

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JULIANA THOMASI JOAQUIM

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES E NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**CURITIBA
2016**

JULIANA THOMASI JOAQUIM

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: Des. Luiz Osório Moraes Panza

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA THOMASI JOAQUIM

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NAS LICITAÇÕES E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Prof.Des. Luiz Osório Moraes Panza

Avaliador: _____
Prof.

Curitiba, de abril de 2016.

**À minha família pelo apoio e carinho e
aos meus professores pela orientação
e atenção.**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 PRINCÍPIOS.....	08
2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 8.666 de 1993.....	09
2.1.1 Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	09
2.1.2 Princípio da proporcionalidade.....	13
2.1.3 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	16
2.1.4 Princípio da tipicidade.....	18
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA A FIM DE EVITAR A LEI 8.429 de 1992.....	20
2.2.1 Princípio da legalidade.....	20
2.2.2 Princípio da impessoalidade.....	22
2.2.3 Princípio da publicidade.....	24
2.2.4 Princípio da moralidade.....	26
2.2.5 Princípio da proporcionalidade.....	29
3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NAS LEIS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	31
3.1 Lei nº 8.666/93.....	31
3.1.1 Advertência.....	32
3.1.2 Multa.....	34
3.1.3 Suspensão temporária de participação em licitação.....	37
3.1.4 Declaração de inidoneidade.....	40
3.2 Lei 10.520 de 2002.....	41
3.2.1 Multa.....	42
3.2.2 Impedimento de licitar e contratar.....	43
3.2.3 Descredenciamento.....	46
4 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	49
4.1 LEI 8.429 DE 1992.....	49
4.2 PERDA DE BENS E VALORES.....	53
4.3 RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO.....	55
4.4 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.....	58
4.5 SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.....	60
4.6 MULTA CÍVEL.....	63
4.7 PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.....	66
5 COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES SANCIONADORES.....	70
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar os regimes licitatórios das Leis 8.666/93 e 10.520/02, juntamente com a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, no sentido de verificar se os regimes sancionadores neles inseridos correlacionam-se entre si, bem como apontar suas semelhanças e diferenças. Inicialmente abordam-se os princípios norteadores para a aplicação das sanções administrativas e aqueles que devem ser observados pelo agente público no atuar de suas funções. Em seguida verificam-se as modalidades de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, partindo-se do princípio que aquele que se candidata à licitação assume deveres para com a entidade pública tendo o dever de cumpri-los, assim, caso contrário enseja-se na imputação destas sanções, para em seguida analisar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Por fim, é realizado um comparativo dos regimes sancionadores, e com base no que foi analisado, observou-se que os das leis licitatórias correlacionam-se entre si uma vez que as normas da Lei nº 8.666 podem ser aplicadas subsidiariamente à Lei nº 10.520, apenas caso esta seja omissa, em contrapartida, não possuem integração suficiente com a Lei 8.429/92, de modo que possa contribuir para melhor assegurar o sistema jurídico.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/02; Lei nº 8.429/92; Licitação; Sanções Administrativas.

1 INTRODUÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo utilizado como precedente necessário para a contratação de serviços, obras, alienação e aquisição pelas entidades e órgãos da Administração Pública, conforme determinado pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Celso Antônio Bandeira de Mello, leciona:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviços ou de uso exclusivo do bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele a mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados¹.

Toshio Mukai, a respeito do efeito da licitação, afirma que como consequência desta os proponentes assumem deveres para com a Administração, sendo que somente serão liberados deste compromisso após o prazo de validade das propostas, o qual deverá ser preestabelecido no instrumento convocatório².

Assim, aqueles que se candidatarem à licitação, bem como o contratado, assumem deveres para com a entidade pública, tendo o dever de cumpri-los. O descumprimento de uma obrigação prevista na legislação ou pactuado no contrato com a Administração Pública deverá ensejar, durante o processo licitatório ou na execução contratual, a imputação de sanções administrativas.

As ditas sanções são consequências a serem aplicadas pela Administração Pública quando houver a ocorrência de alguma infração administrativa. Atualmente, existem três regimes jurídicos sobre licitações inseridos no ordenamento jurídico brasileiro; (I) o regime da Lei 8.666/1993, que contempla normas gerais de licitação e pode ser aplicado a qualquer contratação; (II) os dispositivos da Lei 10.520/2002 que se referem à modalidade pregão para a contratação de bens e serviços comuns; e (III) por fim o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) inserido na Lei

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007, p. 505.

² MUKAI, Toshio. **Licitação e Contratos Públicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 179.

12.462/2011, que é utilizado atualmente para contratações relacionadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, às obras e serviços do PAC, às obras e serviços da área do SUS e da educação, bem como na área portuária e aeroportuária.

Ao agente público, por sua vez, cabe o dever de observância aos códigos de ética e ao princípio da moralidade para contratar, estando assim sujeito às sanções de ordem disciplinar e a tipologia específica dos atos de improbidade constante na Lei 8.429/1992³.

Conforme o art. 1º, e *parágrafo único* da Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, são atos de improbidade:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Sobre o aspecto da responsabilidade e licitude dos atos do administrador, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves afirmam que “A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjunção das regras e dos princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a estes um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido, mas que pouco tem se concretizado (...)”⁴.

Devido à existência de leis que regem as licitações cada qual com suas sanções administrativas destinadas ao administrado, e a Lei de Improbidade Administrativa destinada ao agente público, pretende-se com o desenvolver deste estudo verificar se há relação e comunicação entre todos os referidos regimes sancionadores a fim de se proporcionar maior efetividade nas decisões judiciais.

³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 129

⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 46.

2 PRINCÍPIOS

No presente capítulo abordar-se-ão alguns princípios que devem ser observados pelo agente público ao atuar em nome da administração, quando da aplicação das sanções administrativas previstas nas Leis de Licitações. E posteriormente, aqueles que norteiam os atos administrativos para que estejam dentro da probidade, com fim de se evitar a aplicação das sanções destinadas ao agente público, previstas na Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429 de 1992⁵.

No entanto, primeiramente, faz-se necessário conceituar, de forma sucinta, o que se entende por princípio.

Celso Ribeiro Bastos apresenta a seguinte definição:

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de um certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob o seu alcance⁶.

Entende-se que são bases de interpretação e aplicação das normas jurídicas, acarretando a nulidade do ato administrativo em caso de sua não observância, Emerson Garcia corrobora com este entendimento:

Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (dever ser). Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja relevância é obrigatória⁷.

⁵ A autora optou por escolher esses princípios, entendendo que são os principais norteadores da aplicação da Lei 8.666 de 1993 e da prática de atos de probidade.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 47.

Vale ressaltar que os princípios se diferenciam das normas visto que constituem conceitos abstratos, dependendo de interpretação do administrador, legislador e do judiciário. Garcia leciona a esse respeito:

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso⁸.

Os princípios devem servir como critérios de orientação para a aplicação da norma ao caso concreto, visto que proporcionam que seja escolhida, dentre as diversas interpretações da norma, aquela que mais se aproxime dos princípios orientadores do direito administrativo.⁹

Dessa forma, são os princípios que deverão nortear a aplicação das sanções administrativas nas leis de licitação e a atividade administrativa a fim de se evitar a prática de atos que importem improbidade administrativa.

2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 8.666 DE 1993

2.1.1 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O interesse público é o interesse da coletividade, que por ser indisponível o agente administrativo dele não pode dispor e transigir. Para esclarecer o conceito deste princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público-, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 51.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais a Lei de Improbidade**. São Paula: Saraiva, 2010, p. 242.

O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*¹⁰.

O referido princípio está expressamente previsto no inciso dois do parágrafo único, do artigo 2º da Lei 9.784 de 1999, ao exigir o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Os poderes da Administração possuem a característica da discricionariedade, porém, necessitam sempre objetivar o interesse coletivo. Devem ser entendidos como poderes-deveres, assim, diante de uma situação a Administração não pode deixar de atuar por critério de conveniência, sendo obrigação a sua interferência.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro fundamenta este entendimento ao afirmar que os poderes atribuídos à Administração têm caráter de poder-dever, vez que esta não pode dispor dos interesses públicos sob pena de responder pela omissão. Dessa maneira, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são dadas, pois se assim fizer prejudicará o interesse da coletividade¹¹.

Em caso julgado pelo Tribunal de Contas da União, abaixo transcrito, nota-se situação em que foi imposta ao Administrador a conduta de aplicar as sanções administrativas:

AUDITORIA. PREFEITURA. PROGRAMA NACIONAL DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). PREGÃO. PROPOSTAS VENCEDORAS COM PREÇOS SUPOSTAMENTE MUITO INFERIORES AOS PRATICADOS NO MERCADO. INEXECUÇÃO PARCIAL DOS CONTRATOS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O NÃO FORNECIMENTO DOS ITENS CORRESPONDENTES. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO, COM VISTAS À APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS E, SE FOR O CASO, À RESCISÃO CONTRATUAL. DETERMINAÇÕES SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA DO PREGÃO E O JUÍZO DE ACEITABILIDADE, PELO PREGOEIRO, DA PROPOSTA CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR. MONITORAMENTO. (...) Verificou-se atraso injustificado na execução, ou inexecução total ou parcial de contratos celebrados entre a Prefeitura de Juazeiro do Norte/CE e algumas das empresas vencedoras do Pregão 1/2004, que teve por objeto a compra de gêneros alimentícios no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae). A Lei 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão (art. 7º), bem como a norma regulamentar aprovada pelo Decreto 3.555/2000 (art. 14), estabelecem que quem der

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

causa, entre outras irregularidades, ao retardamento da execução do contrato e à falha ou fraude em sua execução “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sicaf (...), pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”. Nos termos do art. 9º da Lei 10.520/2002, aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei 8.666/93 que prevêm o atraso injustificado na execução do contrato como causa da aplicação de multa de mora ao contratado, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (art. 86). Também prevê o diploma que a inexecução total ou parcial do contrato impõe a aplicação ao contratado das sanções de (i) advertência, (ii) multa, (iii) suspensão temporária para licitar e impedimento para contratar e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87). Outrossim, a inexecução total ou parcial do contrato enseja sua rescisão (art. 77), como constitui motivo para tal medida o não-cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais (art. 78, incisos I e II). Os contratos firmados com as empresas inadimplentes – Ednardo Anderson da Silva (ME), R. Neyva Comercial Ltda. e Organização Cearense de Distribuição Ltda. – também contém cláusulas sancionadora e rescisória para as mesmas hipóteses de infrações tipificadas na Lei 8.666/93, acima descritas (cláusulas décima e décima primeira, fl. 44). **Não obstante todo esse arcabouço jurídico a amparar a adoção da necessária medida punitiva, nenhuma dessas providências teria sido aplicada pela Administração contratante, que apenas se conformara diante da inadimplência das contratadas, a causar grave prejuízo à regular execução do programa da merenda escolar no município cearense de Juazeiro do Norte. (...) Por isso, a lei estabeleceu sanções administrativas e hipóteses de rescisão contratual, sendo a discricionariedade da Administração, de aplicá-las ou não, jungida ao poder-dever do administrador, e nunca à mera disposição sobre os interesses da Administração Pública e dos administrados. A motivação é um dos requisitos do ato administrativo. Não consta dos autos que a Administração municipal teria motivado formalmente a opção de não adotar as medidas punitivas e rescisórias previstas na lei e nos contratos firmados com as empresas inadimplentes. Assim sendo, deve o Tribunal fixar prazo, à Prefeitura de Juazeiro do Norte, para o exato cumprimento da lei e dos contratos, no sentido de instaurar processos administrativos com vistas a aplicar sanções aos contratados inadimplentes e, se condizente com o interesse público, rescindir os contratos correspondentes, assegurando aos interessados o contraditório e a ampla defesa, ou motivar, circunstanciadamente, a não-adoção dessas medidas. (...) ACORDAM (...) : 9.1. fixar à Prefeitura de Juazeiro do Norte/CE o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que informe a este Tribunal a adoção de medidas com vistas ao exato cumprimento dos artigos 77, 78, incisos I e II, 86 e 87 da Lei 8.666/93, 7º da Lei 10.520/2002 e 14 do Decreto 3.555/2000, bem como das cláusulas décima e décima primeira dos contratos celebrados com as empresas Ednardo Anderson da Silva (ME), R. Neyva Comercial Ltda. e Organização Cearense de Distribuição Ltda., vencedoras do Pregão 1/2004, mediante a instauração de processos administrativos, dirigidos ao interesse público, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ante a inadimplência no fornecimento de itens dos objetos contratados, ou motive, circunstanciadamente, a não-adoção dessas medidas; (...)¹².**

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União (1ª Câmara). Administrativo. AUDITORIA 012.254/2004-8. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 23 de novembro de 2004. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 5 dez. 2015.

Para concluir o raciocínio, Marcio Pestana assevera que assim não poderá o agente público, a seu talante, e quando a lei de tal faculdade não lhe garantir, deixar de atuar determinado indivíduo por descumprimento de determinada obrigação dele imposta por força legislativa; ou ainda, conceder-lhe determinado favor, sem contar com a autorização normativa correspondente¹³.

Ao praticar uma infração administrativa, o contratado ou licitante está confrontando um direito de toda a coletividade, dessa maneira, a aplicação de uma sanção administrativa é de interesse público. Por essa razão, não se pode deixar de aplicar uma sanção mediante critérios de oportunidade e conveniência, pois a imposição de sanções deve ser entendida como dever, e não como faculdade¹⁴.

A discricionariedade está presente no momento de escolher a penalidade administrativa quando houver este espaço na lei, por exemplo, mesmo que o procedimento licitatório seja anulado, a Administração deverá aplicar as sanções administrativas; este é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CALL CENTER: 3 - POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO A LICITANTE MESMO DEPOIS DE ANULADO O CERTAME. A anulação da licitação não obsta a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.666/93 (art. 88, II, c/c art. 87, III e IV). Foi essa a conclusão a que chegou a unidade técnica após defender que, *“caso seja comprovado que a licitante, de maneira dolosa, tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, ao apresentar atestado de capacidade técnica contendo irregularidades, falsidades e/ou vícios, pode a Administração aplicar sanções administrativas a esta licitante, independentemente de vínculo contratual posterior”*. Acolhendo a manifestação da unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário deliberou no sentido de informar o Departamento de Logística da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde *“sobre a possibilidade de aplicação de sanção administrativa a licitantes, independentemente de vínculo contratual posterior, após a correta configuração do ato ilícito, conforme artigo 88, inciso II, e artigo 87, incisos III e IV, ambos da Lei n.º 8.666, de 1993”*. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 2.077/2007, 2.859/2008 e 790/2009, todos do Plenário¹⁵.

Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, embora a Administração possa escolher, como, quando, e de que modo atuar, respeitados os limites da própria lei e

¹³ PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora LTDA, 2008, p. 160.

¹⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001, p. 43.

¹⁵ BRASIL. **Tribunal de Contas da União (Colegiado). Administrativo. REPRESENTAÇÃO 002.319/2010-1**. Relator: José Jorge, 14 de abril de 2010. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2016.

do Direito, esta deve - dentro das opções discricionárias para a escolha dos meios e das oportunidades -, lograr os melhores resultados para praticar a boa administração, não podendo assim desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados¹⁶.

Portanto, para atender o princípio da indisponibilidade do interesse público, ao ser atribuída competência sancionadora para a autoridade administrativa, esta tem a obrigação da imposição das sanções administrativas ao contratado ou licitante, não podendo, diante de uma irregularidade, deixar de aplicá-las por critério de oportunidade e conveniência.

2.1.2 Princípio da Proporcionalidade

Conforme leciona Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini:

O princípio da proporcionalidade importa a necessidade de a Administração Pública, no manejo de suas competências, empregá-las de forma adequada e proporcional, diante da necessidade de interesse público que concretamente se apresenta¹⁷.

Para muitos autores esse princípio constitui um dos aspectos inseridos no princípio da razoabilidade. “Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade”, assim assevera Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁸ e também Odete Medauar ao se posicionar:

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 98.

¹⁷ BERTONCINI, Mateus. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 173/174.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

ao entendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins¹⁹.

Na concepção de Rafael Munhoz de Mello:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito veda a utilização excessiva ou desproporcional da competência outorgada ao agente estatal. Uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve ainda, o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação²⁰.

No julgado abaixo o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a sanção aplicada não atendia ao princípio da proporcionalidade, pois o agente privado não pode ser punido da mesma maneira que o agente público, considerando este ter assumido tal qualidade por ter sido eleito pelo povo.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CARACTERIZAÇÃO. SANÇÕES APLICADAS. DESPROPORCIONALIDADE VISÍVEL A PARTIR DA SIMPLES COMPARAÇÃO DE APENAMENTOS. AGENTE PÚBLICO VS. PARTICULAR. APLICAÇÃO DO ART. 12, P. ÚNICO, LEI 8.249/92. (...)9. Tradicionalmente, esta Corte Superior manifesta-se pela impossibilidade de retificação das penalidades aplicadas porque o juízo de proporcionalidade envolve, normalmente, a necessidade de contato com os fatos, o que é vedado aos magistrados do STJ por sua Súmula n. 7. 10. Entretanto, é evidente a desproporcionalidade no caso concreto: é que a conduta do agente privado não pode ser punida com mesma ou maior intensidade do que a conduta do agente público que assumiu tal qualidade por ter sido eleito pelo povo - enfim, uma verdadeira traição ao mandato, à confiança que lhe é depositada. 11. A suspensão de direitos políticos para o recorrente é medida demasiada. Também demasiada a fixação de multa civil em quase R\$5.000,00 (cinco mil reais), devendo a quantia ser reduzida para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Permanece o ressarcimento em razão da própria conduta: utilização de procedimento licitatório para implementação de fraude com vistas a garantir enriquecimento patrimonial, com prejuízo ao erário²¹.

Deste modo, este princípio aplica-se em matéria de sanção administrativa, no sentido de limitar a discricionariedade da Administração Pública, de modo que a gravidade da sanção deve ser apurada na medida dos fatos e da seriedade do ato

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.143.

²⁰ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172.

²¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. RECURSO ESPECIAL 2011/0040031-9**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 21 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2015.

infrator não podendo ser mais severa do que o necessário nem tão branda ao ponto de não repercutir o efeito almejado.

Celso Antônio Bandeira de Mello corrobora com este entendimento ao afirmar que as sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração²².

Ainda nesta mesma linha Benedicto de Tolosa Filho assevera:

A interpretação teleológica do art. 87 da Lei nº 8.666/93 revela a intenção do legislador de estabelecer uma gradação das penalidades ao dispor uma sequência de sanções administrativas de acordo com a gravidade das falhas cometidas pelo contratado, não permitindo espaço para o administrador público, pura e simplesmente e a seu talante, escolher a que acha conveniente, mas adotar a adequação, necessidade e proporcionalidade do ato sancionador, sob pena de cometer um ato arbitrário, havendo nítida gradação entre a advertência, a multa, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade²³.

Portanto, para definir a medida adequada da sanção administrativa, é preciso analisar as circunstâncias de cada infração. Sendo arbitrária a sanção aplicada sem a avaliação dos fatos e das peculiaridades do caso concreto, são essenciais à definição da intensidade da medida sancionadora a ser aplicada e, de consequência, à observância do princípio da proporcionalidade²⁴.

Para concluir, Marçal Justen Filho sustenta que, “tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diversos graus de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente”²⁵.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 822.

²³ TOLOSA FILHO, Benedicto. Alcance, Devido Processo Legal e Dosimetria – Retenção Indevida de Pagamento. Curitiba, **Zênite**, n. 1005, 224, out. 2013.

²⁴ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p 174.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 849.

2.1.3 Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado

Segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, por ser um dos pressupostos lógicos do convívio social²⁶.

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal afirma que o poder exercido pelos representantes eleitos provém do povo. Assim, todas as ações administrativas devem se nortear em favor do povo, ou seja, do interesse público.

Conforme Rafael Maffini:

No Direito Administrativo todos os institutos que lhe são pertinentes devem ser compreendidos por meio da noção de *função pública*, segundo a qual todos os poderes outorgados em favor dos administradores (das mais altas autoridades administrativas àqueles que ocupam as mais baixas posições hierárquicas) o são para a satisfação de um interesse que não lhes pertence, mas à coletividade, qual seja, o *interesse público*²⁷.

Fala-se em interesse público²⁸ como bem de uma coletividade e não de todos os cidadãos, assim, busca-se com esse princípio beneficiar uma coletividade de pessoas com interesses em comum, ainda que estes não digam respeito à soma dos interesses de todos os cidadãos²⁹.

Celso Antônio afirma ainda que em consequência da supremacia abordada neste princípio, os atos da administração possuem característica de exigibilidade traduzida na previsão de sanções que levem os administrados a acatá-los, de auto-executoriedade, que significa que a própria administração possa por si mesma

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

²⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

²⁸ O interesse público pode ser dividido em interesse público primário e interesse público secundário. Entende por interesse público primário como o interesse da coletividade, em contrapartida interesse público secundário refere-se ao interesse próprio do Estado como sujeito (BANDEIRA DE MELLO, *op.cit.*, p. 65.).

²⁹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224.

executar a pretensão traduzida no ato sem necessitar recorrer às vias judiciais, e a característica de revogar os seus próprios atos inconvenientes ou inoportunos³⁰.

Entretanto, Rafael Maffini complementa que as prerrogativas são fundamentadas pelo interesse público tão somente em termos indiretos ou mediatos, pois embora deva servir sempre como finalidade a ser alcançada por meio da função administrativa, não é suficiente para legitimar diretamente as prerrogativas outorgadas à Administração Pública, assim, são fundamentadas, em termos diretos e imediatos pela lei que as prevê³¹.

A Administração ao abrir licitação e contratar em decorrência desta, deve observar o princípio em questão, utilizando-se dessas características para a efetivação do contrato.

Neste sentido leciona Maffini que:

(...) as relações jurídicas em que a Administração Pública seja parte integrante costumam ser estruturalmente verticais, na medida em que a Administração Pública em geral possui, quando se relaciona com seus administrados, um conjunto de prerrogativas públicas. Diz-se que tais relações são verticais, em contraposição às relações horizontais, típicas do Direito Privado, eis que as partes envolvidas normalmente são colocadas em posição jurídica de igualdade³².

Pela interpretação do referido princípio, conclui-se que se houver um confronto entre o interesse particular e um interesse da coletividade, deve sempre prevalecer o interesse público.

Dessa maneira, para atender ao interesse público, é necessário que a sanção vise coibir a prática de condutas que desrespeitem o diploma legal, e forçar o cumprimento das obrigatórias.

Com este entendimento Bandeira de Mello afirma:

(...) Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 93.

³¹ MAFFINI, Rafael. **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 39.

³² Idem, p 37.

comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo³³.

Assim sendo, diante de uma infração administrativa, deve-se levar em conta, em relação à aplicação das sanções administrativas, a satisfação do interesse público.

2.1.4 Princípio da Tipicidade

O princípio da tipicidade é necessário para a efetivação do princípio da segurança jurídica por evitar que o administrado seja “surpreendido com a imposição de sanção administrativa pela adoção de um comportamento que não sabia que fosse proibido, e tampouco pela imposição de uma medida punitiva que desconhecia, escolhida arbitrariamente pela Administração Pública”³⁴.

Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello: "A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção correspondente"³⁵.

Assim, faz-se necessário que o ilícito e a sanção administrativa estejam previstos em lei formal, não bastando somente isso como também que a lei formal preveja de forma clara e precisa tais infrações e suas respectivas sanções.

Marçal Justen Filho afirma que “definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com um mínimo de precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei”³⁶.

Há críticas contra a Lei nº 8.666/93, pois esse não prevê infrações administrativas tipificadas. Isso em razão do seu artigo 87 possuir redação aberta, estabelecendo que “a inexecução total ou parcial do contrato” poderá ensejar a aplicação de uma das sanções elencadas no referido artigo, sem determinar, contudo, o que efetivamente constitui a inexecução do contrato.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 815.

³⁴ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134.

³⁵ Idem, p. 134.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 611.

Em consequência disso estar-se-ia diante de situação incompatível com a ordem jurídica, uma vez que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível³⁷.

Entretanto, apesar desta crítica, o Poder Judiciário considera lícito o rol de sanções do artigo 87, desde que o agente público paute a sua aplicação nos princípios do regime jurídico.

Conforme assevera Daniel Ferreira,

(...) quando a lei, por sua generalidade e abstração, não determina com precisão qual conduta, ou melhor, a categoria de condutas que desde logo assinala como proibidas, deve o Executivo restringir as possibilidades, nos limites nele previstos, garantindo uma maior segurança jurídica (sobre o que é proibido, obrigatório ou facultativo) e, sempre que possível, um tratamento isonômico a todos os administrados³⁸.

Acerca desta questão, o Superior Tribunal entende conforme decisão abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. (...) 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 (...)³⁹.

Portanto, a solução pertinente para não tornar o artigo 87 da Lei 8.666/93 inaplicável consistiria, na concepção de Marçal Justen Filho, em estabelecer por

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 848.

³⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **RECURSO ESPECIAL 914087**. Relator: Ministro José Delgado, 15 jan. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 dez. 2015.

meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital pressuposto básicos delimitadores do sancionamento⁴⁰.

Outra questão a ser abordada se refere à possibilidade de o contrato administrativo ampliar ou aplicar sanção administrativa diferente daquelas elencadas no artigo 87. Conforme ensinamento de Jessé Torres Pereira Junior, não poderia, pois, o poder de punir deve ter fundamento legal. Assim, só a Lei poderá estabelecer sanções que a Administração estará autorizada a aplicar⁴¹.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA A FIM DE EVITAR A LEI 8.429 de 1992

2.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade determina que o administrador atue conforme previsão legal. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona sobre a importância deste princípio:

Por isso mesmo, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é sublegal, infralegal, consiste na expedição de comandos complementares à lei⁴².

O referido princípio garante segurança ao administrado, visto que limita a atuação do administrador ao que está expresso em lei, de modo que “qualquer autoridade que decida, sem observar os lindes estabelecidos por uma lei e sentido material, estará desenganadamente subvertendo as finalidades da atividade administrativa”⁴³.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 849.

⁴¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 788.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90/91.

⁴³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

Por outro lado, Emerson Garcia entende que o princípio da legalidade pode ser concebido em uma perspectiva dicotômica, primeiramente “como uma relação de compatibilidade do ato com a lei, resultando na não-contrariedade dos preceitos normativos” ou “como uma relação de conformidade do ato com a lei, o que somente legitimaria a atuação estatal em havendo previsão normativa e na medida em que os atos praticados se mantivessem adstritos aos limites desta”⁴⁴.

Acrescenta que:

A subordinação da atividade administrativa à lei é concebida em um sentido negativo, sendo o princípio da legalidade o limite a que estará sujeita a administração, contendo a atuação desta, e em sentido positivo, somente podendo a administração fazer o que por lei esteja consentido. Neste último sentido, constata-se a relação de conformidade que deve existir entre o ato e a lei⁴⁵.

Celso Ribeiro Bastos corrobora com uma interpretação flexível do princípio em questão e leciona que:

(...) em determinadas hipóteses é reconhecida à administração a possibilidade de exercer uma apreciação subjetiva sobre certos aspectos do seu comportamento. Isto porque a lei nesses casos está a lhe deferir uma margem de atuação discricionária que exerce na determinação parcial de alguns de seus atos. Diz-se parcial porque o ato administrativo nunca pode ser integralmente discricionário, pois envolveria uma margem tão ampla de atuação subjetiva que certamente faria pôr em debandada o princípio da legalidade⁴⁶.

Dessa forma, entende-se que o administrador deve exercer a atividade administrativa dentro dos limites estabelecidos em lei, no entanto, conforme assevera Fernando Capez, a imputação por atos de improbidade deverá ser analisada pela visão mais flexível do princípio, “posto que haverá situações em que o administrador encontrar-se-á numa zona cinzenta, num vazio legislativo, e a adoção de medidas para atender ao interesse público, ainda que venha a causar prejuízo ao erário, não configurará o ato improbo”⁴⁷.

⁴⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 75.

⁴⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 77.

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, 25/26.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 248.

2.2.2 Princípio da Impessoalidade

Pelo princípio da impessoalidade o administrador tem o dever de agir visando o seu melhor desempenho funcional, sem privilegiar interesses particulares⁴⁸.

Afasta a possibilidade de satisfazer apenas interesses particulares e assegura a isonomia entre todos os administrados.⁴⁹

Corroboram com esse entendimento Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ao lecionar:

Sob outra ótica, o princípio torna cogente que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, exigindo que os atos praticados produzam os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que se encontrem em idêntica situação fática ou jurídica⁵⁰.

Assim sendo, observa-se a impessoalidade como um aspecto que extrai a “discricionariedade do administrador público, que possui a obrigação de conferir o mesmo tratamento para todos, sem distinções ou preferências pessoais, tendo em vista que o tratamento igualitário deverá ser constante quando da sua atuação”⁵¹.

Pode-se dizer que o princípio em questão assegura o princípio da isonomia, ou até mesmo “[...] confunde-se com o da isonomia, pois a administração não pode tratar os administrados com distinções”, conforme entendimento de Fernando Capez⁵².

A fim de complementar Garcia e Alves asseveram:

Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e a própria teleologia da atividade administrativa, que aponta para a necessidade de a atividade estatal ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada a prática de ato discriminatórios que busquem unicamente a implementação de um interesse particular⁵³.

⁴⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, **O Limite da Improbidade Administrativa: o direito dos administrados dentro da lei n 8.249/92**. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 86.

⁴⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 61.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, **O Limite da Improbidade Administrativa: o direito dos administrados dentro da lei n 8.249/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 87.

⁵² CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

⁵³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 61.

Veja-se julgado da Colenda 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no qual se verificou a violação ao princípio da impessoalidade:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. Contrato celebrado entre Município e empresa particular, no qual o prefeito municipal consta como sócio. Merece subsistir o entendimento da Corte de origem, no sentido de que o contrato entre a Prefeitura Municipal e a empresa da qual o prefeito é sócio, está eivado de ilegalidade, seja em virtude da necessidade de prévia licitação, seja em decorrência da inequívoca afronta aos princípios administrativos que sempre devem nortear o Administrador público, notadamente a moralidade e a impessoalidade administrativa. Não prospera o argumento no sentido de proibição ao enriquecimento ilícito, uma vez que não deve ser invocado por aquele que firmou contrato com a Administração Pública, em nítida afronta ao princípio da moralidade e constatada má-fé⁵⁴.

Verifica-se que o administrador do poder executivo violou o princípio em questão uma vez que foi celebrado contrato entre o município e a empresa da qual faz parte do quadro societário sem que houvesse prévio procedimento licitatório, prevalecendo-se, assim, um interesse particular.

Por fim, o administrador deve sempre procurar satisfazer o interesse da coletividade, pois os atos administrativos são de autoria do órgão ou entidade administrativa, e não do funcionário que o pratica, esse é o entendimento de Fernando Capez:

As realizações administrativo-governamentais não são do funcionário ou da autoridade, mas da entidade pública, sendo vedada qualquer forma de publicidade destinada à autopromoção do administrador, sob pena de nulidade, obrigação de devolução do dinheiro aos cofres públicos e prática de ato de improbidade⁵⁵.

Dessa forma, age com probidade o funcionário público que observa o referido princípio e procura atingir o interesse de toda a coletividade, a fim de garantir isonomia entre todos os administrados.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Violação de Princípios Administrativos 2004/0045219-2**. Relator: Ministro Franciulli Netto, 23 de agosto de 2005.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

2.2.3 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade garante que todo ato do poder público seja fiscalizado pelo povo. Conforme assevera Capez: “É considerado, de um lado, dever do poder público e, de outro, garantia dos cidadãos, sendo requisito de validade do ato administrativo”⁵⁶.

Por outro lado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, entendem que a publicidade se trata de requisito de eficácia do ato e não de validade, pois “enquanto não verificada a publicação do ato, não estará ele apto a produzir efeitos perante seus destinatários externos ou terceiros”⁵⁷.

A publicação dos atos administrativos possui duas funções que se complementam, nas palavras de Marçal Justen Filho:

Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas⁵⁸.

A publicidade deve ser ampla para atingir a sua finalidade, sendo ilícita qualquer omissão ou incorreção⁵⁹.

Entretanto, o referido princípio pode deixar de ser aplicado em algumas situações, mas como exceção. Assevera Justen Filho:

A ausência de publicidade somente é admitida quando colocar em risco a satisfação de outros interesses atribuídos ao Estado. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Contudo o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário e deve ser justificado⁶⁰.

Veja-se julgado do Tribunal de Contas da União que exemplifica o caráter excepcional do sigilo, sendo a regra a transparência e a publicidade.

⁵⁶ Idem, p. 256.

⁵⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 123.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 353.

⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 61.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 501

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO QUE INDEFERE ACESSO A DOCUMENTOS RELATIVOS AO PAGAMENTO DE VERBAS PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA DE SIGILO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, caput e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, caput e § 3º, II; e 216, § 2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I. 2. As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso. 3. Ordem concedida⁶¹.

Ressalta-se ainda que a divulgação de informações consideradas sigilosas configura infração à ordem jurídica, é o que se extrai do art. 34 da Lei 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Vejamos:

Art. 34. Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Esclarece-se, por fim, que a publicidade deve ser feita por órgão oficial, no Diário da Justiça, onde houver, ou por órgão oficial que se destine à publicação dos atos estatais, sendo que se assim não for não terá o efeito almejado⁶².

2.2.4 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade tem previsão expressa no art. 37, *caput*, da CR/88, nestes termos:

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:".

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (**Tribunal Pleno**). **Administrativo**. 2.8178. Relator: Roberto Barroso, 23 de março de 2015.

⁶² CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257.

O conceito de moral é abstrato, uma vez que se adapta ao tempo e ao local de determinada comunidade. No entendimento do Emerson Garcia e Rogério Alves:

Assim, entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os deveres deste para consigo⁶³.

Há discussão entre os juristas se existe distinção entre a moralidade administrativa e a moral comum. Para Garcia não há uma diferença expressiva entre as duas e acrescenta com enfoque na legalidade do ato que “constata-se que os atos ilegais sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida esta como o regramento extraído da disciplina interna da administração; no entanto, a recíproca não é verdadeira⁶⁴.

Verifica-se, portanto, que todo ato administrativo ilegal é também imoral, entretanto, a ofensa à moralidade não necessariamente contraria a lei.

Para que o ato administrativo esteja nos limites da moral deve-se verificar o contexto fático do ato e a intenção do agente, sua finalidade. Acrescenta Emerson Garcia:

O ato formalmente adequado a lei, mas que vise, em sua gênese, prejudicar ou beneficiar a outrem, será moralmente ilegítimo, isto em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

A moralidade é requisito de validade do ato administrativo, e de legitimidade da atuação do agente público, dessa forma, conforme estipula os art. 5, LXXIII, 129, III, da CR/88 e o art. 25, III, 'b', da Lei 8.625/93, sua inobservância pode acarretar a anulação do ato por meio de Ação Popular ou de Ação Civil Pública⁶⁵.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

⁶³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 80.

⁶⁴ GARCIA, Emerson. **A Improbidade Administrativa e a Sua Sistematização**, in Ministério Público do Estado do Espírito Santo (orgs.), *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAf, 2004, p. 56/57.

⁶⁵ GARCIA, Emerson. **A Improbidade Administrativa e a Sua Sistematização**, in Ministério Público do Estado do Espírito Santo (orgs.), *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAf, 2004, p. 57.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO POPULAR**. PRÉ-QUALIFICAÇÃO DE CONCORRÊNCIA PARA CONCESSÃO QUE OBJETIVA A EXPLORAÇÃO DA PONTE PRESIDENTE COSTA E SILVA (PONTE RIO-NITERÓI). AUSÊNCIA DE LESIVIDADE ECONÔMICA. **DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**. ATOS RELATIVOS À CONCORRÊNCIA ADMINISTRATIVA PROCESSADA EM CONDIÇÕES QUE IMPLIQUEM NA LIMITAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NORMAIS DE COMPETIÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. 1. **A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"**. Tal dispositivo deixa claro que a ação popular também é cabível com vistas a anular atos lesivos à moralidade administrativa. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 170.768/SP, pacificou ser ausente a contrariedade ao art. 5º, LXXIII, da Lei Maior por entender que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos. 3. No presente caso, o ato impugnado consiste na pré-qualificação da concorrência para concessão da exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) realizada em 1993, ao passo que o art. 4º, III, c, a Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição. 4. O art. 4º, III, c, a Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição. Assim, mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração. 5. Nesse contexto, não há que se cogitar em lesão somente quando da celebração do contrato de concessão e, pois, em ausência de interesse processual. 6. Recurso especial não provido⁶⁶.

De outra análise tem-se que a moralidade se relaciona diretamente com a boa-fé, conforme doutrina de Augustín Cordillo:

(...) se o órgão que desempenha o exercício de uma potestade pública utiliza-a com má-fé, usando subterfúgios ou artimanhas – por ação ou omissão, inclusive o silêncio – para levar a engano ou a erro um administrado; tal tipo de conduta é por certo, incompatível com o que deve ser o exercício da função administrativa e é também ilegítima, ainda que a faculdade que no caso se exerça seja discricionária⁶⁷.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Administrativo. REsp849297/DF**. Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2016.

⁶⁷ GORDILHO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 186.

Para complementar Thiago Marrara observa que:

A moralidade como probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas. Impõe que o agente público exerça a função pública no desejo de apenas concretizar os interesses públicos primários. O Estado não deve ser utilizado como mecanismo para a realização de interesses meramente particulares do agente público, político ou não⁶⁸.

Portanto, ao praticar ato administrativo, deve o agente respeitar o sistema normativo jurídico e ter a sua finalidade voltada a satisfazer o interesse público, ainda que isto seja contrário à sua posição pessoal⁶⁹.

2.2.5 Princípio da Proporcionalidade

Observar o princípio da proporcionalidade significa empregar o ato administrativo discricionário visando atingir o equilíbrio na busca de fins igualmente relevantes. Dessa forma, faz-se necessário analisar o caso concreto, não sendo possível solucionar a questão apenas pelo exame do texto legal.

O interprete tem o dever de aferir os efeitos concretos e consequências na escolha de determinada alternativa. "Deverá selecionar aquela que se configurar como mais satisfatória, não do ponto de vista lógico, mas tendo em vista da situação real existente"⁷⁰.

Conforme leciona Hely Lopes Meireles objetiva-se com esse princípio evitar o excesso:

Sem dúvida pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, e modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais⁷¹.

⁶⁸ MARRARA, Thiago. **Moralidade como probidade**, in *Princípios de Direito Administrativo* (orgs.), O Conteúdo do Princípio da Moralidade: Probidade, razoabilidade e cooperação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 167.

⁶⁹ GARCIA, Emerson. **A Improbidade Administrativa e a Sua Sistematização**, in Ministério Público do Estado do Espírito Santo (orgs.), *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAf, 2004, p. 57.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165

⁷¹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros: São Paulo, 2015, p. 9.

A Lei nº 8.429/1992 prevê três espécies de sanções ao agente público no caso da prática de atos que configuram improbidade. Assim, deve-se analisar o caso concreto, a fim de aplicar a sanção proporcional à ação praticada. A título de exemplo Emerson Garcia leciona:

Uma interpretação literal do texto legal conduziria à conclusão de que um agente público que anotasse um recado de ordem pessoal em uma folha de papel da repartição pública incorreria nas sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992, já que causara prejuízo ao erário (...).
Tais exemplos demonstram, prima facie, a flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei nº 8.429/1992⁷².

A propósito, veja-se julgado do Superior Tribuna de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR INSTAURADO NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. REMESSA DA INVESTIGAÇÃO AO MINISTÉRIO DA FAZENDA PARA JULGAMENTO DA SERVIDORA VINCULADA A ESTA PASTA. CONVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

4. O ato administrativo que impõe sanção a servidor público encontra-se vinculado aos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade. Dessa forma, o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais do procedimento, inclusive por força no disposto na Lei n. 9.784/99. Ao lado disto, a infração funcional que possa levar à aplicação da penalidade máxima deve estar respaldada em prova convincente, sobpena de comprometimento da razoabilidade.

5. Imposta a cassação de aposentadoria, pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10 e 11 da Lei n.8.429/92, sem, contudo, haver prova de ter a servidora agido, ao menos, com culpa grave, resta configurada a desproporcionalidade da pena.

6. Mandado de segurança a que se concede a ordem⁷³.

Verifica-se que o Julgador entendeu pela desproporcionalidade da sanção aplicada à servidora, uma vez que a cassação da aposentadoria é uma sanção aplicada em casos graves, devendo ser embasada em prova suficientemente

⁷² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 119.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Administrativo. **MS 2008/0245385-5 - DF**. Relator: Leopoldo de Arruda Raposo, 10.06.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 fev. 2016.

convincente e, no caso, não houve prova satisfatória de que a servidora agiu com culpa grave.

Assim sendo o princípio da proporcionalidade veda a utilização desproporcional da competência outorgada ao agente público pois “uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve ainda, o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação”⁷⁴.

⁷⁴ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172.

3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NAS LEIS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O presente capítulo aborda as espécies de sanções previstas nas leis de licitação, conceitua cada uma delas, esclarece suas aplicações e suas características.

3.1 LEI 8.666 DE 1993

A Lei 8.666 de 1993 contempla normas gerais de licitação, esta prevê, nos termos dos artigos 86 e 87, quatro espécies de sanções administrativas em decorrência da inexecução parcial ou total do contrato:

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.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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;

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.

Passa-se a analisar desta maneira cada uma de suas espécies, apontando suas características e modos de aplicação.

3.1.1 Advertência

A advertência é considerada uma espécie de sanção administrativa mais branda, tendo efeito de natureza moral. O autor Marçal Justen Filho afirma que sua imposição pressupõe-se para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta⁷⁵.

Assim, conforme leciona Lucas Rocha Furtado “para as pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência”⁷⁶.

Esta sanção possui a prioridade de prevenir que a falta venha a inviabilizar a execução do contrato, obrigando a Administração a rescindi-lo⁷⁷.

Conforme julgado do Tribunal de Contas da União, verificou-se a possibilidade de reconsideração da aplicação da sanção de advertência:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO 51/2009 - FIRMADO ENTRE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A EMPRESA STAR SEGUR ENGENHARIA LTDA. PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE APOIO ADMINISTRATIVO E ATIVIDADES AUXILIARES (SUPERVISOR, RECEPCIONISTAS, MENSAGEIROS E ASCENSORISTAS). PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES. Relatório :(...) Tratam os autos de processo de aplicação de sanções à empresa Star Segur Engenharia Ltda., em razão do descumprimento de cláusulas do contrato 51/2009, firmado com este Tribunal de Contas para prestação de serviços na área de apoio administrativo e atividades auxiliares. 2. A Disop, Unidade responsável pela fiscalização do Contrato, constatou as seguintes irregularidades na execução do referido contrato: atraso de aproximadamente 3 (três) meses na entrega dos uniformes e o não pagamento das contribuições previdenciárias, referente ao mês de maio, conforme verificado nos extratos individuais da Previdência Social, em poder desta Unidade, dos empregados da Star Segur que prestam serviço nesta Corte. 3. **Em 27/10/2010, a empresa protocolou recurso administrativo contra decisão da Segedam de aplicar penalidade de**

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1019.

⁷⁶ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 460.

⁷⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 789.

advertência, pelo descumprimento da cláusula oitava—(...) 9. Entretanto, apesar do pedido da empresa não ter apresentado justificativas adequadas para a reconsideração da decisão desta Administração de aplicar penalidade de advertência pela ausência de recolhimento previdenciário nos extratos dos terceirizados prestadores de serviço no TCU, informo que a empresa apresentou para saneamento de impropriedades apontadas pelo TC 000.776-2011-4 (ausência de recolhimentos referentes aos meses de dezembro/2009 e novembro/2011) ofício encaminhado à Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora/MG, peça 19, em que solicita a este Órgão a adoção de medidas necessárias a fim de regularizar a individualização dos recolhimentos realizados em nome dos trabalhadores prestadores de serviço no TCU. 10. É claro que este procedimento não sana as impropriedades detectadas pela Unidade Fiscalizadora do Contrato, mas comprova a boa-fé da empresa, bem como dá conhecimento dos fatos ao Órgão legitimamente responsável pelo instituto da Previdência Social. 11. Diante do exposto, é perfeitamente crível que caso a empresa tenha cometido alguma irregularidade nesta área, esta será averiguada pela própria Receita Federal que exigirá seu imediato saneamento e aplicará as sanções cabíveis (multa pelo atraso no recolhimento ou emissão de certidão positiva). **12. Acrescento ainda como elemento favorável ao pedido de reconsideração da empresa que esta teve quase que 100% dos termos de rescisões contratuais, referentes aos empregados prestadores de serviço no Tribunal, homologados, sem ressalva, pelo Sindicato da respectiva categoria, objeto do Contrato 51/2009. 13. Portanto, em razão das novas circunstâncias, submeto o assunto à consideração superior e proponho que seja deferido o pedido da empresa Star Segur de reconsiderar a decisão de aplicação de advertência pela ausência de recolhimento previdenciário e mantida a decisão de aplicação da penalidade de multa (R\$ 600,00), bem como o ressarcimento da diferença entre o valor pago pelo Tribunal e o efetivamente pago pela empresa, relativa à não entrega do 2º conjunto de uniformes (R\$ 32.539,99), ambos já glosados na fatura nº 1750, de 22/02/2011. (...)**⁷⁸.

Há a necessidade de discriminação legal de seus pressupostos; no caso destes inexisterem será inválida a aplicação da sanção de advertência ao particular, quando muito terá cunho de mera comunicação de insatisfação da Administração.⁷⁹

Ainda com relação aos efeitos que a referida sanção pode ter, Marçal Justen Filho esclarece:

O primeiro reside na submissão do particular a uma fiscalização mais atenta. Não se trata de alterar as exigências impostas, que continuaram as mesmas. Haverá, porém, um acompanhamento mais minucioso da atividade do particular, tendo em vista haver anteriormente descumprido seus deveres. O segundo consiste na cientificação de que, em caso de

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Aplicação de Sanções 025.747/2010-0**. Relator: Raimundo Carreiro, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1019.

reincidência (específica ou genérica), o particular sofrerá uma punição mais severa⁸⁰.

Entretanto, Jessé Torres Pereira Junior afirma que ao contrário do que no regime disciplinar de servidores, a advertência verbal no caso do contratado, que em geral é pessoa jurídica, não repercutiria o efeito almejado, assim, a penalização neste caso deverá ser averbada no registro cadastral⁸¹.

Por fim, insta registrar que a notificação no decorrer do contrato com o intuito de advertir ou repreender o contratado sem o devido processo administrativo sancionador não pode ser considerado como advertência sanção, e esta demanda processo administrativo sancionador devidamente formalizado.

3.1.2 Multa

Régis Fernandes de Oliveira conceitua a multa como a “sanção de tipo pecuniário que atinge o patrimônio do transgressor de uma norma administrativa, a título de dano presumido da infração, ou de cunho meramente punitivo”⁸².

A matéria a que se refere esta sanção está disciplinada nos artigos 86 e 87 da Lei 8.666/93. Tem-se a do artigo 86 como aquela aplicável tão somente na hipótese de atraso injustificado, o qual apenas retarda a execução do contrato sem, contudo, impedi-lo. Assim, como a multa prevista no artigo 87, pode ser imposta cumulativamente com outras espécies de sanção, conforme autoriza o parágrafo 2º do referido artigo, aplica-se nos casos que a obrigação não foi cumprida, nem poderá vir a ser, tornando o descumprimento desta maneira definitivo⁸³.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1019.

⁸¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários a Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 789.

⁸² OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

⁸³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 783.

De acordo com *caput* do artigo 86, a multa deve estar prevista no instrumento convocatório da licitação ou no contrato. Assim, conforme assevera Marçal Justen Filho, a falta de tal previsão impede a aplicação desta espécie sancionadora⁸⁴.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL. (...) **4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal) (...)**⁸⁵.

O artigo 56 da Lei 8.666/93 autoriza a Administração, em relação às contratações de obras, serviços e de compras, a exigir a prestação de garantia de caução em dinheiro, em tal caso, o valor da multa será abatido da referida garantia exigida no contrato. Com este entendimento leciona Lucas Rocha Furtado:

Tendo sido exigida a prestação de garantias do contrato, nos termos do artigo 56, e havendo débito do contratado para com a Administração contratante ou de multas aplicadas ao contratado, pode a Administração apropriar-se diretamente da garantia prestada, independentemente da propositura de qualquer ação judicial⁸⁶.

Se caso o valor da multa for superior ao da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado por sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, cobrada judicialmente⁸⁷.

Jessé Torres Pereira Junior discorda deste entendimento, o autor afirma que a lei não autoriza a retenção de pagamentos devidos enquanto o contratado não

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 1019.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 709378**. Relator: Teori Albino Zavascki, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22/02/2016.

⁸⁶ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 463.

⁸⁷ CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 400.

pagar a multa, assim caso o valor da multa seja superior ao valor prestado em garantia, a Administração não poderá descontar dos pagamentos eventualmente devidos, e terá que propor ação judicial para promover a cobrança, caso o contratado não a faça amigavelmente⁸⁸.

O Superior Tribunal de Justiça também se posiciona neste sentido por entender que não poderia a Administração Pública aplicar esta sanção, pois estaria violando o princípio constitucional da legalidade. Destarte, o inadimplemento do contrato não poderá ensejar a suspensão do pagamento das futuras e ainda exigência do contratado a prestação dos serviços.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A TÍTULO DE SANÇÃO. INVIABILIDADE. 1. O Tribunal de origem adotou, de forma correta, inclusive com base na jurisprudência desta Corte, a teoria da encampação, no que tange à alegação de nulidade processual. 2. Entendeu o seguinte: se o Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como autoridade superior hierárquica à autoridade coatora apontada pela parte recorrida, gerindo inclusive os recursos do FUNDEF (fl. 88), assume papel do diretor deste, inclusive na hipótese de oferecer defesa ao ato impugnado (fls. 99/103), torna-se autoridade impetrada, uma vez encampar tal ato impugnado (fl. 220). 3. Para verificar se se trata de Secretário de Governo do Distrito Federal, que teria foro privilegiado por prerrogativa de função, como requer o ora agravante, e não o Sub-Secretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como afirma o acórdão recorrido, a autoridade que assumiu a defesa do ato, seria necessário reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, procedimento defeso em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ. 4. A instância de origem não solucionou a lide sob a óptica dos dispositivos legais tidos por contrariados – os arts. 29 e 55, III, da Lei 8666/93 –, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria à instância especial, conforme preconiza a Súmula 211/STJ. **5. Se não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não cabe aplicar tal sanção, sob pena de violar o Princípio Constitucional da Legalidade. 6. Agravo regimental não provido⁸⁹.**

Por fim, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, por mais grave que tenha sido a infração praticada, as multas não podem ter caráter

⁸⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 785.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 1048984**. Relator: Castro Meira, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 fev. 2016.

confiscatório, isto é, seu valor ser tão elevado que acabe por compor um verdadeiro confisco⁹⁰.

3.1.3 Suspensão Temporária de Participação em Licitação

Aplicada a suspensão temporária ao particular, este ficará proibido de participar de licitações e contratações futuras pelo prazo de até dois anos. Esta é considerada sanção de alta gravidade, e, portanto, implica a prática de infração proporcionalmente séria.

Neste sentido afirma Jessé Torres Pereira Junior:

(...) a suspensão temporária é a penalidade que a Administração pode graduar em até dois anos, segundo a gravidade de infração capaz de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízos ao interesse do serviço; é penalidade severa que deve corresponder à conduta do contratado que, por culpa, inviabiliza a execução do contrato e, no mais das vezes, constringe a Administração a rescindi-lo (...)⁹¹.

Segundo Marçal Justen Filho a aplicação da referida sanção depende de discriminação expressa dos pressupostos de sua aplicação, por meio de lei ou ato convocatório. Sendo assim, “não se admite escolha discricionária por parte da Administração Pública quanto a tais pressupostos”⁹².

Com relação à competência para a imposição desta medida sancionadora, Marçal assevera que “é uma providência abrangida nas atribuições de gestão do órgão contratante, cabendo a sua aplicação à autoridade indicada nos atos de organização administrativa”⁹³.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 828/829.

⁹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 789.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 582.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1020.

Ainda nas palavras de Lucas Rocha Furtado “a suspensão temporária pode ser aplicada, conforme disponha os normativos internos do órgão ou entidade contratante, por qualquer gestor”⁹⁴.

Em decorrência disso, a suspensão ao direito de licitar produz efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplica⁹⁵. Assim sendo, conforme assevera Furtado, apenas impede a contratação da empresa ou profissional infrator perante a unidade que aplicou a pena⁹⁶.

Essa interpretação provém da legislação, pois o inciso III, o qual se refere à referida sanção, utiliza-se do vocábulo “administração”. Vale lembrar que o artigo 6º, inciso XII, da Lei 8.666/93 destaca a “administração” como o órgão pelo qual a Administração Pública opera e atua concretamente, ou seja, apenas a entidade que participa da contratação⁹⁷.

O Tribunal de Contas da União também acompanha o entendimento neste sentido ao afirmar que se deve interpretar o comando normativo de maneira restritiva:

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES PRATICADAS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO Nº 3.027/2009, CELEBRADO COM A EMPRESA DF EXTINTORES, CURSOS, SISTEMA CONTRA INCÊNDIO, INFORMÁTICA E SERVIÇOS LTDA. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CONSIDERAR URGENTE O PROCESSO. CIÊNCIA À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, AO SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, TRABALHO TEMPORÁRIO E SERVIÇOS TERCEIRIZÁVEIS DO DISTRITO FEDERAL E À EMPRESA DF EXTINTORES, CURSOS, SISTEMA CONTRA INCÊNDIO, INFORMÁTICA E SERVIÇOS LTDA. ENCERRAMENTO 13. No que tange à abrangência do art. 87 da Lei 8.666/93, há uma distinção inicial. O inciso III trata da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com Administração e o inciso IV cuida da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com Administração Pública. (...) 14. Como se vê, enquanto a suspensão impede a contratação com a Administração, a declaração de inidoneidade impede a contratação com a Administração Pública. 15. Além disso, se no § 3º do referido dispositivo o legislador destacou procedimento especial e rito diferenciado para a declaração de inidoneidade, manifestamente mais rigoroso e com maior amplitude de defesa, fica claro que o fez por se tratar de sanção evidentemente mais gravosa. 16. No conceito hermenêutico da inexistência de letra morta na lei, a mera interpretação literal seria suficiente. Em análise holística da legislação, a única interpretação sustentável é a de que a

⁹⁴ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 460.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, 2012, p. 1020.

⁹⁶ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 460.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, 2013, p. 582.

diferença entre as penalidades vai além da duração de cada uma, abrangendo também a esfera administrativa de poder: a Administração ou a Administração Pública. 17. Tendo em vista o princípio da legalidade, estabelecido no art. 37, caput, da Constituição Federal, e considerando que a própria Lei 8.666/93, para os seus fins específicos, expressamente fez distinção entre Administração e Administração Pública no art. 6º, peço vênia para discordar de alguns argumentos dos julgados da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em especial do que diz ser "irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração", pois carece de amparo legal. 18. A aplicação dos dispositivos da Lei 8.666/93 na forma proposta neste voto em nada contraria os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e não conflita com o argumento de que a "Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum". 19. Demonstrada a existência de distinção entre as penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade elencadas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666/93, no que tange à extensão de seus efeitos (Administração ou Administração Pública), creio ser contrária à lei a deliberação que venha a vedar a participação em procedimento licitatório de proponente suspensa em Administração diversa daquela que lhe tenha aplicado a pena de suspensão. 20. Portanto, no caso da empresa DF Extintores, Cursos, Sistema Contra Incêndio, Informática e Serviços Ltda., suspensa à época da prorrogação, em 11/9/2011, de contratar apenas com órgãos ou entidades (Administração) que lhe aplicaram a sanção, não pode a suspensão ser estendida a toda a Administração Pública, ante a ausência de base legal⁹⁸.

Entretanto a jurisprudência não se consolida neste sentido, conforme julgado abaixo o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a suspensão temporária não produz efeitos somente no âmbito do órgão que aplicou a sanção:

A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n. 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 contrata-se durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária⁹⁹.

Tal dissonância se apresenta uma vez que a suspensão de participar de licitações e contratos, restrita ao âmbito da entidade administrativa que aplicou a sanção, não produziria a efeito almejado pelo sancionamento, pois o particular poderia participar de licitações e contratos de outros órgãos e entidades da Administração Pública.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Representação 033.867/2011-9**. Relator: Valmir Campelo, 10 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris>. Acesso em 24 fev. 2016.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 174274**. Relator: Castro Meira, 22 nov. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 fev. 2016.

3.1.4 Declaração de Inidoneidade

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior “a declaração de inidoneidade é a mais rigorosa das sanções, posto que afasta o apenado das licitações públicas por prazo indeterminado (...)”¹⁰⁰.

Apesar de não possuir prazo determinado, passados dois anos da aplicação desta sanção, o licitante ou contratado apenado poderá solicitar a sua reabilitação¹⁰¹.

Conforme leciona Marçal Justen Filho, a reabilitação do sujeito declarado idôneo será concedida mediante a compensação pelo interessado dos prejuízos advindos da sua conduta. Ou seja, o particular poderá solicitar a sua reabilitação demonstrando ter tomado as providências cabíveis para reparar os efeitos da sua conduta infratora, e para prevenir acontecimentos similares em hipóteses futuras¹⁰².

A declaração de inidoneidade possui âmbito mais amplo que a suspensão ao direito de licitar e contratar, esta tem efeito, enquanto não reabilitado, em toda a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta¹⁰³.

Este também é o entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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

¹⁰⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 790.

¹⁰¹ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 460.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 584.

¹⁰³ ROCHA FURTADO, op.cit., p. 460.

inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência 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. (...) 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 punição¹⁰⁴.

Por essa razão a aplicação desta sanção “compete a autoridades específicas, indicadas por lei e que, usualmente, são aquelas investidas na hierarquia superior do órgão ou entidade”¹⁰⁵. Em contrapartida Lucas Rocha Furtado afirma que a declaração de inidoneidade tão somente poderá ser imposta por Ministros de Estado ou qualquer autoridade hierarquicamente equivalente¹⁰⁶.

Pelo exposto acima, conclui-se que a declaração de inidoneidade seria uma sanção de aspecto retributivo e aflitivo, orientada a sancionar aquele que tivesse praticado uma conduta por si reprovável, não seria assim, um instrumento destinado a levar o sujeito a promover o adimplemento do contrato, ainda que, conforme explanado, a eliminação dos efeitos nocivos de seu inadimplemento seja requisito para sua reabilitação¹⁰⁷.

3.2 LEI 10.520 DE 2002

A Lei 10.520 de 2002 trata da modalidade de licitação denominada pregão. Este tipo de licitação tem aplicação para a contratação de bens e serviços comuns, além disso, caracteriza-se por inverter as fases do processo licitatório estabelecido

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 520553**. Relator: Herman Benjamin, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28/02/2016.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1020.

¹⁰⁶ ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 460.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 1021.

pela Lei 8.666/93, ocorrendo primeiro a abertura das propostas dos licitantes e, por seguinte, é procedido o julgamento da habilitação dos mesmos.

As espécies de sanções administrativas desta modalidade estão elencadas no seu artigo 7º, o qual afirma:

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.

Assim, passa-se a discorrer a respeito das modalidades de sanções por este artigo apresentadas, estabelecendo suas diferenças em relação as espécies do artigo 87 da Lei 8.666.

3.2.1 Multa

Esta modalidade de licitação prevê a possibilidade de aplicação da multa, entretanto, não se observa grande diferença entre a sanção prevista na Lei 10.520 de 2002 em face da estipulada na Lei. 8.666/93.

Conforme já comentado, há a necessidade de previsão em edital para a aplicação desta sanção, apresentando como consequência se assim não constar a inaplicabilidade da mesma.

A redação do artigo 7º da Lei 10.520/02 traz essa condição explicitamente ao afirmar: "(...) sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais".

Neste sentido leciona Marçal Justen Filho:

Seguindo a orientação tradicional, prevê-se a possibilidade de a conduta do sujeito acarretar a aplicação de multa, mas desde que tal esteja previsto no

edital e no contrato. A questão, sob esse enfoque, não apresenta originalidade maior em face da sistemática punitiva consagrada na Lei 8.666/93¹⁰⁸.

Entretanto, Joel de Menezes Niebuhr faz uma ressalva com relação à sua previsão, e afirma que com relação à multa referente na Lei 8.666/93, esta deve estar prevista no edital ou no contrato, não necessariamente em ambos. Já a qual se trata neste tópico, prevista na Lei 10.520/02, deve estar estipulada no edital e no contrato, “logo a previsão isolada, em um ou em outro, não é suficiente”¹⁰⁹.

Por analogia ao aplicável na Lei 8.666/93, nas contratações que é exigida a prestação de garantia de caução em dinheiro, o valor da multa será abatido da referida garantia exigida no contrato.

Por fim, adverte Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que a aplicação de tal espécie de sanção administrativa deve se orientar por critérios de adequação à infração praticada, assim imprescindível a observação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade¹¹⁰.

3.2.2 Impedimento de Licitar e Contratar

Aquele que cometer quaisquer das infrações estabelecidas no artigo 7º da Lei 10.520/02, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos.

Tal preceito é geral e não pode ser alterado por legislação local, por determinação do princípio da legalidade, é a lei que deve fazê-lo; e tratando-se de licitação, é a lei geral que deve tratar do seu regime, conforme leciona Vera Scarpinella¹¹¹.

Neste mesmo sentido observa-se o entendimento de Benedicto de Tolosa Filho:

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico** 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

¹⁰⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico** 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 138.

¹¹⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 556.

¹¹¹ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

Em decorrência desse entendimento, a Administração Pública, por meio de seus agentes, somente pode restringir o direito de licitar ou de contratar aos casos especificados na Constituição ou na lei, não cabendo ao instrumento convocatório inserir cláusulas *praeter legem* e, muito menos, ao aplicador da lei (Comissão de Julgamento de Licitações ou Pregoeiro) dar interpretação que amplie ou restrinja as restrições¹¹².

Com relação ao âmbito de abrangência desta sanção Vera Scarpinella assevera que “o licitante que cometer quaisquer das infrações previstas no art. 7º da lei e for sancionado por um dado Município, por exemplo, carrega consigo a sanção para quaisquer outros pregões de que pretenda participar em todas as esferas administrativas”¹¹³.

E para complementar, aduz que “não faz sentido que o impedimento de contratar com a Administração Pública seja válido para uma específica esfera Administrativa e para outra não”¹¹⁴.

Entretanto, Marçal Justen Filho vai de encontro a esse entendimento, e posiciona-se no sentido de que a suspensão ao direito de licitar e contratar restringe-se ao âmbito do ente federativo que aplicar a sanção, assim “não teria afetada sua inidoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federativo”. Acrescenta ainda que o infrator não ficará impedido de participar apenas de licitação, como também de contratar diretamente, mesmo sem licitação¹¹⁵.

Observa-se que o autor faz analogia da sanção de impedimento de licitar e de contratar com a referida sanção de inidoneidade, podendo vir a trazer dúvidas quanto à aplicação da sanção de idoneidade na modalidade pregão.

Ocorre que, conforme asseveram Luciano Elias Reis e Rodrigo Vissotto Junkes: “Como a Lei nº 10.520/02, em seu art. 7º, prescreveu de modo expreso e literal acerca de sanções administrativas, não nos parece possível que haja a aplicação de declaração de inidoneidade em um contrato advindo de pregão”¹¹⁶.

Com relação à competência para a imposição da referida sanção, ressalta-se que a Lei 10.520/02 não faz previsão expressa neste sentido, assim, com o intuito de suprir tal lacuna, é aplicável ao regime sancionatório do pregão o artigo 87,

¹¹² TOLOSA FILHO, Benedicto. **Impedimento para Licitar ou Contratar com a Administração Pública**. Curitiba: Zênite, n. 683, p.161, jul. 2013.

¹¹³ SCARPINELLA, op.cit., p. 164.

¹¹⁴ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico** 5.ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

¹¹⁶ REIS, Luciano Elias; JUNKES, Rodrigo Vissotto. **Sanções Administrativas em Licitações**. Curitiba: Zênite, n. 159, p. 473, mai. 2007.

parágrafo 3º da Lei 8.666/93, segundo o qual somente e com exclusividade, Ministros, Secretários de Estado ou de Município, têm competência para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade¹¹⁷.

No entanto, há exceção a esta regra, quando o artigo 46 da Lei 8.443 admite que o Tribunal de Contas da União imponha diretamente esta sanção, ao verificar a ocorrência de condutas sancionáveis¹¹⁸.

Veja-se julgado que expõe esta hipótese:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES PRATICADAS POR DUAS EMPRESAS EM LICITAÇÕES, INCLUSIVE NO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4/2008-DNPM-PE. AUDIÊNCIA. ACEITAÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DO PREGOEIRO. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. REJEIÇÃO DA DEFESA DAS EMPRESAS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. Trata-se da representação de autoria da Framer Tecnologia da Informação Ltda. - EPP sobre possíveis irregularidades praticadas pela Compulab Comércio de Produtos Magazine Ltda. e pela Informe Soluções Inteligentes Ltda. no Convite nº 001/HARF/2010, realizado pelo Hospital de Aeronáutica do Recife, e em várias licitações. 2. Apesar de ter sido autuado com a indicação do Hospital de Aeronáutica de Recife como unidade jurisdicionada, o processo foi vinculado ao Departamento Nacional de Produção Mineral - Superintendência Pernambuco (DNPM-PE), uma vez que a representante também apontou supostas irregularidades na conduta de gestores públicos na execução do Pregão Eletrônico nº 4/2008-DNPM-PE, que teve como objeto a aquisição de aparelhos de ar condicionado. (...) **9.4. declarar a Compulab Comércio de Produtos Magazine Ltda. e a Informe Soluções Inteligentes Ltda. inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal por 5 (cinco) anos (...)**¹¹⁹.

Ainda, vale acrescentar que a sanção de impedimento de licitar e contratar, por ser uma sanção de gravidade elevada, deve ser aplicada com a devida cautela para que não ultrapasse a medida necessária do sancionamento. Vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se considerou inadequada à sanção aplicada ao caso concreto:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PENALIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A

¹¹⁷ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico** 5.ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Representação 024.965/2010-3**. Relator: José Múcio Monteiro, 01/03/2016. Disponível em: <http://www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2016.

HABILITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. I - Conforme expressa disposição editalícia, o não envio da documentação no prazo exigido de 24 horas, não gera como penalidade a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, mas apenas a desclassificação do interessado da referida modalidade de licitação. II - Não houve recusa por parte da Recorrente em fornecer as informações suficientes, tampouco foram estas inadequadamente fornecidas, pelo que resta injustificável a aplicação da penalidade de suspensão temporária. III - A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação sujeitará o licitante às sanções previstas na legislação pertinente e, *in casu*, na exclusão do certame (...)¹²⁰.

Assim, é indispensável à observação do princípio da proporcionalidade para aplicação desta sanção.

3.2.3 Descredenciamento

Dispõe o artigo 3º do Decreto Lei n. 5.450 de 31 de maio de 2005 a respeito do requisito de credenciamento do licitante na modalidade do pregão nos seguintes termos:

Art. 3º Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica. § 1º O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico. § 2º No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. § 3º A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento perante o SICAF. § 4º A perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso. § 5º O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros. § 6º O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **Mandado de Segurança 2006/0241429-9**. Relator: Francisco Falcão, 24 mai. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 mar. 2016.

responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica

Assim, o descredenciamento dos cadastros de fornecedores objetiva impedir que este participe de novos pregões até que termine os efeitos da sanção. Neste sentido Marçal Justen Filho afirma que “essa consequência é lógica e pressupõe que o sujeito esteja cadastrado. Mas é evidente que o sancionamento do artigo 7º impede também que o punido se cadastre supervenientemente, até que se exaura o prazo da sanção”¹²¹.

Conforme entendimento de Joel Menezes Niebuhr, esta espécie de sanção administrativa se aplica para os sistemas de cadastramento de cada ente federativo, por exemplo, se dá no âmbito federal no que diz respeito ao credenciamento junto ao SICAF.

Justifica este entendimento ao afirmar:

Isso resulta do princípio federativo, em que cada ente é dotado de autonomia política e administrativa. Logo, cada ente federativo goza de autonomia para tomar as suas próprias decisões administrativas, e, em princípio, não deve ser compelido a aceitar penalidade aplicada por seus pares¹²².

Por fim o artigo 7º da Lei 10.520/02 afirma que aquele que praticar qualquer infração nele estipulada, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, 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.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO CONTRATUAL DE ENTREGA DOS OBJETOS LICITADOS. CULPA EXCLUSIVA DO FORNECEDOR NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO DO CONTRATADO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico** 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

¹²² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 257/258.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ALÉM DO DESCREDENCIAMENTO DO SICAF, PELO PRAZO DE 01 ANO. PROPORCIONALIDADE. (...) (iii) as penas aplicadas não se mostram desproporcionais, mormente porque o impedimento de participar de procedimentos licitatórios, com o credenciamento no SICAF, se deu por 1 (um) ano, sendo que a legislação que rege o pregão (Lei n. 10.520/02 (art. 7º) e Decreto 5.450/05 (art. 28) e as cláusulas contratuais (décima segunda, subcláusulas primeira e quarta - fls. 244) possibilitam a incidência de tal óbice por até 05 (cinco) anos. Ademais, há que se considerar que o inadimplemento da impetrante ocasionou diversos transtornos ao Órgão Público, que teve que postergar o atendimento de suas necessidades, bem como providenciar nova contratação (...) ¹²³.

Assim, observa-se que será possível cumular a sanção de credenciamento com o impedimento de contratar e licitar.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Administrativo. **Mandado de Segurança 2010/0200757-0**. Relator: Benedito Gonçalves, 23 mai. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 02 mar. 2016.

4 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, primeiramente faz-se uma breve exposição da Lei de Improbidade Administrativa para, em seguida, abordar as sanções administrativas nela previstas, conceituar cada uma delas, esclarecer suas aplicações e suas características.

4.1 LEI 8.429 DE 1992

A Lei nº 8.429/1992 visa coibir e prevenir atos de improbidade praticados por qualquer agente público, leciona Marçal Justen Filho a respeito da improbidade:

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei¹²⁴.

O referido diploma legal dispõe os atos que importam em improbidade separando-os em três grupos, ao passo que o ato acarrete em enriquecimento ilícito, cause prejuízo ao erário e afronte os princípios da Administração Pública, conforme artigos 9º, 10º e 11º, respectivamente.

Com relação ao sujeito ativo do ato de improbidade o art. 1º, da Lei nº 8.429/1992 disciplina:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1073.

O artigo supracitado se refere a qualquer agente público, entretanto, logo em seguida, no art. 2º, a Lei conceitua o que entende por este agente. Vejamos:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Verifica-se, ainda, que o referido dispositivo se refere não só aos agentes públicos, como também a qualquer pessoa que possuir algum tipo de vínculo com qualquer entidade administrativa, por exemplo, “exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial)”¹²⁵.

Emerson Garcia exemplifica:

Nesta linha, para os fins da Lei de Improbidade, tanto será agente público o presidente de uma autarquia, como o proprietário de uma pequena empresa do ramo de laticínios que tenha recebido incentivos, fiscais ou creditícios, para desenvolver sua atividade¹²⁶.

Ressalta-se que a improbidade necessita do dolo do agente, admitindo-se a forma culposa como exceção. Como exemplo destaca-se a situação de um motorista de veículo oficial que produz um acidente culposamente, este deve ser punido pelos danos resultantes, entretanto não significa que sua conduta caracterize improbidade¹²⁷.

No magistério de Hely Lopes Meireles, o sancionamento do agente não pode decorrer de conduta culposa:

Aqui, ao nosso entender, na esfera do Direito Administrativo sancionador, a pena do agente ou do terceiro com base nas leis acima citadas, não pode decorrer de conduta culposa, na medida em que esse conjunto de leis tem por finalidade punir o administrador ímprobo, desonesto, ou seja, aquele que atentou contra a “probidade da administração” (CF/88, art. 85, V) não o que agiu com imprudência, negligência ou imperícia¹²⁸.

¹²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 249.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1074.

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 130.

A propósito, observa-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela necessidade de se verificar o elemento subjetivo do ato:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES TEMPORÁRIOS DE SAÚDE. ADMISSÃO SEM CONCURSO. LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO GENÉRICO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DE COTEJO ENTRE OS PARADIGMAS E O ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Não configura ato de improbidade administrativa, com base no art.11 da Lei 8.429/1992, a contratação de servidores sem concurso público realizada com base em lei municipal, pela ausência do elemento subjetivo (dolo genérico), sem falar que, cuidando-se de agentes temporários de saúde, a exigência do concurso público somente se impôs com a EC 51/2006, enquanto os fatos em exame datam do período de 1996 a 2000. Precedentes do STJ.

2. No julgamento do Recurso Especial 765.212/AC (DJe 19.05.2010), a Segunda Turma do STJ modificou sua orientação para concluir pela necessidade de identificar-se na conduta do agente público, pelo menos, o dolo genérico, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores (REsp1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).

3. O manejo do recurso especial com base em dissídio jurisprudencial implica o atendimento dos comandos do art. 541 do CPC e do art. 255, § 2º, do RISTJ, que exigem a demonstração explicativa dos pontos de dissonância entre o acórdão recorrido e os paradigmas citados. A alegação do dissídio pressupõe identidade de base fática que deve ser demonstrada pelo cotejo analítico dos arestos, hipótese não ocorrente. 4. Recurso especial conhecido em parte, e, na parte conhecida, provido¹²⁹.

A respeito do sujeito passivo dos atos de improbidade, observa-se que o art. 1º e o parágrafo único da referida Lei preceituam que serão atos de improbidade aqueles praticados em detrimento: a) da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) do patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Verifica-se que só será ato de improbidade se a pratica se der em detrimento do patrimônio dos descritos sujeitos, neste sentido leciona Garcia:

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial 1405943 / SP**. Relator: Olindo Menezes. 15 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Nesses casos, ainda que a conduta se enquadre na tipologia dos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 11º (violação aos princípios administrativos) da Lei nº 8.429/1992, o agente não estará sujeito às penalidades previstas nesta lei em não tendo sido o ato praticado contra o patrimônio de tais entes; acrescendo-se que, ocorrendo o dano, a reparação será limitada “à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1º, parágrafo único, *in fine*), o que acarretará a necessidade de a pessoa jurídica lesada postular, pela via própria, o integral ressarcimento do dano¹³⁰.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando entendeu que no caso não houve dano ao erário o que não caracteriza, por consequência, ato de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DANO EFETIVO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. **NECESSIDADE DO EFETIVO DANO AO ERÁRIO.** PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao analisar a apelação, entendeu pela não ocorrência de dano ao erário, tipificado pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92, e, portanto, não houve prática de ato de improbidade administrativa apto a fazer incidir as penalidades previstas na legislação, sob a seguinte respectiva. Portanto, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. **2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige-se a presença de pressuposto objetivo, qual, seja, o efetivo dano ao erário. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido (grifo nosso)**¹³¹.

Quanto às sanções administrativas, verifica-se que a Lei de Improbidade Administrativa dispõe em seu art. 12 a possibilidade de aplicação, dependendo do caso, das sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Como expressamente previsto no referido artigo, tais sanções são independentes de outras sanções penais, civis e administrativas, visto que as condutas determinadas na Lei inevitavelmente se comunicarão com tipos penais, faltas administrativas ou ilícitos civis. Esse é o entendimento de Marcelo Figueiredo

¹³⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 222.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp724450/RN**. Relator: Humberto Martins, 15 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 09 mar. 2016.

ao afirmar que “o mesmo fato pode ensejar a responsabilidade do agente nas três esferas – penal, civil e administrativa¹³².”

Marçal Justen Filho entende que a punição à improbidade administrativa compreende sanções de natureza civis, administrativas e, também, sanções penais, e leciona que:

Há sanções de natureza civil quando se impõe ao infrator o dever de recompor os prejuízos acarretados por sua conduta. (...) Há sanções de natureza administrativa porque incidem sanções tais como a perda de cargo e da função. (...) Há sanção de natureza penal, na medida em que o elenco sancionatório compreende perda de cargos eletivos, e mesmo a suspensão de direitos políticos¹³³.

Esclarecidos estes pontos, passa-se nos próximos capítulos a analisar cada uma das sanções previstas para os atos de improbidade.

4.2 PERDA DE BENS E VALORES

Conforme estabelece o art. 12 da Lei 8.429/1992, a sanção de perda de bens e valores é aplicada para os atos que importem em enriquecimento ilícito e causem lesão ao erário, previstos no artigos 9 e 10, do mesmo diploma legal, respectivamente.

A Constituição Federal traz a possibilidade da aplicação desta sanção em seu art. 5º, XLVI, além disso, o art. 37, §4º, do mesmo diploma, assegura a indisponibilidade dos bens adquiridos ilicitamente.

Conforme leciona Aluízio Bezerra Filho:

O perdimento abrange os bens, valores e os frutos produzidos pela aplicação ou reprodução do enriquecimento daqueles originários, que foram acrescidos ou adquiridos por meio ilícito a ensejar uma evolução patrimonial sem causa ou fato a justificar o crescimento do mesmo, derivados de atos maquinados de má-fé em desfavor do interesse da administração pública que importou no acréscimo

¹³² FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429 e legislação complementar**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127-128.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1079.

patrimonial dos beneficiários envolvidos em negócios escusos em razão da função pública do agente¹³⁴.

Arnaldo Rizzardo entende pela necessidade de comprovação do desvio de bens determinados “ou valores em quantias monetárias fixadas com precisão, ao mesmo tempo em que virá demonstrado o nexó entre o exercício público indevido e a aquisição de bens”¹³⁵.

Bezerra Filho assevera que não se pode ter dúvidas que os bens adquiridos são provenientes do ato ilícito “sob pena de se incorrer em confisco de bens pela implicação na redução patrimonial legítima e estranha ao fato”¹³⁶.

Acrescenta que há casos em que o enriquecimento não advém de retirada de patrimônio da entidade pública, por exemplo, recompensas recebidas por auxílio ou favorecimento, entretanto, ainda que “não opere a retirada do bem ou valor diretamente do ente público, a autoridade judicial mandará a perda ou o retorno em favor da entidade que sofreu o ato de improbidade, e para o qual exercia o agente que enriqueceu sua atividade”¹³⁷.

Por fim, ressalta-se que parte da doutrina se posiciona no sentido que a devolução dos bens e dos valores não é considerada uma sanção, visto que se trata de restabelecer o status anterior. Nesta esteira Aluizio Bezerra Filho afirma que “não se cuida de uma sanção propriamente dita, conquanto se trate da recondução da situação patrimonial anterior à prática do ilícito; trata-se de uma devolução daquilo que excedeu ao acervo de forma indevida”¹³⁸.

4.3 RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO

Conforme orientação do art.159 do Código Civil “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a

¹³⁴ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 Anotada e Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 281.

¹³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 527.

¹³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012a. p. 282.

¹³⁷ Idem. p. 527.

¹³⁸ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 Anotada e Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 282.

outrem, fica obrigado a reparar o dano", dessa forma a sanção de Ressarcimento Integral do Dano, prevista para todas as hipóteses dos art. 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, trata-se de indenização pelos prejuízos causados.

Tal qual a sanção de devolução dos bens e valores, não é vista pela maioria da doutrina como sanção, mas sim restituição ao quadro patrimonial anteriormente existente. Waldo Fazzio Junior acrescenta que em razão de ser uma consequência imediata e necessária do ato de improbidade, o ressarcimento não pode ser excluído.¹³⁹

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. PROCURADOR DE JUSTIÇA. ART. 31 DA LEI Nº 8.625/93. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE "FUNCIONÁRIO-FANTASMA". ATO ILÍCITO. SANÇÕES. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INSUFICIÊNCIA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/97. (...) 9. "A ação de improbidade se destina fundamentalmente a aplicar as sanções de caráter punitivo acima referidas, que têm a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita. Assim, embora seja certo que as sanções previstas na Lei 8.429/92 não são necessariamente aplicáveis cumuladamente (podendo o juiz, sopesando as circunstâncias do caso e atento ao princípio da proporcionalidade, eleger a punição mais adequada), também é certo que, verificado o ato de improbidade, a sanção não pode se limitar ao ressarcimento de danos" (Ministro Teori Albino Zavascki, Voto-Vista no REsp nº 664.440/MG, DJU 06.04.06). 10. Como bem posto por Emerson Garcia "é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do status quo" (Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª ed., 2004, p. 538). 11. O Ministério Público Estadual pediu de maneira explícita o restabelecimento das demais sanções cominadas na sentença reformada pela Corte de origem, quais sejam, (i) suspensão dos direitos políticos e (ii) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais. 12. Em obséquio aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assiste razão ao Parquet. 13. Dada a gravidade da conduta de um dos litisconsortes passivos, que demonstrou absoluto desprezo pelos princípios que regem a Administração Pública ao abrigar como "funcionário-fantasma" – figura repugnante que acomete de maneira sistemática os órgãos públicos – o filho de um de seus aliados políticos, tem-se como indispensável a restauração das medidas previstas na sentença, inclusive no que respeita à suspensão dos direitos políticos por 5(cinco) anos. 14. Outrossim, a malícia demonstrada por outro litisconsorte ao passar 18 (dezoito) meses recebendo vencimentos de cargo em comissão sem prestar serviços à Municipalidade autoriza, a toda evidência, a volta da sanção prevista na sentença: proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais por 10(dez) anos (...)¹⁴⁰.

¹³⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 503.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial REsp1019555 / SP**. Relator: Humberto Martins, 15/09/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça se posiciona neste sentido, no caso concreto entendeu que, dada a gravidade da conduta do agente público de colocar o filho de um aliado político seu como “funcionário-fantasma”, acredita que a aplicação da sanção de ressarcimento deveria ser realizada cumulativamente com outra sanção.

Segundo Waldo Fazzio Júnior¹⁴¹, o ressarcimento integral, não admite gradação, devendo ser pleno, total, completo, feito com juros e correção monetária, sob pena de não ser integral. Acrescenta-se ainda que, conforme orientação das Súmulas 54 e 43 do STJ, os juros devem incidir a partir da data do efetivo prejuízo.

Para que haja a efetivação do ressarcimento é possível a indisponibilidade de bens de origem diferente aos do ato ilícito, dessa forma, “assegura-se o ente público de uma dívida proveniente do agente causador”¹⁴².

O Supremo Tribunal de Justiça se posiciona em sentido contrário a este entendimento aduzindo que o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8429/92, diz claramente que a indisponibilidade de bens só pode atingir os bens adquiridos pelo ato ilícito, não podendo sofrer constrição judicial os adquiridos licitamente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO - SEQUESTRO DE BEM ADQUIRIDO ANTES DO ATO ILÍCITO - IMPOSSIBILIDADE. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil públicavizando ao ressarcimento de dano ao erário. A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. Recurso parcialmente provido¹⁴³.

A decisão supra vai de encontro ao princípio de que o devedor deve responder com seu patrimônio pelos atos causados. “De acordo com esse princípio, tanto os bens existentes por ocasião da causação do dano que originou o dever de reparar, como aqueles posteriormente adquiridos, ressalvadas as exceções legais, poderão ser penhorados para satisfazer o débito existente”¹⁴⁴.

¹⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 502-503.

¹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 528.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp196932 / SP**. Relator: GARCIA VIEIRA, 18/03/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 22 mar. 2016.

¹⁴⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 547.

Acrescenta-se que é razoável que se abata da indenização o valor patrimonial dos bens e valores que retornarem ao erário, nesse sentido posiciona-se Arnaldo Rizzardo¹⁴⁵.

Quanto à possibilidade de ressarcimento por danos morais verifica-se que há divergência na doutrina. Para Rizzardo a inclusão do dano moral não lhe parece cogitável, pois pode não ser fácil detectar o tipo de dano moral e de abalo espiritual de um ente inanimado¹⁴⁶, por outro lado Waldo Fazzio Júnior leciona que:

No art. 12, inciso II, ao enumerar as sanções para os atos que atentam contra os princípios administrativos do art. 11, a Lei nº 8.429/92 menciona o ressarcimento do dano, se houver. Com certeza não está referindo-se aos danos causados ao erário, materiais, portanto, já que esses têm previsão expressa no art. 10 e seus incisos. É assim: se houver dano patrimonial ao erário, por expressa dicção legal, a infração subsume-se ao art. 10, não ao 11. Ora, dano em decorrência dos atos do art. 11, que não o patrimonial, só pode ser o dano moral, uma vez que o dano material tem outra sede na Lei 8.429/92¹⁴⁷.

Por fim, evidencia-se que o ressarcimento integral do dano não se dá apenas para os danos causados por atos de improbidade, como também para os danos por acidentes, por ação ou omissão culposa. Além disso, o terceiro também será responsabilizado, é o que se extrai do art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa.

4.4 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

Trata-se de modalidade de sanção imposta a qualquer ato de improbidade administrativa. Por óbvio que esta espécie só se aplica a aquele que exerce função pública, não sendo possível que o particular em conluio com o agente também sofra sua incidência¹⁴⁸.

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 528.

¹⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 530.

¹⁴⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 504.

¹⁴⁸ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 Anotada e Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 284-285.

Arnaldo Rizzardo esclarece que “o significado de função pública abarca toda atividade prestada ao Poder Público, seja por ato de nomeação, mandato eletivo, contratação, ou por simples designação a cargo em comissão”¹⁴⁹.

Quanto ao mandato eletivo, questiona-se se a sua perda acarretaria em afronta à vontade popular, Emerson Garcia entende que o argumento não deve prosperar e leciona:

Com efeito, a escolha popular permite que o agente desempenhe uma função de natureza eminentemente lícita e cujas diretrizes de atuação foram traçadas pelo ordenamento jurídico. Distanciando-se da licitude e rompendo o elo de encadeamento lógico que deve existir entre o mandato outorgado e a função a ser exercida, dissolve-se a legitimidade auferida pelo agente com a eleição, o que, a exemplo do que se verifica em qualquer país democrático, permite ao Poder Judiciário a recomposição da ordem jurídica lesada¹⁵⁰.

Esta sanção só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória, no entanto, nada impede que a autoridade judicial ou administrativa competente determine o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função quando a medida se fizer necessária durante a instrução processual, é o que se extrai do art. 20 da Lei 8429/92. Rizzardo acrescenta que o agente perderá a função que estiver exercendo à época da condenação, e não a que desempenhava quando praticou o ato¹⁵¹.

A doutrina diverge se a perda se dá para todos os cargos ou apenas quanto àquele que possui relação com o ato de improbidade, na hipótese do agente improbo possuir mais de um cargo.

Garcia se posiciona no sentido de que todas as funções serão perdidas, esclarecendo que o art. 12, da já mencionada Lei, em seus incisos, fala genericamente em “perda da função pública”, e se assim não fosse permitir-se-ia a prática de tantos ilícitos quantos fossem os cargos ocupados. Aluizio Bezerra Filho vai de encontro a este entendimento ao afirmar que o agente não deverá ser penalizado com a perda do cargo que não foi utilizado no resultado alcançado pela sua conduta de improbidade.

¹⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 532.

¹⁵⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 553.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 531-532.

No mesmo sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 92 DO CP. **PERDA DE CARGO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DOS CARGOS DE PROCURADOR E DE PROFESSOR. SENTENÇA QUE DECRETA A PERDA APENAS DO CARGO DE PROCURADOR.** PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. 2. MANUTENÇÃO DO CARGO DE PROFESSOR. DECISÃO MOTIVADA. ART. 92, P. ÚNICO, DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 3. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. A decisão das instâncias ordinárias, relativa à não possibilidade de incidência simultânea das alíneas a e b do inciso I do art. 92 do Código Penal, se fundamentou no princípio constitucional da razoabilidade. Destarte, não tendo sido interposto simultaneamente recurso extraordinário para desate da controvérsia constitucional, mostra-se despicienda a análise da suposta violação à norma infraconstitucional. Incide, portanto, no caso, o enunciado n.º 126 da Súmula desta Corte: "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". 2. Registre-se, por oportuno, que os efeitos da condenação trazidos no art. 92 do Código Penal não são automáticos. Ou seja, ainda que se trate de situação abrangida pelas alíneas a e b do inciso I da referida norma, a perda do cargo ou função pública não prescinde da devida motivação, nos termos do que disciplina o parágrafo único. **Assim, tendo o Magistrado a quo considerado que o cargo de professor universitário não guarda correlação com as atribuições de Procurador da Fazenda Nacional, no exercício do qual foram praticados os crimes, o que anula "a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza", mostre-se devidamente motivada a manutenção da referida função, o que não pode ser desconstituído na via eleita, ante o óbice do verbete nº 7 da Súmula desta Corte.** 3. Recurso especial a que se nega provimento¹⁵² (Grifo nosso).

Por fim, quanto a aplicação da referida sanção ao servidor aposentado, veja-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE. POSTERIOR APOSENTADORIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. ART. 92, I, ALÍNEA "A", DO CP. ROL TAXATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. I. A perda do cargo público somente pode ser declarada nas hipóteses restritas e taxativamente previstas na lei, vedada a interpretação extensiva ou analógica em desfavor do réu, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. II. A previsão legal é dirigida para a perda de cargo, função pública ou mandato efetivo, o que não é a hipótese dos autos, considerando que o agravado, no decorrer da ação penal aposentou-se. III. Consubstanciando a aposentadoria um ato jurídico perfeito, com preenchimento de requisitos legalmente exigidos, não se pode desconstituí-la como efeito extrapenal específico da sentença condenatória, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava ativo. A cassação da

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp1285783/PB.** Relator: Marco Aurélio Bellizze, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2016.

aposentadoria tem previsão legal, mas no âmbito administrativo, não na esfera penal. IV. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁵³.

A Corte Superior se posicionou no sentido de que não há como se aplicar a sanção ao servidor já aposentado, visto que teria como consequência a cassação da sua aposentadoria, hipótese que não constitui sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

4.5 SUSPENSÃO DOS DIREITO POLÍTICOS

A sanção de Suspensão dos Direito Políticos é autorizada pela Constituição Federal em seu art. 15, inciso V, que dispõe que: *Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.*

Os direitos políticos são integrantes do direito à cidadania, dessa forma, com a suspensão desses direitos o improbo fica impedido, em síntese, I – de votar e ser votado, II - de participar na iniciativa das leis, III - de ajuizar ação popular, IV – de criar e integrar partidos políticos e V – exercer cargo público.

Trata-se de penalidade política aplicada a todos os atos de improbidade administrativa que parte de três a cinco anos para os atos que atentem contra os princípios da administração, de cinco a oito anos nos casos de lesão ao erário, podendo chegar de oito a dez anos para os atos que importem em enriquecimento ilícito.

Evidencia-se que a suspensão dos direitos políticos não se dá de forma automática ao se reconhecer a prática de atos de improbidade, este é o entendimento de Emerson Garcia:

Diversamente da condenação em processo criminal, a suspensão dos direitos políticos não é efeito imediato da sentença que reconhecer a prática do ato de

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Administrativo. **AgRg no Recurso Especial. REsp1447549/GO**. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 03/03/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 mar. 2016.

improbidade, sendo imprescindível que esta sanção seja expressamente aplicada. Silente a sentença, não haverá que se falar em suspensão dos direitos políticos¹⁵⁴.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece prazo para a sanção, dessa forma, a suspensão se dá por tempo determinado voltando a exercer plenamente seus direitos políticos após o lapso temporal estabelecido em sentença¹⁵⁵.

Quanto a execução da referida sanção Arnaldo Rizzardo leciona:

A execução se realiza com a simples comunicação ao órgão eleitoral, que providenciará em anotar na ficha de registro, e na publicação de edital para a ciência dos interessados, sem que caiba, entretantes, qualquer impugnação, porquanto emanada a ordem de uma sentença em ação civil pública, não decorrendo de encaminhamento da iniciativa particular¹⁵⁶.

Em razão de possuir gradação, deve-se analisar a reprovabilidade da conduta para sua aplicação, assim, “será direcionada pela gravidade do ato de improbidade e pela necessidade de restringir determinado direito que o ímprobo demonstrar a não ser digno de possuir”¹⁵⁷.

A propósito veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu que a sanção de suspensão dos direitos políticos seria desproporcional à conduta praticada, devendo assim, ser suprimida:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO COMO ÍMPROBO. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO. REVISÃO EXCEPCIONAL NA PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. MODULAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL. 1. O agravante, sem concurso público, admitiu uma zeladora e uma faxineira no quadro de pessoal do município, o que configura ato de improbidade administrativa (art. 11 - Lei 8.429/1992), fato incontroverso e reconhecido pelo recorrente, cujo recurso apenas tenta justificar tal atitude, por razões humanitárias, inservíveis como justificativa e/ou explicação. 2. A admissão das servidoras ao arrepio da lei expressa a vontade consciente de aderir à conduta (dolo genérico). "O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito

¹⁵⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 577.

¹⁵⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 513.

¹⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 537.

¹⁵⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 577.

quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Em resumo: trata-se do 'dolo genérico' ou simplesmente 'dolo' (desnecessidade de 'dolo específico' ou 'especial fim de agir')" (EDcl no Ag1.092.100, RS, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de31.5.2010). 3. A (eventual) reforma do julgado, na perspectiva da avaliação da proporcionalidade da sanção aplicada na origem, por demandar reexame do conjunto fático-probatório dos autos, não tem sido admitida em face do óbice da (Súmula 7/STJ), ressalvados os casos excepcionais. 4. Conquanto positivada a improbidade, a admissão das duas servidoras, em nível salarial modesto, não se reveste de lesividade intensa ao bem jurídico (princípios da administração pública), tanto mais que os serviços foram prestados, justificando-se uma modulação na sanção (art. 12 - Lei 8.429/1992) para suprimir a suspensão dos direitos políticos, mantida a multa: duas remunerações percebidas como Prefeito municipal. 5. Agravo regimental provido. Provimento parcial do recurso especial¹⁵⁸.

Por fim, ressalta-se que esta sanção se distingue das causas de inexigibilidade previstas na Constituição Federal, Garcia leciona que estas se limitam a restringir o exercício passivo da cidadania, enquanto a suspensão de direito políticos acarreta a restrição total, tanto passiva como ativa¹⁵⁹.

4.6 MULTA CÍVEL

A multa civil é uma sanção pecuniária que atinge o patrimônio do agente em qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 12 da Lei 8429/92.

Arnaldo Rizzardo entende que a aplicação da referida sanção é obrigatória em conjunto com as demais sanções, devendo ser imposta com ou sem a ocorrência de prejuízo no caso de condenação fundada na afronta aos princípios administrativos (art. 11 da lei 8429/92)¹⁶⁰.

Corroborando com este entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES (...).

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **AgRg no Recurso Especial. REsp1395625/PE**. Relator: Olindo Menezes, 22 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 577.

¹⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 538.

7. A multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ¹⁶¹.

É aplicável em critérios diferentes para cada um dos atos, nesse aspecto o art. 12 e seus incisos não dizem especificamente o valor a ser aplicado, apenas fixa o limite máximo da multa, cabendo ao Juiz aplicar qualquer valor que não o ultrapasse. Rita Tourinho esclarece quanto a gradação do valor da multa:

O valor da multa a ser fixado deverá levar em consideração a gravidade do fato, avaliada não somente pelos prejuízos patrimoniais causados, mas também pela natureza do cargo, das responsabilidades do agente, do elemento subjetivo, da forma de atuação, dos reflexos do comportamento ímprobo na sociedade e todos os demais elementos informativos colocados à disposição do julgador (...)¹⁶².

Conforme leciona Garcia, o terceiro que concorrer na prática dos atos de improbidade administrativa também está sujeito à aplicação desta sanção, tendo como base para o valor a remuneração do agente público¹⁶³.

Outra questão a ser analisada diz respeito a aplicação da multa ao agente público que praticou o ato de improbidade e, no entanto, exerce funções gratuitamente.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que deve se ter como referência o valor do salário mínimo nacional.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. **CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO.** CABIMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. 1. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte. Frise-se que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a matéria posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC). Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC. 2. No mérito, tem-se que o recorrido foi condenado, em sentença, pelo cometimento de ato ímprobo, tendo-lhe sido imputada, dentre outras coisas, a pena de multa com base na última remuneração percebida. Após

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp951389/SC**. Relator: Herman Benjamin, 09 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹⁶² TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade e Controle Princioloógico**. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p. 145.

¹⁶³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 580.

acolhimento dos embargos de declaração opostos, alterou-se o valor da multa. Já em grau de apelação, o recorrido esclareceu que permanecia equivocada a sentença, pois o cargo que ocupava é honorífico, ou seja, sem percepção de remuneração. O Tribunal de origem reformou a sentença para estabelecer como base de cálculo da pena de multa, o salário mínimo. É sobre a fixação desta base de cálculo - o salário mínimo - que o Ministério Público Federal, ora recorrente, insurge-se. 3. No entanto, não há como prosperar as razões expendidas pelo recorrente. De fato, a pena de multa prevista no art. 12, inc. III, da Lei de improbidade não se baseia no salário mínimo. Conforme pode-se depreender de simples leitura, a apuração da multa é feita com base na última remuneração percebida pelo agente ímprobo. 4. Ocorre que o recorrido já esclareceu, e isto é incontroverso nos autos, que ocupava cargo não remunerado. A pretensão do recorrente é de estabelecer como base da pena de multa o vencimento básico mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória da Anvisa. 5. Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. No Direito Penal, ramo em que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia in *malam partem* e a analogia in *bonam partem*. A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena. 6. Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada in *malam partem*, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador. 7. O acórdão, de forma coerente com os princípios regentes do direito, estabeleceu como base da pena de multa a menor remuneração do país, o que se coaduna com a função honorífica realizada pelo recorrido. Neste raciocínio, não há como prosperar a alegação do recorrente segundo a qual deve ser aplicada multa com base no vencimento mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória de autarquia, pois estar-se-ia operando analogia desabonadora. 8. Recurso especial não provido (grifo nosso)¹⁶⁴.

Por fim, entende-se que a sanção em questão tem natureza civil e sancionatória, dessa forma, ao contrário da multa no âmbito penal, esta pode ser transmitida aos herdeiros do ímprobo falecido, é o que se extrai do art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa: “art. 8º: O sucessor daquele que causar dano ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito as cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

Nesse sentido decidiu o STJ.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp1216190/RS**. Relator: Mauro Campbell Marques, 02 out. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2016.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.

(...)

8. Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11.

9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto. (...) ¹⁶⁵.

O Colendo tribunal, no caso, entendeu que não poderia haver transmissão aos herdeiros tendo em vista que o ato praticado violou apenas os princípios da administração pública. Entretanto, se posicionou no sentido de que havendo enriquecimento ilícito e/ou lesão ao erário a medida é autorizada.

4.7 PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

A penalidade administrativa de proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, também é escalonada com prazos diferenciados ante a gravidade da conduta, aplicando-se dez anos para o enriquecimento ilícito, cinco anos aos atos que causem prejuízo ao erário, e três anos para a violação dos princípios regentes da atividade administrativa.

Emerson Garcia entende que a proibição quanto ao recebimento de benefício e incentivos fiscais restringe-se àqueles benefícios e incentivos “de caráter condicionado, em que hajam uma relação direta entre o ímprobo e o Poder Público” e exemplifica com a situação do ímprobo considerado isento por estar abaixo da faixa mínima tributável pelo imposto de renda e proventos de qualquer natureza ¹⁶⁶.

Quanto ao âmbito de abrangência desta sanção Arnaldo Rizzardo leciona:

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp951389/SC**. Relator: Herman Benjamin, 09 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹⁶⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 586

A proibição abrange a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, alcançando as autarquias, as fundações públicas, e estendendo-se para empresa ou sociedade na qual o agente figura como sócio majoritário. Evita-se com isso que tais entes se valham de expedientes de aparente legalidade para ludibriar a administração pública¹⁶⁷.

É o que se extrai do art. 12 e seus incisos que fala em proibição de contratar e receber incentivos fiscais de forma direta ou indireta, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, Garcia acrescenta:

Em razão disso, não só o improbo, como também as pessoas jurídicas de que faça parte como sócio majoritário, ou mesmo as pessoas, físicas ou jurídicas, que sejam interpostas entre ele e o benefício almejado, sofrerão os efeitos da sanção¹⁶⁸.

No magistério de Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto¹⁶⁹ tal pena somente pode ser imposta à pessoa jurídica da qual o responsável seja sócio majoritário que tenha algum vínculo com os fatos. Na mesma esteira, aduz que não se faz lógico aplicar tal sanção a uma empresa da qual o apenado possua quantidade mínima de cotas sociais ou ações, ou que não teve relação com o ato de improbidade.

A propósito o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que entendeu pela legitimidade passiva de empresa apontada como beneficiária dos atos de improbidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESA APONTADA COMO BENEFICIÁRIA DOS ATOS ÍMPROBOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DO MÉRITO.

1. Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão que, em ação civil pública de improbidade administrativa, recebeu a petição inicial e determinou, em sede de tutela antecipada, a proibição de os réus contratarem com o Poder Público.

2. A decisão de recebimento da petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa está condicionada, apenas, à existência de indícios suficientes da prática da conduta ímproba para que se possa admitir a ação. De fato, a certeza sobre os fatos controvertidos somente

¹⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 540.

¹⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 587.

¹⁶⁹ GAJARDONI, F. et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 186-187.

poderá ser viabilizada por ocasião da sentença, após a consecução de ampla dilação probatória.

3. No tocante à proibição de manter contratos com o Poder Público, cumpre observar que a r. decisão agravada não extrapolou os limites estabelecidos pela lei. De fato, se há indícios da prática de atos ímprobos, como demonstrado na inicial da ação civil pública promovida pelo agravado, que apontam as agravantes como beneficiárias dos atos de improbidade administrativa, devem ser antecipados os efeitos do mérito também no que diz respeito a proibição de contratar com o Poder Público, de modo a obstar qualquer situação de perigo que venha a comprometer a eficácia e utilidade do processo e evitar eventuais prejuízos ao erário. Assim sendo, constatada a verossimilhança das alegações, bem como que a situação descrita poderia causar grave dano ao erário, reconhece-se como correta a decisão que determinou às agravantes a proibição de contratar com o Poder Público.

4. Agravo de instrumento improvido¹⁷⁰.

Ressalta-se o fato da referida sanção também ser aplicada à empresa da qual o ímprobo faça parte do quadro societário, traz a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica a fim de se evitar que o agente se utilize da sua personalidade para contornar a proibição. Sobre o tema Waldo Fazzio Junior leciona:

De qualquer forma, a interdição contratual traz à tona um caso especial de desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity), já que, para fins da referida sanção, a pessoa jurídica, que tem o agente público (no caso, o agente público) em seu quadro dirigente, está proibida de avançar com o Poder Público. Para impedir que o ímprobo valha-se da pessoa jurídica como meio oblíquo de contratar, a lei afasta expressamente o véu da personalidade jurídica¹⁷¹.

Evidencia-se que a sanção aqui estudada não possui, ainda, nenhum controle tendo em vista que não há um cadastro nacional daqueles que estão proibidos de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais. Fazzio Junior acrescenta:

Sem mecanismo capaz de interligar a Lei de Improbidade, a Lei de Licitação, e a Lei dos Contratos Administrativos, bem como os diversos segmentos da Administração Pública direta e indireta, a eficácia da decisão judicial de não contratação e não recepção de benefícios fica comprometida¹⁷².

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 3 (Segunda Turma). Administrativo. **Agravo de Instrumento. AI24848/SP**. Relator: Consuelo Yoshida, 28/08/2013. Disponível em: <http://www.trf-3.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁷¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 516.

¹⁷² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 517.

Por fim, observa-se que a sanção de Proibição de Contratar ou Receber Incentivos do Poder Público se assemelha com as sanções previstas na Lei 8666/92 e na Lei 10520/02 de Suspensão Temporária de Participação em Licitação e Impedimento de Licitar e Contratar, respectivamente.

5 COMPARATIVO ENTRE OS REGIMES SANCIONADORES

Após toda a apreciação nos tópicos anteriores, a respeito das leis de licitações e da lei de improbidade administrativa no aspecto dos seus regimes sancionadores, passa-se no presente capítulo a analisar se há comunicação entre eles, sendo esse o principal objetivo deste estudo.

A Lei 8.666 de 1993 estabelece normas gerais de licitação e contratos administrativos, podendo ser aplicada a qualquer contratação. Além disso, os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios subordinam-se a esse regime. Assim dispõe o artigo 1º da Lei 8.666/93:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei citada traz em seu artigo 87 quatro espécies de sanções administrativas, são elas assim elencadas:

I – advertência;

II – multa;

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.

Assim, aquele que provocar a inexecução parcial ou total do contrato estará por consequência sujeito as sanções estabelecidas neste artigo.

Como visto, a matéria de sanções administrativas referente à Lei 10.520/02 está disciplinada no seu artigo 7º, o qual estipula as sanções de descredenciamento do Sicaf e sistemas de cadastramento de fornecedores, impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e a aplicação de multa.

Primeiramente, observa-se que as sanções de impedimento de licitar e contratar e a multa também estão previstas na Lei 8.666/93, nos incisos II e III, do artigo 87. No que se refere à multa, não há grande inovação, há diferenciação apenas com relação a sua previsão, assim, deve estar estipulada no edital e no contrato sem sugerir alternativas como na Lei 8.666/93 na qual a multa não necessariamente precisa constar em ambos. Neste sentido leciona Marçal Justen Filho:

Seguindo a orientação tradicional, prevê-se a possibilidade de a conduta do sujeito acarretar a aplicação de multa, mas desde que tal esteja previsto no edital e no contrato. A questão, sob esse enfoque, não apresenta originalidade maior em face da sistemática punitiva consagrada na Lei 8.666/93¹⁷³.

Já em relação ao impedimento de licitar e contratar, verificou-se que a Lei 10.520/02 não faz previsão expressa da competência para a aplicação de tal sanção, assim, é aplicável o artigo 87, parágrafo 3º da Lei 8.666/93, segundo o qual somente e com exclusividade Ministros, Secretários de Estado ou de Municípios, têm competência para aplicação da sanção de declaração de identidade, contudo observada a aplicação pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 46 da Lei 8.443.

Ainda, o artigo 9º da referida lei afirma que “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Segundo o clássico dicionário Aurélio brasileiro, subsidiário é aquilo que é dado acessoriamente em apoio do principal, de modo auxiliar. Assim, pela interpretação do dispositivo supracitado, as normas da Lei 8.666 só podem ser

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico** 5.ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

aplicadas caso a lei do pregão seja omissa, de tal modo que o ente administrativo não pode optar pela aplicação de um ou outro regime sancionador.

Nesse sentido tem-se o entendimento de Adriano Biancolini:

Cristalino o fato de que a Lei nº 8.666/93 possui aplicação subsidiária ao pregão, como disposto no art. 9º da Lei nº 10.520/02. Logo, a Lei Geral de Licitações será aplicável nos casos em que a lei do pregão for omissa.

Ocorre que, tratando-se a lei do pregão de uma norma especial, naquilo que ela dispõe não é possível afastar sua aplicação para no lugar nos utilizarmos da lei geral (Lei nº 8.666/93).

Nessa seara, não existe discricionariedade ou vontade do administrador, este é submisso à lei e à sua adequada aplicação¹⁷⁴.

No que se refere a Lei de Improbidade Administrativa, nº 8429 de 1992, verificou-se que esta visa coibir e prevenir atos de improbidade praticados por qualquer agente público ou qualquer pessoa que possuir algum tipo de vínculo com entidade administrativa.

O referido diploma legal, primeiramente, dispõe em seus artigos 9º, 10 e 11 os atos que implicam em improbidade separando-os em três grupos ao passo que o ato acarrete em enriquecimento ilícito, cause prejuízo ao erário e afronte os princípios da Administração Pública, conforme artigos 9º, 10 e 11, respectivamente. Em seguida traz as espécies de sanções administrativas no art. 12, dispondo possibilidade de aplicação, dependendo do caso, das sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Verificou-se que as sanções de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e a reparação integral do dano podem ser aplicadas ao licitante ou contratado por previsão expressa dos artigos 5º e 6º da Lei 8429/92 que se referem ao terceiro que concorrer ou se beneficiar do ato de improbidade.

Quanto a sanção de Proibição de Contratar com a Administração Pública, esta também é prevista na Lei 8666/92 e na Lei do Pregão. No âmbito da improbidade não há um cadastro de pessoas físicas e jurídicas proibidas de

¹⁷⁴ BIANCOLINI, Adriano. **Inaplicabilidade das Sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 ao Pregão.** Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/inaplicabilidade-das-sancoes-do-art-87-da-lei-n%C2%BA-8-66693-ao-pregao/#.Um6c6tli09Y>. Acesso em: 28 mar. 2016.

contratar e receber incentivos, tem-se apenas o Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa que é um sistema que contém informações de ações de improbidade já julgadas; já na esfera licitatória a medida é executada através do descredenciamento do SICAF, requisito necessário para participar do procedimento do pregão, no entanto, não se verifica comunicação entre os dois sistemas.

Assim, observou-se que não há grande correlação entre as leis de licitação e a lei de improbidade administrativa a fim de se combater a corrupção.

6 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira, em suas interpelações, deve procurar alcançar o melhor interesse público, e dessa forma cabe destacar a relevância do comportamento dos indivíduos envolvidos nos processos de licitação e nos contratos administrativos.

As sanções administrativas são consideradas ferramentas que objetivam reprimir e/ou prevenir infrações, desta maneira, busca-se aferir com este estudo se há integração entre os regimes sancionadores das leis de licitação e de improbidade administrativa, a fim de se evitar e reprimir a prática de atos que caracterizem corrupção e improbidade administrativa.

É de suma importância citar que não se almeja um sistema sofisticado, e sim eficiente e confiável.

Assim, ao realizar um quadro comparativo entre os regimes sancionadores das Leis de licitação e estes comparados com o regime sancionador da Lei de Improbidade Administrativa, observa-se primeiramente, que a Lei 8.666/92 aplica-se subsidiariamente à Lei nº 10.520, exemplo desta hipótese encontra-se na aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração, pois o regime sancionador do pregão não faz previsão expressa da competência para a aplicação desta sanção. Nota-se que a sanção de multa também esta prevista na Lei do Pregão, entretanto, há diferenciação apenas com relação a sua previsão, devendo assim estar estipulada no edital e no contrato sem sugerir alternativas como na Lei 8.666/93, na qual não necessariamente precisa constar em ambos.

Em se tratando da Lei nº 8.429, destaca-se que esta normatização trouxe a possibilidade de sancionamento quando houver causa de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e violação dos princípios da administração.

A referida lei disciplina que não apenas o agente público poderá sofrer a sua aplicação, como também o terceiro quando houver prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito, dessa forma, entende-se que esta Lei neste ponto pode ser aplicada a pessoa física ou jurídica licitante ou contratada.

Verificou-se que todas as três leis estipulam a proibição de contratar com o Poder Público, diferenciando-se a Lei 8.429 apenas na cumulação desta proibição com a de recebimento de incentivos fiscais, no entanto, não há comunicação entre

seus sistemas de controle, o que provoca ineficácia da decisão judicial de não contratar.

Conclui-se então a partir do que foi analisado, que as divergências entre os regimes sancionadores intrínsecos às leis de licitações podem ser consideradas somente retórica jurídica, e que estes dois regimes não se relacionam de maneira profunda suficiente a proporcionar maior efetividade no combate a prática de corrupção e atos de improbidade administrativa no processo de contratação através de licitação.

Assim, sugere-se maior aprofundamento do estudo no intuito de implicar medidas que busquem interligar os regimes sancionadores das leis estudadas, para que se proporcione maior efetividade das decisões judiciais desta matéria.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 Anotada e Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BIANCOLINI, Adriano. **Inaplicabilidade das Sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 ao Pregão**. Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/inaplicabilidade-das-sancoes-do-art-87-da-lei-n%C2%BA-8-66693-ao-pregao/#.Um6c6tli09Y>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Violação de Princípios Admirativos 2004/0045219-2**. Relator: Ministro Franciulli Netto, 23 de agosto de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp196932 / SP**. Relator: GARCIA VIEIRA, 18/03/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 22 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 174274**. Relator: Castro Meira, 22 nov. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 914087**. Relator: Ministro José Delgado, 15 jan. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **Mandado de Segurança 2006/0241429-9**. Relator: Francisco Falcão, 24 mai. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 709378**. Relator: Teori Albino Zavascki, 21 out. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 1048984**. Relator: Castro Meira, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Colegiado). Administrativo. **Representação 002.319/2010-1**. Relator: José Jorge, 14 abr. 2010. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp951389/SC**. Relator: Herman Benjamin, 09 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp1216190/RS**. Relator: Mauro Campbell Marques, 02 out. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **Recurso Especial 520553**. Relator: Herman Benjamin, 10 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Aplicação de Sanções 025.747/2010-0**. Relator: Raimundo Carreiro, 26 mai. 2011. Disponível em: <http://www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Representação 033.867/2011-9**. Relator: Valmir Campelo, 10 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris>. Acesso em 24 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Administrativo. **Mandado de Segurança 2010/0200757-0**. Relator: Benedito Gonçalves, 23 mai. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Administrativo. **RECURSO ESPECIAL 2011/0040031-9**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 21 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3 (Segunda Turma). Administrativo. **Agravo de Instrumento. AI24848/SP**. Relator: Consuelo Yoshida, 28/08/2013. Disponível em: <http://www.trf-3.jus.br>. Acesso em: 04 abr. /2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Administrativo. **Representação 024.965/2010-3**. Relator: José Múcio Monteiro, 11 set. 2013. Disponível em: <http://www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp1285783/PB**. Relator: Marco Aurélio Bellizze, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Administrativo. **2.8178**. Relator: Roberto Barroso, 23 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Administrativo. **MS 2008/0245385-5 - DF**. Relator: Leopoldo de Arruda Raposo, 10.06.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **Recurso Especial 1405943 / SP**. Relator: Olindo Menezes. 15 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial. REsp724450/RN**. Relator: Humberto Martins, 15 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 09 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Administrativo. **Recurso Especial REsp1019555 / SP**. Relator: Humberto Martins, 15/09/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Administrativo. **AgRg no Recurso Especial. REsp1395625/PE**. Relator: Olindo Menezes, 22 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Administrativo. **AgRg no Recurso Especial. REsp1447549/GO**. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 03/03/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

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

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429 e legislação complementar**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, F. et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Emerson. **A Improbidade Administrativa e a Sua Sistematização**, in Ministério Público do Estado do Espírito Santo (orgs.), Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle. Vitória: CEAf, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GORDILHO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5.ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2009a.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 15.ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAFFINI, Rafael. **Princípios de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARRARA, Thiago. **Moralidade como probidade**, *in* Princípios de Direito Administrativo (orgs.), O Conteúdo do Princípio da Moralidade: Probidade, razoabilidade e cooperação. São Paulo: Atlas, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, **O Limite da Improbidade Administrativa: o direito dos administrados dentro da lei n 8.249/92**. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Editora Malheiros: São Paulo, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MUKAI, Toshio. **Licitação e Contratos Públicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MUKAI, Toshio. **Contratações diferenciadas para eventos esportivos: flexibilizações para quem e para quem? . Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte: a. 10, n. 117, p. 87-90, set. 2011.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4.ed. Curitiba: Editora Zênite, 2006.

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

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro, Elsevier Editora LTDA, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

REIS, Luciano Elias; JUNKES, Rodrigo Vissotto. Sanções Administrativas em Licitações. Curitiba, **Zênite**, n. 473, p. 159, mai. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012a.

ROCHA FURTADO, Lucas. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto. Impedimento para Licitar ou Contratar com a Administração Pública. Curitiba, **Zênite**, n. 683, p.161, jul. 2007.

TOLOSA FILHO, Benedicto. Alcance, Devido Processo Legal e Dosimetria – Retenção Indevida de Pagamento. Curitiba, **Zênite**, n. 1005, p.224, out. 2013.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

