

À lei é dada a missão de descrever de forma clara a conduta de ensejará o sancionamento, o que, para a doutrina, não foi observado pelos legisladores ao estabelecer como ilícito a “inexecução total ou parcial”. Ainda, foi levantada a problemática referente a gradação das sanções previstas na Lei 8.666/1993 e a eventual discricionariedade que o administrador público teria no momento de estabelecer a sanção aplicável ao caso concreto. A fim de observar os pressupostos constitucionais da legalidade e solucionar a controvérsia, tem-se admitido a possibilidade do instrumento convocatório ou outro ato regulamentar suprir a omissão legislativa, bem como estabelecer qual, das quatro sanções previstas, será aplicada a infração estabelecida em edital ou contrato.

Tendo a Lei Geral de Licitações e Contratos estabelecido, em seu art. 87, quatro sanções a serem aplicadas a licitantes e contratados, foi analisada a possibilidade de cumulação destas. Admite-se, sem que caracterize violação ao princípio do *non bis in idem*, a possibilidade de aplicar multa, cumulativamente a outra sanção, conforme o § 2º do referido dispositivo legal.

Por fim, foi analisada a problemática em torno das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Discutiu-se qual o âmbito de incidência das punições, de forma que foi possível identificar três posicionamentos distintos: a restrição ao ente federativo sancionador, a restrição ao órgão que aplicou a sanção ou a extensão dos efeitos a toda Administração Pública. O Tribunal de Contas da União, em consonância com a maior parcela da doutrina analisada, tem decidido a favor da restrição da pena de suspensão temporária, ora ao órgão que a aplicou, ora ao ente federativo sancionador. Ademais, tem atribuído ampla aplicação dos efeitos da declaração de inidoneidade, estendendo-se esta à toda Administração Pública, baseando-se na interpretação literal do disposto pelo art. 6º, XI e XII do diploma legal em questão.

O Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário a doutrina e a Corte de Contas da União, atribui a ambas as sanções aplicação extensiva, de forma que tanto a suspensão temporária quanto a declaração de inidoneidade incidem sobre toda a Administração. Evidente, portanto, que tanto a aplicação extensiva, quanto a restritiva, encontram respaldo na dupla acepção que o Direito Administrativo Sancionador possui. De um lado, um limitador do poder punitivo estatal frente os particulares, de outro, um meio de satisfação do interesse público.

Dessa forma, buscou-se no presente trabalho, não esgotar a matéria, mas demonstrar que a discussão a respeito das sanções da Lei Geral de Licitações e Contratos é extremamente relevante e, em um espectro constitucional e democrático, a despeito da inércia legislativa, merece a devida atenção.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe . **Processo Administrativo Disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**. - Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993** - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999** - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL, STJ, 5. Turma, **RMS 24559/PR**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 01.02.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **MS 13.101/DF** – Primeira Seção, Relator: Ministro José Delgado; Data do Julgamento: 14 mai. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702240113&dt_publicacao=09/12/2008> . Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1123876/DF** - Segunda Turma, Relator: Mauro Campbell Marques; Data do Julgamento: 05 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900288098&dt_publicacao=13/04/2011>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 396756/RS - Quinta Turma, Relator: Felix Fischer; Data do Julgamento: 16.09.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101524580&dt_publicacao=28/10/2003> . Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 914087/RJ** - Primeira Turma, Relator: José Delgado; Data do Julgamento: 04 out. 2007 Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700014906&dt_publicacao=29/10/2007>. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 1.463.921/PR** - Segunda Turma, Relator: Humberto Martins, Data do Julgamento 10 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401481614&dt_publicacao=15/02/2016>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 151.567/RJ** – Segunda Turma, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins; Data do Julgamento: 25 fev. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700732487&dt_publicacao=14/04/2003>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 174.274 /SP** – Segunda Turma, Relator: Ministro Castro Meira; Data do Julgamento: 19 out. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800347453&dt_publicacao=22/11/2004>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 520.553/RJ** – Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin; Data do Julgamento: 03 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300272646&dt_publicacao=10/02/2011>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp nº 43.254/DF** - Decisão Monocrática, Ministro Benedito Gonçalves; Data do Julgamento: 20 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoas/?num_registro=201102114930&dt_publicacao=21/02/2013> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **EDcl no RMS nº 31.972/DF** – Primeira Turma, Relator: Dias Toffoli; Data do Julgamento: 06 mai. 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5955168>>.

Acesso em 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC 107.370/SP** – Segunda Turma, Relator: Gilmar Mendes; Data do Julgamento: 03 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>>.

Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RMS nº24699/DF** - Primeira Turma, Relator: Eros Grau; Data do Julgamento 30 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>.

Acesso em 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº. 1166/2010** – Primeira Câmara, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues; Data da Sessão: 16 mar. 2010. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1166%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº. 2218/2011** – Primeira Câmara, Relator: Ministro José Múncio Monteiro; Data da Sessão: 12 abr. 2011. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2218%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº. 3243/2012** – Plenário, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar; Data da Sessão: 28 nov. 2012. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520d>>

esc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão nº. 3439/2012** – Plenário, Relator: Ministro Valmir Campelo; Data da Sessão: 10 dez. 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 04 set. 2018

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, **Acórdão nº. 1779/2013** – Tribunal Pleno, Relator: Conselheiro Ivan Lelis Bonilha; Data da Sessão: 06 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-1779-2013-do-tribunal-pleno/242812/area/10>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **MS nº 12.927/DF** – Terceira Seção, Relator: Felix Fischer; Data do Julgamento: 12 dez. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701488568&dt_publicacao=12/02/2008>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.v I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. As sanções nos contratos administrativos e o princípio da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1103, 9 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8614>>. Acesso em: 1º set. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 305. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Princípio da legalidade. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>>. Acesso em: 10 maio 2018.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral, tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FEUERBACH, Johannes Paul Anselm Von. **Tratado de Derecho penal**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemaiier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva. 2012.

MACHADO, Fernando Moreno. **As Sanções Administrativas da Lei de Licitações e a Desconsideração da Personalidade Jurídica.** São Paulo, 2014. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador.** 4. ed. Madrid: Technos, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em: 9 maio 2018.

PRADO, Luiz Regis; DE CARVALHO, Érika Mendes; DE CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível nº 70012886412**, - Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni

Borges; Data do Julgamento: 08.02.2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70012886412&num_processo=70012886412&codEmenta=1421112> . Acesso em: 29 ago. 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 3 .ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas.** 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, [S.l.], v. 4, n. 18, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.