

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016



O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE INFRAÇÃO PREVISTA EM LEI QUE REGULAMENTA A LICITAÇÃO

Fábio Joceli Cararaⁱ
Gustavo Holzⁱⁱ

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o princípio da proporcionalidade na aplicação de sanção administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação. O método a ser utilizado na elaboração desse trabalho será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica. Inicialmente analisar-se-á o princípio da legalidade na criação de sanções administrativas. Em seguida, a natureza jurídica da penalidade administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação, bem como sua finalidade e espécies. Posteriormente discutir-se-á o princípio da proporcionalidade na aplicação de penalidade administrativa. Por fim, demonstrar-se-á a necessidade de realizar dosimetria para aplicação de sanção administrativa, com vista a garantir a aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo assim uma sanção justa.

Palavras-chave: proporcionalidade; sanção; licitação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o princípio da proporcionalidade na aplicação de sanção administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação. O método a ser utilizado na elaboração desse trabalho será o indutivo; o método de

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

procedimento será o artigo científico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Inicialmente será analisado o princípio da legalidade na criação de sanções administrativas, levando em conta que, semelhantemente ao Direito Penal, no qual não pode haver crime sem lei anterior que o tenha definido, tampouco pena sem prévia cominação legal, no Direito Administrativo a lei também determina quais são as condutas ensejadoras de infração.

Em seguida será tratado acerca da natureza jurídica da penalidade administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação, sendo esta administrativa, não podendo de qualquer modo restringir a liberdade das pessoas.

As finalidades das sanções administrativas são de caráter preventivo, educativo e repressivo, bem como a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade. Assim servem também para afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração.

Quanto às espécies das sanções administrativas decorrentes de infração prevista em lei que regulamenta a licitação, a Lei Geral de Licitações, assim como a Lei que institui o pregão, estabelecem cinco espécies, quais sejam, advertência, multa, impedimento de licitar e contratar com a Administração, declaração de inidoneidade e suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração.

Posteriormente será discutido o princípio da proporcionalidade na aplicação de penalidade administrativa. Nesse momento será observado o posicionamento do STJ no sentido de que, diante da imprecisão da lei, não pode a Administração aplicar penalidade mais grave sem a utilização de qualquer critério para fazê-lo.

Por fim, demonstrar-se-á a necessidade de realizar dosimetria para aplicação de sanção administrativa, com vista a garantir a aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo assim uma sanção justa.

2 DESENVOLVIMENTO

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Inicialmente é relevante destacar que a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, surgiu com o objetivo de inovar as licitações e contratações públicas, tomando por base a própria Constituição Federal de 1988, que elencou em seu texto princípios anteriormente não contemplados pelas Cartas Políticas.¹

Assim, de acordo com o artigo 3º da Lei n. 8.666/93, a realização do procedimento licitatório possui duas finalidades fundamentais, quais sejam: a busca da melhor proposta, o que estimula a competitividade entre os concorrentes, a fim de conseguir o negócio mais vantajoso para a Administração; e a oferta de condições iguais a todos que queiram contratar com a Administração.²

No entanto, no percorrer no procedimento licitatório poderá haver determinadas condutas praticadas pelos licitantes, que não podem ser admitidas pela Administração, por lhe causarem prejuízo ou ainda por serem desleais com os demais concorrentes. Por essa razão, a lei determinou que tais condutas seriam punidas, estabelecendo sanções administrativas de diferentes gravidades.

Dessa forma, pode-se constatar que a legislação administrativa, no tocante à aplicação de sanções, se assemelha muito ao Direito Penal. Ambos retiram seus preceitos gerais da Constituição Federal, o que pode ser facilmente verificado quando da análise da aplicação do princípio da legalidade.

No Direito Penal esse princípio significa que não haverá crime sem lei anterior que o tenha definido, ou ainda nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito [...] A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos. [...] O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não

¹ BRASIL. Sanções administrativas: diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2015.

² MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica.³

Pode ainda ser definido como “a exclusividade da lei para a criação de delitos [...], possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal.”⁴

Observa-se que tais definições não se afastam do princípio da legalidade no Direito Administrativo. Esse princípio implica a Administração Pública só poder fazer o que a lei permite. Adentrando o assunto, Alexandre Mazza afirma:

O princípio da legalidade não se reduz ao simples cumprimento da lei em sentido estrito. A Lei federal n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito. A redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de princípio da juridicidade, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco da legalidade.⁵

Ainda sobre o assunto, leciona Hely Lopes Meirelles:

a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao entendimento da Lei. Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”. [...] significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às suas exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.⁶

³ ZAFFARONI, Eugenio Raill; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1 p. 494.

⁴ MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral. 9. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 1. p. 24.

⁵ MAZZA, op. cit., p. 101.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1989. p. 78.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Então, verifica-se que tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo estão umbilicalmente ligados ao princípio constitucional da legalidade. Naquele não poderá haver crime sem uma lei que o tenha definido anteriormente, tampouco uma penalidade sem que haja cominação legal. Semelhantemente, no Direito Administrativo, no que diz respeito à aplicação de sanções, deve a Administração observar se o ato descrito como ensejador de penalidade está devidamente previsto no ordenamento jurídico como um ato passível de punição.

Parte da doutrina conceitua basicamente o crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável, embora outros não considerem a culpabilidade como parte do conceito de crime.⁷ Nesse ponto verifica-se novamente a semelhança entre o Direito Penal e as infrações administrativas sancionatórias. Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

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

Nesse passo, observa-se que há uma ressalva quanto à aplicação do princípio da legalidade. No Direito Penal apenas a lei, isto é, “somente a lei, na sua concepção formal e estrita, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar e impor penas.”⁹ Significa que medidas provisórias, ou qualquer outro regramento emanado pelo Poder Executivo não podem criar tipos penais incriminadores e penas.

Porém, em virtude do princípio da juridicidade, as regras vinculantes da atividade administrativa advêm não somente da lei, mas também de outras normas tais como as medidas provisórias, tratados e convenções, atos administrativos normativos, como decretos e regimentos internos, entre outros.¹⁰

⁷ MASSON, op. cit.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 860.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p.41.

¹⁰ MAZZA, op. cit.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Ainda em razão do princípio da juridicidade, outra regra que vincula a Administração Pública é a súmula vinculante. Estabelece o artigo 103-A, da Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.¹¹

Determina o art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal que a súmula visa validar, interpretar e dar eficácia a determinadas normas, acerca das quais haja controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, no âmbito interno do Poder Judiciário ou ainda entre este e a Administração Pública.¹²

Observa-se ainda que, de acordo com o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar. Se julgada procedente, o STF anula o ato administrativo ou cassa a decisão judicial reclamada.¹³

Assim, pode-se observar que a Administração Pública não apenas vincula-se à lei, mas também a outras normas. Em vista disso, traz a lume a natureza jurídica das infrações administrativas sancionatórias. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua infração administrativa da seguinte forma:

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa - ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera. [...] Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de

¹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

¹² BRASIL, 1988, op. cit.

¹³ Idem.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria administração.¹⁴

E completa:

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vita. Com efeito, é disto que resulta o regime jurídico que nos confere a própria feição, a identidade jurídica que lhe concerne, como acentuaram Régis Fernandes de Oliveira e Daniel Ferreira enfatizando um critério formal.¹⁵

Por essa definição é que atualmente prevalece o critério formal para a caracterização da natureza jurídica das infrações administrativas sancionatórias. Sendo assim, as infrações administrativas sancionatórias possuem natureza jurídica administrativa, ou seja, trata-se de um poder administrativo, não podendo trazer previsões que restrinjam a liberdade das pessoas.¹⁶ Entende-se que

Como decorrência da prevalência do interesse público sobre o privado surge como uma das prerrogativas inerentes ao poder disciplinar possibilidade de punir as infrações cometidas por particulares, vinculados por uma relação jurídica específica, como é o caso de empresas que participam ou mantêm contrato administrativo com o poder público.¹⁷

Após compreender a natureza jurídica das infrações administrativas sancionatórias, verifica-se a necessidade de estabelecer a sua finalidade. Pode-se afirmar que a aplicação de infrações administrativas sancionatórias possui a finalidade preventiva. Conforme julgamento da representação n. TC 008.596/2009-4, do Tribunal de Contas da União,

¹⁴ MELLO, op. cit., p. 855.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BRASIL. Sanções administrativas: diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2015.

¹⁷ Ibidem, p. 11.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

a finalidade da sanção administrativa é a prevenção da ocorrência de novas infrações administrativas. Como já ressaltado, a punição em que consiste a sanção administrativa tem finalidade preventiva: aplica-se uma medida negativa ao infrator para prevenir a ocorrência de futuras infrações. A finalidade preventiva tem em mira a pessoa do infrator (prevenção especial) e os demais membros da sociedade (prevenção geral): o infrator não mais praticará o ilícito por receio de receber nova sanção, além de servir como exemplo para os demais potenciais infratores.¹⁸

Porém, há quem defenda que a sanção administrativa tenha outras finalidades, de acordo com entendimento que segue:

O procedimento de aplicação de sanções decorrente de comportamentos que resultem em infrações administrativas tem, regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. Outra finalidade é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, bem como afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção ao erário e ao interesse público.¹⁹

Após essa explanação inicial acerca do conceito, natureza jurídica e finalidades das infrações administrativas sancionatórias, é possível classificar as suas espécies no procedimento licitatório.

A Lei n. 8.666/93, no capítulo IV, seção II, elenca as sanções administrativas pela inexecução total ou parcial do contrato, sendo que, antes da aplicação da penalidade, deve ser instaurado processo administrativo, conforme se verá mais adiante.

De acordo com o artigo 87 da Lei Geral de Licitações, são sanções administrativas aplicadas no caso de inexecução total ou parcial do contrato com a Administração:

I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação n. TC 008.594/2009-4. Plenário. Min. Rel. Aroldo Cedraz. Ata n. 23/2011 do Plenário. Sessão de 15/6/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1606_23_11_P.doc>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁹ BRASIL, 2015, op. cit., p. 11.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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.

20

O artigo 86 da Lei Geral de Licitações prevê ainda que o contratado fica sujeito à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, em caso de atraso injustificado na execução do contrato.

A advertência é a sanção mais leve entre as espécies elencadas anteriormente. Sobre a advertência, Leciona Odair Raposo Simões:

Dentre as sanções previstas a advertência é a mais tênue. Utilizada para punição de infrações leves. Trata-se de uma censura moral que deve ser adotada diante de pequenas falhas no decorrer da execução do contrato. De acordo com Jessé Torres: [...] a advertência cabe em faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretam prejuízo de monta ao interesse do serviço, o qual, a despeito delas, será atendido; prevenir que a falta venha a inviabilizar a execução do contrato ou obrigue a Administração a rescindi-lo é a prioridade da advertência. [iv] A princípio não acarreta a rescisão contratual, todavia, o cometimento reiterado de faltas que ensejam a aplicação da advertência poderá culminar com a rescisão unilateral do vínculo.²¹

Já a multa, além de possuir as mesmas finalidades das demais sanções, ainda resguarda o interesse público de eventuais prejuízos, como esclarece Rômulo Gabriel Lunelli:

A função da penalidade - e neste particular, ainda mais da multa -, é justamente resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de uma desobediência contratual, implicando, naturalmente, em poder intimidatório ao particular que contrata com a administração. É o que se extrai do art. 86, §1º da Lei de Licitações,

²⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²¹ SIMÕES, Odair Raposo. Sanções administrativas em contratos públicos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3.757, 14 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25512>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

que prevê a possibilidade de aplicação de multa até mesmo cumulativamente com a rescisão contratual.²²

Ainda sobre a multa, vale observar que deve estar prevista no edital e no instrumento contratual, sob pena de tornar inviável sua aplicação. É uma sanção pecuniária que atinge o patrimônio do contratado, normalmente estabelecida em um determinado percentual do valor do contrato.²³

Quanto à suspensão temporária, penalidade prevista no inciso III do artigo 87 da Lei Geral de Licitações, salienta-se que essa sanção acarreta a proibição de participar de licitações e de contratar com a Administração por até dois anos. Odair Raposo Simões orienta que:

Deve ser utilizada quando apurada falta grave do contratado, assim entendidas por Jessé Torres: “capaz de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízo ao interesse do serviço”.

Em face da gravidade dos fatos que ensejam a aplicação desta sanção, normalmente, o contrato também é rescindido unilateralmente.²⁴

Eventualmente há dúvida quanto os limites dessa sanção, isto é, o particular estaria impedido de licitar ou contratar apenas com o ente público que o suspendeu temporariamente ou com qualquer ente público. Sobre o assunto, esclarece Odair Raposo Simões:

Para o Superior Tribunal de Justiça a sanção é plena, acarreta a impossibilidade de participar de licitação ou de contratar com qualquer ente público. [...]

Oposto é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, que limita os efeitos da suspensão temporária ao ente sancionador [...]

Acertado o posicionamento do Tribunal de Contas da União, conforme se extrai da interpretação proveniente da combinação dos artigos 87, inciso III com o 6º, inciso XII, ambos da Lei de Licitações.²⁵

²² LUNELLI, Rômulo Gabriel M. Proporcionalidade em multas nos contratos administrativos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3.502, 1 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23618>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

²³ SIMÕES, op. cit.

²⁴ Idem.

²⁵ SIMÕES, op. cit.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Portanto, caso a decisão administrativa seja no sentido de aplicação de penalidade de suspensão temporária do direito de licitar e contratar com toda a Administração, poderá o contratado pleitear a anulação do ato, inclusive pela via judicial.

Vale observar ainda que a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão, no artigo 7º prevê mais uma modalidade de infração administrativa, qual seja o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, nos termos que segue:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.²⁶

Quanto à aplicação desta penalidade, em nada difere das sanções previstas na Lei Geral de Licitações, uma vez que a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, estabelece que as normas da Lei n. 8.666/93 se aplicam subsidiariamente para a modalidade de pregão.

A última penalidade prevista na Lei Geral de Licitação é a declaração de idoneidade. Acerca desta sanção também pesa dúvida sobre seu alcance, mas aqui a preocupação fica por conta dos contratos em andamento. De acordo com o STF, a declaração de idoneidade só produz efeito para o futuro, sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.²⁷

Sobre o assunto leciona Marçal Justen Neto:

As recentes decisões do STJ iniciam a construção de jurisprudência no sentido de afastar o feito imediato de tal sanção promover a automática e imediata rescisão de outros contratos administrativos em vigor em que figura como parte o particular sancionado. Contudo, tais manifestações jurisprudenciais não afastam a

²⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

²⁷ BRASIL, 2007, op. cit.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

possibilidade de rescisão de contrato pretérito fundada nos mesmos fatos que determinam o sancionamento, desde que promovida no âmbito de processo administrativo próprio e que os fatos em questão sejam pertinentes ao contrato pretérito e configurem hipótese legal de rescisão, levando-se em conta todos os fatores relevantes de cada caso concreto.²⁸

Sendo assim, a Administração deve observar que a declaração de inidoneidade não pode atingir contratos em andamento, mas somente os que por ventura possam surgir após a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade.

Todavia, deve-se atentar ao fato de que qualquer das sanções anteriormente descritas poderá ser aplicada sem prévia apuração dos fatos mediante instauração do procedimento administrativo.

Isso porque o artigo 5º, respectivamente nos incisos LV e LIV, da Constituição Federal determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e ainda que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.²⁹

Decorrem desse texto constitucional os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. O doutrinador Alexandre Mazza esclarece:

A obrigatoriedade do devido processo não só é aplicável inicialmente à seara jurisdicional mas também vincula a Administração Pública e o Poder Legislativo. A exigência de observar-se um processo previsto na legislação relaciona-se com a noção de legitimidade pelo procedimento, segundo a qual, no moderno Estado de Direito, a validade das decisões praticadas pelos órgãos e agentes governamentais está condicionada ao cumprimento de um rito procedimental preestabelecido.³⁰

Interessante observar que a Lei n. 9.784 de 29, de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º

²⁸ JUSTEN NETO, Marçal. Efeitos da declaração de inidoneidade no âmbito de outros contratos administrativos em vigor. Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, Curitiba, n. 32, out. 2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=32&artigo=923&l=pt>>. Acesso em: 20 jan.2016.

²⁹ BRASIL, 1988, op. cit.

³⁰ MAZZA, op. cit., p. 875.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

determina que: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”³¹

Salienta-se ainda que são aplicáveis ao procedimento administrativo o devido processo legal formal e o devido processo legal material. Aquele diz respeito à obrigatoriedade de observância do rito para a tomada de decisões, enquanto que este se refere à razoabilidade e proporcionalidade da decisão final.³²

Analisando os ditames constitucionais e infraconstitucionais, verifica-se que, em virtude da lei, a aplicação de penalidade administrativa deve ser determinada por processo administrativo preliminar, que tenha assegurado o contraditório e ampla defesa.

Não obstante assegurar ao contratado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, determina ainda a Lei do Processo Administrativo Federal, no artigo 50, que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.³³

Sobre o devido processo legal administrativo, Márcio Pestana afirma que:

O devido processo legal administrativo, no caso, assegurado ao administrado sob a acusação de ter cometido determinada infração administrativa, é direito que deverá ser respeitado, sob pena de nulidade a ser declarada pela própria Administração, *ex officio* ou mediante insurgência do administrado – ou pelo Poder Judiciário, se provocado, claro, caso necessário –, quanto à sanção que se pretende ser imputada ao administrado.³⁴

Em suma, para a aplicação de sanção administrativa é necessária a instauração prévia de procedimento administrativo a fim de apurar os fatos, assegurando ao contratado o contraditório e a ampla defesa. Se ao final for verificado que houve infração ensejadora de

³¹ BRASIL, 1993, op. cit.

³² MAZZA, op. cit.

³³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

³⁴ PESTANA, Márcio. Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013. p. 882.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

punição, deve a Administração fundamentar sua decisão indicando os fatos e os fundamentos jurídicos para aplicação da respectiva penalidade administrativa.

Ocasionalmente, quando já constatada a prática de infração administrativa por parte do contratado, a Administração aplica uma sanção administrativa totalmente desproporcional ao ato praticado, causando graves e por vezes irreparáveis prejuízos ao contratado.

Isso ocorre porque nesses casos a autoridade pública julgadora não se atém ao princípio da proporcionalidade e extrapola na aplicação da penalidade.

O princípio da proporcionalidade pode ser conceituado como 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.”³⁵

Não se afasta a definição desse princípio no Direito Penal, conforme leciona Cleber Masson:

A resposta penal deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como para prevenir novas infrações penais. Concretiza-se na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena. De fato, tanto na cominação como na aplicação da pena deve existir correspondência entre o ilícito cometido e o grau de sanção penal imposta, levando-se ainda em conta o aspecto subjetivo do condenado (CF, art. 5º, XLVI).³⁶

No mesmo sentido há precedente no Superior Tribunal de Justiça, quando se pronunciou no julgamento do Mandado de Segurança MS 7.311/DF, de cujo acórdão se extrai:

Mandado de Segurança. Declaração de inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da empresa contratada. Impossibilidade de aplicação de pena mais grave a comportamento que não é o mais grave. (...). Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador sujeito a pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.³⁷

³⁵ MAZZA, op. cit., p. 877.

³⁶ MASSON, op. cit., p. 606.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 7.311/DF. Rel. Min. José Delago. Julgado em 02/03/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7423128/mandado-de-seguranca-ms-7311-df-2000-0140067-3/inteiro-teor-13076248>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Entende-se que o princípio da proporcionalidade serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público, sendo que sua aplicação desvenda vários impasses.³⁸ Exemplificando a dissolução de problemas que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade efetua, Humberto Ávila discorre o seguinte:

Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. [...] No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites das penas. [...] No direito constitucional e administrativo faz-se uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. [...] a ideia de proporção perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios.³⁹

Assim sendo, a sanção administrativa deve ser proporcional à infração praticada. Joel de Menezes Niebuhr, ao tratar sobre o tema, esclarece:

Sobre esse quadro, é muito importante que os agentes administrativos motivem adequadamente os atos por meio dos quais aplicam as sanções administrativas. Não basta indicar os fatos, o ocorrido, e o fundamento legal da penalidade. É necessário mais do que isso: expor os detalhes do acontecido, a culpabilidade, a reprovação ao comportamento do apenado, os prejuízos causados, etc. Isso é imprescindível para que se possa aferir o respeito ou não ao princípio da proporcionalidade.⁴⁰

Portanto, verifica-se que a culpabilidade do infrator deve ser levada em conta, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, a fim de estabelecer uma sanção justa ao infrator, sempre após o devido processo administrativo, no qual se tenha garantido o contraditório e a ampla defesa e sem deixar de motivar a decisão administrativa sancionatória.

3 ANÁLISE E TRATAMENTOS DOS DADOS

³⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁹ Ibidem, p. 183.

⁴⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 993.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Após o levantamento textual, pode-se observar que, em virtude da não utilização da dosimetria da pena na aplicação de sanções administrativas, a autoridade administrativa julgadora fica isenta de analisar as atenuantes da infração administrativa e a culpabilidade do infrator, razão pela qual, por vezes, deixa de aplicar o princípio da proporcionalidade.

Nesse passo, ressalta-se o ensinamento de Humberto Ávila:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).⁴¹

Assim, resta clarividente que se o exame de proporcionalidade não for feito no momento da aplicação da sanção, nada justificará a aplicação de penalidade mais gravosa, ou ainda, nas sábias palavras de Joel Menezes Niebuhr:

Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser mais grave. A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade.⁴²

E mais:

Na mesma linha, se a falta não produziu prejuízo à Administração, a penalidade também não deve ser a mais grave. Também se deve levar em conta se o sujeito agiu com boa ou má-fé. Por vezes, o contratado comete falta, agindo de boa-fé, sem ter consciência da ilicitude do seu comportamento. Nesses casos, a penalidade também não deve ser a mais grave.⁴³

⁴¹ ÁVILA, op. cit., p. 184.

⁴² NIEBUHR, op. cit., p. 993.

⁴³ NIEBUHR, op. cit.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Constata-se que, quando da aplicação de sanção, após verificar a ilicitude da conduta praticada pelo infrator, a autoridade administrativa julgadora deve realizar a dosimetria, analisando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta do infrator, os motivos, circunstâncias e consequências da infração, em especial se causou prejuízo à Administração, garantindo assim a individualização da pena.

A despeito, leciona Greco Filho:

O conteúdo valorativo do direito [...], especialmente no que se refere aos direitos individuais, é importantíssimo, porque interfere, inclusive, na aceitação da existência do direito natural ou de um direito inerente à pessoa humana. Todas as consagrações constitucionais de direitos supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive, acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos.⁴⁴

Um dos direitos a que se refere o autor é a individualização da pena, nos termos do artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. A individualização da pena presume que o julgador analise as particularidades individuais da pessoa condenada em sua relação com ordenamento legal específico.⁴⁵

A exemplificar a aplicabilidade da individualização da pena, Mirabete discorre:

O art. 29, § 2º, consagra o princípio da individualização da pena no concurso de pessoas ao determinar que cada concorrente é responsável de acordo com o elemento subjetivo (dolo) e também não descarta do princípio da proporcionalidade ao prever o aumento da pena quando, além do dolo referente ao crime menor, há um desdobramento psicológico da conduta do partícipe quanto à previsibilidade da realização do crime mais grave (culpa).⁴⁶

Desta forma, semelhantemente ao Direito Penal, na aplicação de penalidade administrativa, deve a autoridade julgadora atentar-se ao princípio da individualização da pena, garantindo assim a aplicação de sanção justa.

Ainda acerca do assunto, leciona Mirabete:

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁴⁶ Ibidem, p. 237.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

De qualquer forma, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delinqüente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe.⁴⁷

Portanto, constata-se que a utilização da dosimetria na aplicação de sanção administrativa assegura a individualização da pena e a proporcionalidade, o que garante que a penalidade não será além, nem aquém da sanção justa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objeto o princípio da proporcionalidade na aplicação de sanção administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação.

Constatou-se que se deve considerar o princípio da legalidade na criação de sanções administrativas, pois o Direito Administrativo, no que diz respeito à criação de infrações administrativas e cominação de penalidades, se assemelha ao Direito Penal, no qual não pode haver crime sem lei anterior que o tenha definido, tampouco pena sem prévia cominação legal.

Observou-se também que a natureza jurídica da penalidade administrativa decorrente de infração prevista em lei que regulamenta a licitação é administrativa, e por isso não podendo de qualquer modo restringir a liberdade das pessoas.

Verificou-se que sanções administrativas não possuem apenas finalidade preventiva, mas também educativa e repressiva, assim como pretendem a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade.

Abordaram-se ainda as espécies das sanções administrativas decorrentes de infração prevista em leis que regulamentam a licitação, a Lei n. 8.666/93 e a Lei n. 10.520/2002, as quais estabelecem cinco espécies, quais sejam, advertência, multa, impedimento de licitar e

⁴⁷ MIRABETE, op. cit., p. 246.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

contratar com a Administração, declaração de inidoneidade e suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração.

Derradeiramente foi discutido o princípio da proporcionalidade na aplicação de penalidade administrativa. Verificou-se que o posicionamento do STJ é no sentido de que, diante da imprecisão da lei, não pode a Administração aplicar penalidade mais grave sem a utilização de qualquer critério para fazê-lo. Isso porque o princípio da proporcionalidade serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público, sendo que sua aplicação desvenda vários impasses, tais como o uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido.

Por fim, demonstrou-se a necessidade de realizar dosimetria para aplicação de sanção administrativa, com vista a garantir a aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo assim uma sanção justa. A utilização de dosimetria se justifica por dois grandes motivos, um deles é a identificação da motivação para aplicação de determinada sanção no lugar de outra e o outro motivo é justamente a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de se estabelecer uma sanção justa ao infrator.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. **Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídico. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Sanções administrativas**: diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança n. 7.311/DF**. Rel. Min. José Delago. Julgado em 02/03/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7423128/mandado-de-seguranca-ms-7311-df-2000-0140067-3/inteiro-teor-13076248>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança n. 13.041 – DF**. Rel. Min. José Delago. Julgado em 12/12/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8700428/mandado-de-seguranca-ms-13041-df-2007-0197214-6/inteiro-teor-13752661>> acesso em 20 jan. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Representação n. TC 008.594/2009-4**. Plenário. Min. Rel. Aroldo Cedraz. Ata n. 23/2011 do Plenário. Sessão de 15/6/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1606_23_11_P.doc>. Acesso em: 20 jan. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN NETO, Marçal. Efeitos da declaração de inidoneidade no âmbito de outros contratos administrativos em vigor. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini**, Curitiba, n. 32, out. 2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=32&artigo=923&l=pt>>. Acesso em: 20 jan.2016.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M. Proporcionalidade em multas nos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.502, 1 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23618>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 993.

PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil**: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013. p. 882.

SIMÕES, Odair Raposo. Sanções administrativas em contratos públicos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3757, 14 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25512>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ⁱ Graduado em Direito pela UNIDAVI, pós-graduando...

ⁱⁱ Professor Esp. Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso, e da construção do presente artigo.