

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

LEONARDO SCHEFFER CARDOSO

**DAS SANÇÕES QUE LIMITAM O DIREITO DE LICITAR
E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO**

PORTO ALEGRE

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

LEONARDO SCHEFFER CARDOSO

DAS SANÇÕES QUE LIMITAM O DIREITO DE LICITAR
E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Maria Isabel de Azevedo Souza

PORTO ALEGRE

2011

LEONARDO SCHEFFER CARDOSO

**DAS SANÇÕES QUE LIMITAM O DIREITO DE LICITAR
E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Luis Renato Ferreira da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Vivian Pantaleão Caminha
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CONCEITO: A

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2011

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria Isabel de Azevedo Souza, pela dedicação na orientação deste Trabalho de Conclusão e pelas aulas ministradas nas cadeiras de Direito Administrativo I e II, no ano de 2010, as quais serviram de estímulo na escolha do tema objeto deste Trabalho.

Aos meus pais, João e Laura, e irmãos, Gustavo e Juliana, pelo apoio e companheirismo de sempre.

À Mariana, minha esposa, por tudo.

RESUMO

No presente trabalho são estudadas as sanções que restringem o direito dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, de participar de licitações e de contratar com o Poder Público. Na primeira parte o fenômeno sancionatório é analisado sob um olhar da Teoria Geral do Direito, estabelecendo os parâmetros necessários para toda e qualquer manifestação do poder punitivo estatal e verificando a possibilidade de ser estabelecido, *a priori*, um regime jurídico aplicável a cada um dos tipos de sanção jurídica. Na segunda parte do trabalho são analisadas especificamente as sanções restritivas do direito de licitar e contratar, demonstrando a evolução histórico-dogmática desse instituto no direito brasileiro, analisando cada uma das espécies de sanções impostas por diferentes autoridades e como é feito o controle das sanções aplicadas.

Palavras-chave:

Poder punitivo. Sanção. Ilícito. Licitação. Contrato administrativo. Improbidade administrativa. Concorrência.

ABSTRACT

Throughout the present work we'll study the sanctions that restrict the individual's rights to take part on public bids or hiring with the public administration, whether they have physical or juridical personalities. In the first part the sanctionatory phenomenon is analyzed through a view from the General Law Theory settling the needed parameters to every act of the State's punishing power and verifying the foreseen possibility of appliance of a law system to each kind of legal sanctions. In the second part of the work, we'll analyze specifically the restrictive sanctions for the right to take part on public bidding or hiring, demonstrating the historical evolution of this institute in the Brazilian law, putting a view on each one of the sanctions imposed by different authorities and on how to control the applied sanctions.

Tags:

Punishing power; Sanction; Illegal act; Public bid; Administrative Contract; Administrative Impropriety; Price competition.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA GERAL DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL	10
2.1 SANÇÃO COMO CATEGORIA DA TEORIA GERAL DO DIREITO	10
2.1.1 <i>O fenômeno normativo</i>	11
2.1.2 <i>O Ilícito e a sanção</i>	19
2.2 SANÇÕES E REGIMES JURÍDICOS APLICÁVEIS	24
2.2.1 <i>Evolução histórico-dogmática</i>	25
2.2.2 <i>Análise crítica</i>	31
3 SANÇÕES QUE LIMITAM O DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR.....	39
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA	39
3.2 PANORAMA ATUAL.....	48
3.2.1 <i>Sanções impostas pelo licitante/contratante</i>	49
3.2.3 <i>Sanções impostas pelo Tribunal de Contas da União</i>	66
3.2.4 <i>Sanções impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica</i> ..	69
3.2.2 <i>Sanções impostas pela Justiça Comum</i>	71
3.2.5 <i>Sanções impostas pela Justiça Eleitoral</i>	79
3.3 DO CONTROLE DAS SANÇÕES APLICADAS.....	80
3.3.1 <i>Dos cadastros de impedimentos</i>	80
3.3.2 <i>Da prática administrativa</i>	82
4 CONCLUSÃO	84
5 REFERÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

O tema das contratações públicas é de suma importância para o direito e para a sociedade como um todo, principalmente porque o Estado necessita, cada vez mais, estabelecer avenças com terceiros para fazer frente às suas necessidades e atingir seus objetivos.

Esse fato é uma consequência natural do desenvolvimento histórico dos países que adotaram o modelo de Estado de Bem-estar Social, aumentando em muito sua intervenção no domínio econômico e social. O Estado passou a ser o grande fomentador do desenvolvimento econômico e o principal provedor de inúmeras necessidades básicas de sua população, como saúde, educação, assistência social, segurança, etc. Mesmo que nas duas últimas décadas tenha sido forte a influência neoliberal, objetivando a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, bem como a redução de sua estrutura, isso não foi suficiente para diminuir, consideravelmente, o espectro de sua atuação, principalmente porque no âmbito social ainda é muito forte sua presença, com tendência a aumentar na medida em que consiga desempenhar de forma mais eficaz sua missão.

Para cumprir esse desiderato, é comum que o Estado contrate terceiros não só para o fornecimento de bens, mas também para execução de obras e serviços. Esse expediente é cada vez mais utilizado pela Administração Pública, sendo uma das principais formas pelas quais são gastos os recursos públicos.

Os contratos com a Administração Pública envolvem grande movimentação financeira, tendo forte impacto econômico. Em virtude disso, é grande o interesse dos particulares em contratar com o Poder Público, o que leva a existirem empresas, hoje em dia, cujo foco de atuação é a prestação de serviços para o Estado.

Como o Poder Público não tem liberdade para contratar, como acontece na iniciativa privada, ele deve adotar, como regra geral, um regime próprio regulado em lei (licitação), com princípios e regras específicas, mediante o qual se estabelece uma concorrência visando à contratação da melhor proposta para a Administração.

Por envolver muitos recursos, é comum que esta atividade atraia pessoas interessadas em beneficiar-se de maneira indevida. É por isso que, com frequência, recebemos, atônitos, notícias de corrupção envolvendo esses contratos. Ficamos indignados vendo que grande parte dos recursos públicos é desviada, que algumas

peças enriquecem ilicitamente enquanto muitos dos serviços públicos funcionam precariamente, em boa parte por falta de investimento adequado.

Em função disso, o ordenamento jurídico, como uma das formas de combate à corrupção praticada no âmbito das contratações públicas, estabeleceu vários tipos de sanções para quem proceda de forma indevida, entre as quais se encontram as que limitam o direito de licitar e contratar com o Poder Público.

A análise dessas sanções é o objetivo do presente estudo. Para tanto, dividimos o trabalho em duas partes.

Na primeira parte é abordado o direito punitivo do Estado em sua forma ampla. Assim, o problema da sanção é focalizado, primeiramente, na perspectiva da Teoria Geral do Direito. Analisa-se o fenômeno normativo como um todo e são estabelecidos parâmetros para identificação das normas jurídicas, das condutas consideradas ilícitas e que sejam pressupostos da aplicação de uma sanção jurídica. Feito isso, estuda-se a possibilidade do fenômeno sancionatório adquirir diversas feições dentro de um mesmo ordenamento jurídico, isto é, analisamos a possibilidade de serem estabelecidos diferentes regimes jurídicos para cada tipo de sanção.

Na segunda parte do trabalho são analisadas especificamente as sanções impostas por diferentes órgãos do Poder Público que tenham como efeito a restrição do direito dos particulares de com ele licitar e contratar. Para tanto, realiza-se, primeiramente, uma abordagem da evolução histórico-dogmática deste instituto no direito brasileiro, passando, ato contínuo, para o estudo de cada um dos tipos de sanção que implicam esse tipo de restrição. Os tipos de sanção foram separados de acordo com a função exercida pela autoridade competente no momento da aplicação da sanção. Desta forma são abordadas as sanções impostas pelo órgão licitante e contratante, pelo Tribunal de Contas, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pelo Poder Judiciário. Por fim, analisamos como são realizados os controles das sanções aplicadas aos particulares.

2 TEORIA GERAL DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

O poder sancionatório que o Estado possui é um só, independente da forma utilizada para tanto. Quer se fale na imposição de uma multa, de uma interdição de direito ou da execução de uma pena capital, o fundamento utilizado pelo Estado para punir é sempre o mesmo, o que será demonstrado ao longo de nossa exposição.

2.1 SANÇÃO COMO CATEGORIA DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Falar sobre sanção é ter em conta que este tema não se restringe a algum ramo jurídico específico; é assunto de Teoria Geral do Direito, como o são os conceitos de norma e relação jurídicas, validade, eficácia e muitos outros. Há autores¹, inclusive, que viram na sanção o elemento central da caracterização do fenômeno jurídico. Uma multa imposta por inadimplemento contratual, uma multa de trânsito em decorrência de excesso de velocidade, uma pena privativa de liberdade em função de um homicídio cometido ou uma suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa, embora sejam, todas essas hipóteses, tratadas por ramos distintos do direito, não deixam, por isso, de ser espécies do gênero sanção.

Em função disso, antes de tratarmos sobre sanções impostas no âmbito da Administração Pública e suas diferenças com sanções do Direito Penal ou Civil, optamos por, primeiramente, abordar o tema no âmbito mais geral do fenômeno jurídico para, depois disso, abordar as peculiaridades existentes em cada espécie sancionatória.

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143. Segundo Bobbio, o problema da sanção talvez seja o que, na filosofia do direito, tenha proporcionado as maiores discussões, sendo possível, inclusive, distinguir os filósofos do direito em duas grandes correntes: sancionistas e não-sancionistas. Por ora, para uma análise mais profunda dessas teses, remetemos o leitor à obra de Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32-40, onde se faz uma análise dessas diferentes doutrinas.

2.1.1 O fenômeno normativo

A experiência normativa não se restringe ao âmbito jurídico. Normas também são utilizadas por outras esferas de regulação das condutas humanas, como a religião, a moral, o costume, a etiqueta, etc.² Distinguir o que são normas jurídicas das que não possuem essa característica é tema que de longa data preocupa os teóricos do direito. Digamos que a abordagem dessa questão é essencial para que se construa qualquer teoria séria sobre o fenômeno jurídico. Precisar o conceito de norma jurídica é esclarecer o objeto de investigação da ciência do direito.

As normas são instrumentos utilizados pela sociedade para regular a conduta de seus indivíduos, independente do âmbito de análise (direito, moral, religião, etc.). É mediante preceitos normativos que as condutas humanas podem ser disciplinadas. Quando se quer que os indivíduos adotem um padrão de conduta qualquer, não há como escapar do fenômeno normativo.

Não basta, contudo, para que possamos perceber o que são as normas, afirmar que elas são os meios utilizados pela sociedade para direcionar a conduta de seus indivíduos. Essa é uma explicação baseada em seus fins, que nada afirma sobre os elementos que as compõem. Sendo assim, precisamos de uma explicação sobre a estrutura das normas, especialmente das jurídicas.

Falar sobre norma, mais especificamente sobre a jurídica, é ter em conta que, apesar de tema central da ciência do direito e das demais ciências práticas, é um assunto que não encontra consenso sobre sua natureza. Respeitadíssimos teóricos³ se debruçaram sobre o tema, mas ainda não há uma unanimidade sobre o que seja norma⁴. Mesmo assim, entendemos que não podemos nos furtar de tecer algumas

² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 5

³ Já que impossível estabelecer uma lista de todos aqueles que se ocuparam do problema normativo, fazemos referência, apenas a título exemplificativo, a autores como Jhering, Kelsen, Bobbio, Olivecrona, Alf Ross, Herbert Hart, Cossio e, entre nós, Pontes de Miranda, Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz Junior. Este último, inclusive, nos traz a notícia de que, apenas no campo sociológico, há quem tenha identificado 82 definições de norma, in *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36

⁴ Exemplo desse conflito é demonstrado por Bobbio quando, falando sobre o problema da imperatividade do direito, afirma que, embora alguns autores concordem que as normas jurídicas são dotadas de *imperatividade* (*teoria da imperatividade do direito*), divergem quanto a outros atributos, como a *coatividade* e o *estatismo* (característica da norma de ser proveniente do Estado). Alguns entendem que essas outras características são contingentes (August Thon e Giorgio Del Vecchio), enquanto outros entendem que são necessárias (Carnelutti). BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 88

considerações sobre esse fenômeno, sob pena de comprometer o bom desenvolvimento de nossa exposição.

Visto ser um tema polêmico, evidenciaremos o fenômeno normativo sob o seu aspecto mais técnico, ou seja, com enfoque na estrutura lógico-linguística das normas. Não que essa especificidade esteja imune a divergências científicas, como veremos, mas, ao menos, são em número relativamente menor se comparado com outros aspectos envolvidos no trato da questão. Dessa forma, não entraremos na análise dos fatores determinantes da validade ou da força vinculante das normas, esse sim um assunto muito mais polêmico, cuja omissão, entretanto, não comprometerá de forma substancial nossa linha de raciocínio. Somente após delimitado o conceito de norma (em sua forma mais ampla) é que deixaremos de lado a análise formal e evidenciaremos outros fatores, para que possamos separar as normas jurídicas de outros tipos de norma existentes.

Partiremos do conceito de norma utilizado por Bobbio⁵, para quem as normas são *proposições* pertencentes à categoria das proposições *prescritivas*. Por proposição, entende-se um conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo. Assim, excluem-se do conceito de proposição os conjuntos de palavras que não tenham um significado conjuntamente. A forma mais comum de uma proposição é um juízo, ou seja, é composta de um sujeito e de um predicado unidos por um verbo de ligação (S é P). Nem toda proposição, entretanto, tem a forma de um juízo, como se observa no comando “corra!”.

Bobbio classifica as proposições utilizando dois critérios. Quanto à forma gramatical, dividem-se em declarativas, interrogativas, imperativas e exclamativas; quanto à função (o fim pretendido por aquele que pronuncia a proposição), em asserções, perguntas, comandos e exclamações. A forma gramatical e a função são, normalmente, correspondentes, mas isso não é uma regra. Pode-se encontrar comandos sob a forma declarativa, como a norma constante no artigo 2º da CRFB: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se de uma forma gramatical declarativa, mas a função que exerce não é de uma asserção, e sim de um comando.

Importante para o direito é a distinção entre *proposições descritivas* e *proposições prescritivas*. Três são os critérios utilizados para esse fim: distinção

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 52 et seq

quanto à função, quanto ao destinatário e quanto à valoração. Uma proposição descritiva tem a função de informar, tem influência mediata sobre a conduta humana, enquanto que a proposição prescritiva visa modificar o comportamento humano, influenciando-o diretamente. A aceitação do destinatário de uma informação é sua crença no que foi declarado, já a aceitação de uma prescrição é a execução do que nela está contido. A última distinção é, talvez, a mais importante. Proposições descritivas são valoradas quanto à veracidade ou falsidade da informação, enquanto que as proposições normativas são valoradas pela justiça ou injustiça de seus preceitos ou por serem válidos ou inválidos os comandos. No dizer de Bobbio:

O critério com que valoramos as primeiras para aceitá-las ou rejeitá-las é a correspondência aos fatos (critério de *verificação empírica*) ou aos postulados auto-evidentes (critério de *verificação racional*), conforme se trate de proposições sintéticas ou analíticas. [...] O critério com que valoramos as segundas para aceitá-las ou rejeitá-las é a correspondência aos valores últimos (critério de *justificação material*) ou a derivação das fontes primárias de produção normativa (critério de *justificação formal*). Chamamos de *justas* (ou convenientes) as primeiras, e de *válidas* as segundas.⁶

É este o critério frequentemente utilizado quando se pretende distinguir a ciência normativa das ciências naturais. Nestas encontramos leis que descrevem o mundo e os fatos como eles são, baseando-se em uma relação de causalidade; enquanto que naquelas as leis descrevem o que *deve ser*, fundando-se não em uma relação de causa e efeito, mas sim em uma relação de imputação⁷. É nesse sentido que se afirma que as ciências naturais, ou causais, operam com o funtor *ser*, na fórmula “se A, então é B”; enquanto que as normativas baseiam-se no funtor *dever-ser*, donde a clássica formulação “se A, então *deve ser B*”. Em virtude disso que as proposições descritivas podem ser falsas ou verdadeiras, mas as normativas não. Se da causa prevista na proposição descritiva não advir o efeito determinado, deve-se alterar a proposição, pois ela será falsa. O mesmo não ocorre com as proposições normativas; se da hipótese prevista não se seguir o efeito desejado, isso não implicará em uma falsidade da proposição, muito menos em uma invalidade. Na proposição normativa a não ocorrência entre a hipótese e a

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 61, grifo do autor

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84-86

consequência não determina a alteração da proposição. Se a norma que proíbe o ato de matar outra pessoa não for respeitada, não por isso ela deverá ser alterada.

Por isso se afirma que as proposições prescritivas sempre trazem a ideia de um *dever ser*⁸, pois têm como objetivo regular a conduta dos indivíduos e não descrevê-la. Para realizar a contento essa função regulatória, as proposições normativas utilizam-se dos modais deônticos “obrigatório”, “proibido” e “permitido”, que são tripartições do conectivo *dever-ser*⁹.

Esses modais estão presentes naquela que entendemos ser a regra central da estrutura de nosso ordenamento jurídico; estamos falando do inciso II do artigo 5º da CRFB, que afirma: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Preceito lógico e fundamental do Estado de Direito, a regra da legalidade afirma que somente a lei pode *obrigar* alguém a fazer ou deixar de fazer algo, bem como *proibir* alguém de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Logo, temos que a regra geral é a liberdade, ou seja, parte-se do princípio de que o fazer ou não fazer algo está *permitido*, exceto se houver algum preceito legal que afirme o contrário.

Devemos, aqui, fazer uma consideração importante. O chamado princípio da legalidade, que enfocamos acima no seu aspecto de regra, tem referência expressa no texto constitucional brasileiro em dois momentos: no artigo 5º, inciso II, e no artigo 37, *caput*. No primeiro caso a esfera de regulamentação é a conduta dos particulares; no segundo, temos uma norma destinada à atuação do Poder Público. O substrato teórico dessas duas hipóteses é diferente. Conforme afirmamos acima, a regra da legalidade do inciso II do artigo 5º da Constituição tem como fundamento a liberdade, isto é, aos particulares é permitido fazer tudo que não seja proibido. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, “a omissão de disciplina por parte do direito interpreta-se como legitimação da autonomia privada”¹⁰. O mesmo não acontece com a previsão de legalidade disposta no artigo 37, *caput*; ao Poder Público não é dada a *mesma* liberdade atribuída aos particulares. A regra geral da atuação estatal não é a liberdade, mas sim sua ausência, ou seja, o Poder Público só age com

⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1977, p. 29

⁹ *Ibidem*, p. 37

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195

fundamento na lei, não existindo autonomia da vontade no âmbito da Administração Pública¹¹.

Não podemos, entretanto, incorrer naquela noção de que o administrador estatal somente pode fazer o que estiver *expressamente* contido na lei, sendo ele, na metáfora de Montesquieu, a boca que pronuncia as palavras da lei. Nesse sentido restrito temos alguns posicionamentos doutrinários:

O princípio da legalidade nos termos do art. 5º, II, da carta Magna, significa, para os particulares, que estes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe, e que só a lei poderá obrigá-los a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Já seu correspondente para o Poder Público, mencionado no art. 37, significa que o agente público, as autoridades, a Administração, enfim, só poderão fazer o que a lei determina ou permite expressamente [...]¹²

Pensar assim é supor que todos os requisitos para a atuação administrativa estão contidos na lei, o que, sabemos, não é o que ocorre. Esta visão restrita do princípio da legalidade aperfeiçoava-se ao modelo de Estado liberal, onde a atuação estatal era limitada. Entretanto, para o modelo de Estado contemporâneo, dotado de feições sociais e com um leque de atribuições muito mais amplo, esta visão restrita do modelo de legalidade não mais se coaduna. Segundo ensinamento do professor Almiro do Couto e Silva, no Estado contemporâneo, “a rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos acarretou implicações importantes no plano jurídico, com repercussões profundas sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua formulação tradicional”¹³; e confirma, em outro momento, que;

O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram. É preciso distinguir, neste particular, diversos graus de liberdade de ação que, diante da lei, têm os órgãos do Estado. [...] No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos.

¹¹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez., 1987, p. 53

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75

¹³ SILVA, Almiro do Couto e. *Op. cit.*, p. 51-52

[...] Por certo, não prescinde a administração de uma base ou de uma autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, tem os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.¹⁴

Assim, quando se afirma que a Administração só pode fazer o que estiver na lei, devemos pensar em uma vinculação da Administração à lei no sentido de realizar suas funções. Normalmente as leis se limitam a indicar o fim a ser seguido pela Administração, não fazendo referência ao modo como a atividade deve ser exercida¹⁵, o que não significa uma ausência de permissão para agir¹⁶. Neste caso, se o modo escolhido pelo administrador não implicar em uma limitação à esfera individual do indivíduo e for adequado à obtenção do fim visado pela norma legal, ele estará autorizado a adotar tal medida, pois não estará atuando fora do sistema jurídico. Agora, se o modo escolhido pelo administrador impor uma restrição à liberdade dos indivíduos, obrigando-os ou proibindo-os de algo, esta atuação só será conforme o direito se a restrição estiver prevista em lei.

Na linguagem da lógica prescritiva, podemos dizer que a diferença essencial entre o princípio da legalidade como garantia dos indivíduos e o princípio da legalidade da Administração Pública está no modal deôntico do *permitido*. Para o particular, uma norma jurídica será relevante quando for *proibitiva* ou *obrigatória*. Uma norma permissiva só será relevante quando excetuar um daqueles dois outros tipos, ou seja, uma norma permissiva, sem estar relacionada à outra proibitiva ou obrigatória, não faz sentido para o particular, pois ele já tem essa permissão. Isso não é o que acontece quando se volta para a Administração Pública. Para ela, as normas permissivas são tão importantes quanto as proibitivas e obrigatórias, pois não possui a mesma liberdade de atuação que os particulares.

Essa distinção é importante para analisar quando uma conduta estará conforme o direito e quando não estará, ou seja, quando uma conduta será lícita ou

¹⁴ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179/180, jan./jun. 1990, p. 52-53

¹⁵ Podemos aplicar, aqui, a teoria dos poderes implícitos, elaborada pela Suprema Corte Americana no caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819), e que é largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados. Segundo tal teoria, “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” (STF - MS 26.547-DF, DJ 20.06.2007, Tribunal Pleno). Ver ainda, do STF: (HC 91.661-PE, 03/04/2009), (Rcl. 5.470-PA, DJ 10.03.2008, Tribunal Pleno), (RE 128.881-R0, DJ 07.10.1994), entre outros.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 198

ilícita (antijurídica). Se uma norma proibitiva não for observada pelo particular ou pelo Estado e estes realizarem a ação proibida, ambos praticam um ato ilícito, ou seja, contrário ao direito. Da mesma forma, se uma norma obrigatória não for cumprida, seja pelo particular, seja pelo Estado, esta não observância será, também, antijurídica. Agora, se um particular realizar uma conduta para a qual não há nenhuma norma permissiva específica, não se pode dizer que será uma ação ilícita (a não ser, claro, que tenha uma norma que a proíba). No entanto, se a Administração Pública realizar uma ação para a qual não haja um fundamento normativo que a permita, esta conduta será um ilícito.

Vimos até aqui o que são normas (proposições prescritivas que determinam o que *deve ser*, seja proibindo, seja obrigando, seja permitindo), mas ainda não distinguimos as normas jurídicas dos outros tipos de normas da linguagem prescritiva. Qual a diferença entre uma norma jurídica e uma norma social, ou entre uma norma jurídica e uma norma moral? Dificilmente um único critério será o correto, dada a grande complexidade que o tema envolve. Mas devemos utilizar ao menos um, para que possamos avançar.

Adotaremos como critério a noção de sanção, isto é, a consequência atribuída ao não cumprimento da norma. *Normas morais* são aquelas cuja sanção se dá no interior do indivíduo (remorso, arrependimento), sendo, em virtude disso, pouco eficazes para desencorajar condutas contrárias; *normas sociais* são aquelas cuja sanção é externa, ou seja, parte de outros indivíduos, e não possuem um processo de institucionalização (são exemplos a reprovação social, o banimento, a isolamento, a expulsão e o linchamento), tendo como defeito a desproporção entre a violação e a resposta; por fim, *normas jurídicas* seriam aquelas cuja sanção é externa e institucionalizada, o que dá maior eficácia às normas jurídicas¹⁷. Quatro são as decorrências da institucionalização das sanções: “a) para violação da regra de comportamento vem estabelecida a sanção respectiva; b) a medida da sanção; c) o procedimento adequado; e d) o órgão encarregado de aplicá-la.”¹⁸

Importante observar que, da própria noção de norma institucionalizada, infere-se a necessidade de haver, em maior ou menor grau, uma organização, isto é, um sistema normativo completo. Segundo Bobbio, “definir o direito por meio da noção

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 141

¹⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005, p. 15

de sanção organizada significa procurar o critério distintivo do direito não em um elemento da norma, mas em um conjunto orgânico de normas¹⁹, ao qual se denomina ordenamento jurídico. Quando se utiliza o critério da sanção organizada como critério distintivo das normas jurídicas e do direito, não se pode pensar em normas isoladas, mas no ordenamento normativo como um todo, assim, “dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que a maior parte o seja”²⁰.

Intrinsecamente ligado à noção de organização, de institucionalização, de ordenamento jurídico, enfim, está o fato de que, para criação de normas jurídicas deve-se obedecer a um procedimento adequado. Assim, além das normas destinadas a regular a conduta dos indivíduos, há aquelas destinadas a disciplinar a criação de outras normas do ordenamento. Denominam-se estas de *normas de estrutura* e aquelas de *normas de conduta*²¹. Segundo Bobbio, normas de estrutura (ou de competência) “são aquelas normas que não prescrevem a conduta que deve ter ou não mas prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas”²².

Essa distinção é importante porque, para que normas de condutas sejam criadas, extintas ou alteradas, deve-se observar o procedimento correto para tal finalidade, assim como devem ser respeitadas as competências para criação dessas regras; enfim, as regras de estrutura determinarão a validade das normas de conduta. Assim, para que regras de conduta possam, validamente, regular a conduta dos indivíduos, estabelecendo aquilo que *deve ser* e, conseqüentemente, os comportamentos tidos como lícitos e ilícitos, é necessário que a criação dessas regras tenham obedecido às normas de produção de regras jurídicas dentro do ordenamento.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 181

²⁰ *Ibidem*, p. 181

²¹ Adotaremos, aqui, a denominação de normas de estrutura e normas de conduta. Há autores, entretanto, que atribuem nomes distintos a esse mesmo fenômeno. Para Hart, por exemplo, as normas que regulam a conduta dos indivíduos são regras primárias e aquelas que disciplinam a produção normativa são regras secundárias, HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 104 *apud* MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 272. O próprio Bobbio, *Op. cit.*, p. 198, que aqui utilizamos como referência, utiliza, também, os termos *imperativos de primeira instância* para as normas de conduta e *imperativos de segunda instância* para as normas de estrutura.

²² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 186

2.1.2 O Ilícito e a sanção

Como vimos, o fato da norma regular a conduta dos indivíduos não significa que estas normas serão obedecidas. É uma realidade do fenômeno normativo a possibilidade de não observância, pelos destinatários, dos deveres a eles impostos. É assim em qualquer âmbito normativo, inclusive no jurídico.

As normas jurídicas, ao proibir, obrigar e permitir certas condutas, criam direitos e deveres jurídicos que devem ser observados. O não cumprimento desses deveres caracteriza-se como um ato contrário ao direito, um ilícito. Prevendo a possibilidade da existência do ilícito, o direito imputa-lhe, como consequência, uma sanção. Daí afirmar-se que a sanção é a consequência jurídica do ilícito.

Verifica-se, assim, que o fenômeno jurídico, para ser completo, se releva em dois “momentos”. No primeiro atribui a uma hipótese uma consequência que quer seja realizada (se A, então B). No segundo momento, a hipótese é o descumprimento do dever e a consequência é a respectiva sanção imposta pela ordem jurídica (se A', então B', onde A' é o ilícito e B' a sanção). Quem assina um contrato vincula-se a determinados direitos e obrigações, devendo cumpri-los; ocorrendo o inadimplemento (ilícito), aplica-se a respectiva sanção. A lógica do fenômeno jurídico não se altera, quer se trate do primeiro ou do segundo momento.

Em verdade, uma visão completa do direito só é possível com a análise conjunta dessas duas dimensões. A dicotomia kelseniana entre norma primária e norma secundária refere-se precisamente a essa distinção. Segundo seus escritos publicados em vida, a norma que prevê uma sanção ao dever jurídico violado chama-se *primária*; a que determina a conduta que deve ser obedecida, *secundária*²³. Cossio atribui a esse fenômeno os conceitos de *endonorma* e

²³ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción Eduardo García Máinez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 71. Esta é a opinião de Kelsen em seus escritos publicados em vida. Discute-se, entretanto, uma possível mudança de posicionamento do autor, tendo em vista obra póstuma (*Allgemeine theorie der normen*), traduzida no Brasil por José Florentino Duarte (*Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1986.), onde se identificaria a norma que ordena uma conduta como a norma primária e a que prescreve uma sanção como secundária. Para nossos objetivos, a questão de saber se a norma que prevê a sanção é a norma primária ou secundária não se demonstra relevante. Importante é identificar que são situações distintas, mas que se complementam mutuamente. Para considerações mais detalhadas sobre essa questão, ver MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 34-35.

perinorma, que seriam, respectivamente, as normas secundária e primária de Kelsen. A diferença entre os dois autores é que Kelsen atribuía à relação entre uma norma e outra um juízo hipotético (relação de antecedência e consequência), enquanto que Cossio defendia a tese de que se tratava de um juízo disjuntivo, isto é, haveria uma alternatividade entre uma norma *ou* outra²⁴. Lourival Villanova também identifica uma estrutura dual da norma jurídica, atribuindo, entretanto, uma nomenclatura diversa da utilizada por Kelsen. Segundo ele, a norma jurídica

consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.²⁵

As normas jurídicas não precisam, necessariamente, descrever o primeiro momento (estabelecer o direito e dever jurídico). Elas podem simplesmente descrever o que será considerado como ilícito e atribuir a respectiva sanção. É esta a técnica legislativa utilizada, por exemplo, na redação das normas penais, como a constante no artigo 121 do Código Penal: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. Não há a necessidade de primeiramente impor um dever jurídico (não matar), para depois cominar uma sanção a seu descumprimento.

Até agora focalizamos o ilícito sob o aspecto da norma jurídica, mas há, também, outro enfoque não menos importante, sem o qual não há se falar em ilícito. Estamos falando da *ação* ou *omissão* contrária ao direito, que podem ser consideradas no seu sentido mais amplo de *conduta*. Nesse sentido, faz-se importante a distinção anteriormente formulada entre normas de estrutura e normas de conduta. É da análise destas últimas que se identificam quais as possibilidades de ilícitos e sancionamentos existentes em uma dada ordem jurídica.

Não basta uma contrariedade ao direito para a caracterização de um ilícito e, conseqüentemente, atribuir-se uma sanção. É preciso que esta contrariedade ao direito resulte de uma conduta praticada por um indivíduo. E, para que haja uma conduta, há uma série de elementos de ordem ontológica que devem estar

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 36

²⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 64

presentes. O conceito de conduta não é um conceito jurídico, mas sim ontológico (correspondente a um “ser” entendido realisticamente), isto é, o conhecimento jurídico não altera o ser da conduta. Segundo Zaffaroni,

o direito em geral - e o direito penal em particular - limita-se a agregar um desvalor jurídico a certas condutas, mas em nada muda o ôntico da conduta. Isto significa que o direito penal não pode criar um conceito de conduta, e sim deve respeitar o conceito ôntico-ontológico. Não há um conceito jurídico-penal de conduta humana: o suposto conceito jurídico penal de conduta deve coincidir com o ôntico-ontológico [...]²⁶

Embora o autor esteja tratando sobre o Direito Penal, essas conclusões são aplicáveis ao direito como um todo. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa, é inadmissível que se utilize de meios punitivos contra quem sequer tenha realizado uma conduta. Assim, não há se falar em ilícito sem que haja uma conduta como pressuposto. E esta só ocorrerá quando houver voluntariedade²⁷.

Essas são conclusões lógicas advindas da própria ideia de direito como uma ordem normativa destinada a regular a conduta dos indivíduos. Como o direito presta-se a disciplinar a conduta dos indivíduos, ele só pode considerar ilícito, atribuindo a correspondente sanção, o objeto de sua disciplina, qual seja, as condutas desses indivíduos, pois somente a conduta é resultado de um ato de vontade. Afasta-se, assim, a possibilidade de considerar ilícitos fatos que, embora se verifique a presença de uma pessoa, esta não atue de forma voluntária²⁸. Não há como afirmar que alguém desrespeitou o direito se não agiu com deliberação de sua vontade.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004, p. 388

²⁷ *Ibidem*, p. 392

²⁸ Com toda a *vênia* devida, não concordamos com a posição de Marcos Bernardes de Mello, para quem é possível se falar em ilícito mesmo que não se esteja diante de uma conduta humana. Para este conceituado autor, há ilicitude, por exemplo, em fatos da natureza, como o caso fortuito e a força maior, pois podem ensejar o dever de indenizar, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 240. Entretanto, o fato de o direito impor um dever de indenizar nestes casos não implica, necessariamente, que o fato natural deva ser considerado um ilícito. Segundo o próprio autor, há casos em que o direito impõe o dever de indenizar mesmo quando não se trate de ilicitude, como nos chamados *atos-fatos indenizativos*, *Ibidem*, p. 134. Assim, o fato de haver um dever de indenizar não é critério suficiente para considerar um evento da natureza como ilícito jurídico. Entendemos que, nos casos de responsabilização por caso fortuito ou força maior, a ilicitude está na não observância de deveres de cuidado impostos pela ordem jurídica, ou seja, é no desrespeito voluntário de uma obrigação legal que se encontra a ilicitude e não no evento natural.

Seguindo-se uma teoria finalista da ação, vontade implica, sempre, uma finalidade. Embora a conduta seja um todo, pode-se, para efeitos de conhecimento científico, dividir sua análise em uma estrutura. No aspecto interno – esfera intelectual – há três etapas: proposição de um fim, escolha dos meios adequados para atingi-lo e representação dos resultados concomitantes. No aspecto externo – esfera real, objetiva – há o desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado²⁹.

Isso implica que vários fatores podem determinar a ausência de conduta e, conseqüentemente, a impossibilidade de caracterização de um ilícito, pois lhe faltaria pressuposto essencial. Assim, mesmo havendo um fato humano, deve-se verificar se há conduta, ou seja, se não estamos diante de um ato involuntário ou de hipótese de força física irresistível. Não se deve confundir, entretanto, as hipóteses de ausência de conduta com situações de coação, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, legítima defesa, inimputabilidade, etc., as quais, embora possam afastar a antijuridicidade em alguns casos e a culpabilidade em outros, não determinam a ausência de conduta; são causas que interferem na conduta, mas não a afastam.

Havendo, portanto, uma conduta e esta for contrária ao direito, estamos diante de um ilícito jurídico, ao qual é imposto, como consequência, uma sanção jurídica. Segundo Heraldo Garcia Vitta:

O ilícito é a conduta (ação ou omissão) que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente: a sanção. Assim, conforme se vê, apenas quando houver descumprimento do mandamento da norma jurídica, poder-se-á falar em ilícito e sua consequência (a sanção).³⁰

No mesmo sentido temos a posição de Régis Fernandes de Oliveira: “ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção”³¹.

De fato, o direito não pode se furtar de impor uma consequência gravosa ao descumprimento de seus preceitos, sob pena de tornar-se instrumento inútil, pois

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, p. 395

³⁰ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29

³¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, p. 17

dependeria da adesão espontânea dos indivíduos às normas de conduta estabelecidas. Segundo Rafael Munhoz de Mello,

Se nenhuma consequência decorresse da violação da norma, as ordens normativas não teriam qualquer sentido ou utilidade, pois sua eficácia dependeria unicamente da adoção voluntária da conduta estabelecida normativamente. É preciso, pois, que a violação tenha consequência, que o ordenamento preveja uma resposta ao descumprimento da norma. Tal resposta é a *sanção*.³²

No dizer de Bobbio, a sanção é “o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias”³³, ou seja, prevendo a possibilidade de inobservância das normas jurídicas o direito impõe consequências gravosas a quem inobservá-las. A sanção, assim, tem duas finalidades, uma preventiva e outra retributiva. Prevendo a aplicação de uma consequência negativa à inobservância na norma jurídica, o direito procura desmotivar as condutas indesejadas. A finalidade preventiva e retributiva são complementares, a função da sanção não é apenas punitiva, mas também preventiva.

Uma última consideração é importante em se tratando de sanções. Como já afirmamos anteriormente, a aplicação de uma sanção deve observar a um procedimento pré-estabelecido. Muitas vezes, pode-se utilizar inclusive da força para aplicar a sanção, ou seja, para aplicar as sanções o direito pode utilizar-se de atos de coerção. Segundo Kelsen, devemos distinguir duas espécies de atos de coação: i) sanções, isto é, “atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica”; ii) “atos de coação que não tem esse caráter”, ou seja, que não possuem um ilícito como pressuposto³⁴. Exemplos dessa última espécie, segundo o autor, são os casos de internação compulsória de pessoas com doenças perigosas e a privação da propriedade em caso de interesse público, casos em que não se verifica a presença de nenhum ilícito. Assim, não se pode confundir ilícito e sanção com outras hipóteses de atos de coerção previstos em um ordenamento. Só haverá sanção, no sentido estrito do termo, quando houver a

³² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 36

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 133

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 121

prática de um ilícito, isto é, ação ou omissão voluntária violadora de um dever jurídico.

2.2 SANÇÕES E REGIMES JURÍDICOS APLICÁVEIS

A ciência jurídica, assim como qualquer outra área do conhecimento científico, utiliza-se do método de decomposição, visando facilitar o estudo e entendimento dos objetos postos em observação. Assim, segundo regra de análise cartesiana, dividem-se as dificuldades postas em análise em tantas partes quantas possíveis e necessárias para melhor compreendê-las e solucioná-las³⁵.

É com base nessa premissa que a ciência jurídica divide seu objeto de investigação em distintos ramos jurídicos. Desde os romanos, por exemplo, o direito objetivo é dividido, em função do interesse tutelado, em direito público (*ius publicum*) e direito privado (*ius privatum*), correspondendo este aos interesses dos particulares e aquele aos interesses do Estado Romano³⁶. Com a evolução da ciência jurídica, outros ramos foram surgindo, sempre com a finalidade de facilitar o estudo e conhecimento dos institutos jurídicos. O ramo do Direito Público, por exemplo, foi subdividido em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual, etc., sempre tendo como base critérios de diferenciação que distinguissem um ramo do outro.

Opera-se, assim, o que se denomina de classificação científica, que, para ser bem realizada, deve obedecer a algumas regras fundamentais de metodologia científica, como, no caso de se proceder a uma divisão de um objeto, que: i) toda divisão de um objeto ou conceito deve ser realizada mediante um critério de diferenciação; ii) nenhuma das partes da divisão deve esgotar o objeto dividido; iii) o somatório das partes deve exaurir o objeto; iv) as partes devem ser mutuamente

³⁵ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Apresentação e comentários de Denis Huisman. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 44-45

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. rev., corrig., e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84

excludentes, entre outras³⁷. Essas são premissas que dizem respeito a qualquer área do conhecimento científico, inclusive à ciência jurídica.

Assim, quando tratarmos sobre classificações dos institutos jurídicos, das distinções existentes entre eles, da aplicação de critérios de diferenciação, etc., devemos observar essas regras de metodologia, sem as quais, em nosso entender, não se pode falar em um discurso científico da disciplina jurídica.

Essas considerações são importantes porque, como veremos, a questão sobre os diferentes regimes jurídicos aplicáveis a cada uma das espécies sancionatórias é tratada, muitas vezes, sem a necessária observação de algumas premissas basilares do discurso científico. Destacaremos essas incongruências ao longo de nossa exposição.

2.2.1 *Evolução histórico-dogmática*

O advento do Estado Social foi o fato sócio-político que deu origem à necessidade de uma distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos. O crescimento do intervencionismo estatal no âmbito social levou a um correspondente aumento da atividade punitiva³⁸, já que o Estado não podia renunciar aos meios sancionadores para impor a realização de sua atividade administrativa³⁹. Cada ordem jurídica teve uma maneira peculiar de recepcionar essa novidade. Em países como Alemanha, França e Itália verificou-se um processo de hipertrofia do Direito Penal, isto é, uma utilização excessiva do Direito Penal como meio repressor de condutas consideradas ilícitas; enquanto que na Espanha deu-se o contrário, desenvolveu-se um desmensurado poder sancionatório da Administração⁴⁰. A hipertrofia, na Espanha, ocorreu no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, naqueles países onde a hipertrofia estava no âmbito do Direito Penal, o foco estava na ideia de uma despenalização, retirando do Direito Penal os delitos

³⁷ VIEGAS, Waldir. *Fundamentos de metodologia científica*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 103

³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 47

³⁹ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, 1993, p. 27

⁴⁰ MIR, José Cerezo. *loc. cit.*

de menor importância e passando-os para a esfera do Direito Administrativo. Já nos países onde a hipertrofia estava no âmbito do Direito Administrativo, o problema estava na diminuição da atividade punitiva da Administração Pública ou, ao menos, na aplicação dos mesmos princípios de Direito Penal a esta atividade⁴¹.

A questão da distinção entre ilícitos penais e administrativos e entre sanções penais e administrativas é relevante à medida que se possibilite a aplicação de diferentes regimes jurídicos a cada caso. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito”⁴². Se fossem idênticos os regimes jurídicos de Direito Administrativo e de Direito Penal, seria inútil a distinção entre ilícito penal e administrativo, já que ambos estariam submetidos a um mesmo sistema de princípios e regras.

São esses os motivos que levaram a ciência jurídica a procurar os “critérios de diferenciação” entre uma e outra categoria de ilícito e sanção. Encontramos na obra de Rafael Munhoz de Mello⁴³ a melhor exposição sistemática dos diferentes critérios utilizados pela ciência jurídica para distinguir os ilícitos e sanções jurídicas. Segundo o autor, pode-se fazer uma primeira divisão entre critério material e critério formal, subdividindo-se o primeiro entre material qualitativo e material quantitativo.

Em ordens jurídicas preocupadas com a hipertrofia do Direito Penal, sobressaíram-se teorias baseadas em critérios materiais qualitativos. Já no início do século XIX, Feuerbach, baseado em uma visão jusnaturalista, distinguia os crimes em sentido estrito – aqueles ofensivos a direitos subjetivos dos indivíduos e naturalmente antijurídicos – dos delitos de polícia, que, apesar de colocarem em risco a ordem jurídica, não seriam naturalmente antijurídicos. Mayer, por sua vez, fundava a distinção na ideia de normas de cultura. Crimes seriam normas jurídicas criadas que tivessem como fundamento uma norma de cultura, anterior à própria criação do Estado, enquanto que ilícitos administrativos seriam condutas para as

⁴¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 56

⁴² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52

⁴³ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 46-62

quais, embora tivesse uma norma jurídica as regulando, essa norma jurídica era culturalmente indiferente⁴⁴.

James Goldschmidt, no início do século XX, criou a teoria de um Direito Penal Administrativo, também utilizando critérios substanciais para distinção entre o que seria ilícito penal e administrativo⁴⁵. Apoiando-se na teoria de Goldschmidt, Eberhard Schmidt identificava os ilícitos penais como aqueles que provocassem um dano concreto a bens jurídicos dos particulares, enquanto que ilícitos administrativos estariam vinculados a um dever de obediência em face da Administração Pública⁴⁶.

Em suma, para as teorias qualitativas, haveria condutas que, por sua natureza, seriam próprias do Direito Penal, enquanto outras seriam próprias do Direito Administrativo, ou seja, ilícito administrativo e penal seriam fenômenos distintos⁴⁷. Com isso seria possível diminuir o âmbito de incidência do Direito Penal, resolvendo o problema da hipertrofia desse sistema, com todos os reflexos sobre o sistema jurisdicional daí decorrentes.

Na Espanha, entretanto, a despenalização não era o problema. Essa preocupação era indiferente aos espanhóis, absorvidos que estavam com a amplitude do poder punitivo exercido pela Administração Pública, que poderia inclusive aplicar sanções privativas de liberdade⁴⁸. Essa possibilidade só foi retirada do ordenamento espanhol com a Constituição de 1978, dispondo em seu artigo 25, 3, que “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. A preocupação dos espanhóis era “reduzir a atividade punitiva da Administração pública, ou, quando menos, aplicar em tal setor da atividade administrativa os mesmos princípios do direito penal”⁴⁹. Assim, critérios que procurassem encontrar uma distinção qualitativa entre ilícitos penais e administrativos não tiveram grande repercussão no direito espanhol. Segundo Fábio Medina Osório,

⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 50

⁴⁵ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, 1993, p. 27

⁴⁶ MATTES, Heins. *Problemas de derecho penal administrativo: historia y Derecho Comparado*. Trad. de José María Rodríguez Devesa. Madri, Edersa, 1979, p. 230 *apud* MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 52

⁴⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 53

⁴⁸ MIR, José Cerezo. *Op. cit.*, p. 31

⁴⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 56

O Tribunal Supremo espanhol elaborou a teoria da unidade de ilícitos penais e administrativos, construindo a base dogmática para aplicação de alguns princípios constitucionais às infrações administrativas, buscando uma aproximação das sanções penais e administrativas, tendo em conta a suposta ausência de distinção ontológica entre ambas. [...] o Estado possui um poder punitivo unitário em relação aos que estão sob seu domínio, porque não haveria possibilidade de distinções qualitativas, substanciais entre ilícitos criminais e administrativos.⁵⁰

Na Espanha, portanto, sobressaíram-se as teorias baseadas em critérios quantitativos para distinção dos ilícitos penais e administrativos. Abandona-se, assim, uma distinção qualitativa entre eles, ou seja, não se trata de fenômenos distintos. Segundo José Cerezo Mir, “entre o ilícito penal e o administrativo, pena e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador”⁵¹. O critério para distinguir uma conduta como ilícito penal ou administrativo seria a gravidade das infrações, maior no primeiro e menor no segundo, justificando, assim, a aplicação dos princípios de Direito Penal aos ilícitos administrativos, pois não se trataria de fenômenos ontologicamente distintos⁵².

No direito espanhol, então, estabeleceu-se um discurso retórico de uma unidade do poder punitivo estatal, ou seja, pretendeu-se estabelecer um mesmo regime jurídico para imposição de sanções, sejam elas decorrentes de ilícitos penais ou de ilícitos administrativos. Entretanto, como bem observado por Fábio Medina Osório, apesar dos Tribunais espanhóis insistirem no discurso da existência de princípios gerais de apenamento estatal, verifica-se em seus julgados a aplicação de regimes jurídicos muito variados às distintas projeções do poder sancionador do Estado⁵³. Segundo este mesmo autor:

Para que houvesse um unitário poder sancionador do Estado, em moldes rígidos e inflexíveis, seria necessário constatar que toda e qualquer manifestação punitiva estatal estaria submetida a um idêntico regime jurídico, subordinando-se a princípios gerais de um superior direito público punitivo.⁵⁴

⁵⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 118-119

⁵¹ MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, 1993, p. 31

⁵² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 56

⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, p. 126

⁵⁴ *Ibidem*, p. 124

Assim, verifica-se que, apesar do discurso retórico de uma suposta unidade do *ius puniendi* estatal, fundada na constatação de inexistência de uma distinção ontológica entre ilícitos penais e administrativos, os julgados do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional espanhóis, na realidade, trataram de estabelecer matizes para a aplicação dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo sancionador⁵⁵.

Resulta, assim, infundada a alegação de um mesmo regime jurídico aplicável aos ilícitos penais e administrativos. O fato de serem fenômenos ontologicamente idênticos não implica que devam ser tratados da mesma maneira pelo direito, isto é, nada impede que o legislador atribua regimes jurídicos distintos a fenômenos ontologicamente idênticos.

No direito brasileiro a questão da distinção entre ilícitos penais e administrativos começou a ser tratado com maior profundidade pela doutrina apenas nas últimas décadas. Temos, evidentemente, referências a esse problema em vários autores clássicos da doutrina nacional⁵⁶, mas a abordagem não fora, nesses casos, tão profunda como as existentes no direito europeu. Foi com autores como Heraldo Garcia Vitta⁵⁷, Rafael Munhoz de Mello⁵⁸, Régis Fernandes de Oliveira⁵⁹, Fábio Medina Osório⁶⁰, Daniel Ferreira⁶¹ e, mais recentemente, Maysa Abrahão Tavares Verzola⁶², apenas para citar alguns, que o problema da sanção administrativa e da distinção desta com a sanção penal e outros tipos existentes ganhou tratamento específico. A partir dos estudos desses autores começaram a surgir obras destinadas especificamente à análise dessas questões.

⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, p. 119-120

⁵⁶ Ruy Cirne Lima, in *Princípios de Direito Administrativo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954, p. 214-218, por exemplo, já mencionava a distinção entre sanções penais e sanções administrativas. Themistocles Brandão Cavalcanti, em seu *Tratado de direito administrativo*: V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 98-117, também fazia referência a essa distinção. Este problema também não passou em branco nos *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, V.1, p. 561-565, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

⁵⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

⁶¹ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁶² VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Podemos dizer que a maioria dos autores nacionais adota um critério formal para distinção entre ilícitos administrativos e penais. Esse critério formal seria a autoridade encarregada de aplicar a sanção. Assim, se a autoridade competente para aplicar a sanção de um ilícito for uma autoridade administrativa, tratar-se-ia de uma sanção administrativa; porém, se a autoridade competente fosse um juiz, estaríamos diante de uma sanção penal. Em sendo uma sanção administrativa, está-se diante de um ilícito administrativo e, logo, aplicar-se-ia o regime jurídico administrativo. Sendo, no entanto, uma sanção penal, verifica-se a existência de um ilícito penal, aplicando-se, conseqüentemente, o regime jurídico do Direito Penal. Segundo Rafael Munhoz de Mello,

A definição do tipo de ilícito – é dizer, se penal ou administrativo – implica a escolha de um tipo de sanção e, de conseqüência, a escolha de um regime jurídico. Ao ilícito penal corresponde uma sanção penal, ao ilícito administrativo corresponde uma sanção administrativa; à sanção penal corresponde um regime jurídico; à administrativa corresponde outro.⁶³

Conforme esse entendimento, é a identificação do tipo de sanção que determinará o tipo de ilícito e o regime jurídico aplicável. Segundo o autor, para identificar se uma sanção é administrativa ou penal, deve-se examinar quem é a autoridade competente para aplicá-la:

Sob a ótica formal, é relevante destacar que a sanção administrativa é imposta por autoridade administrativa, no exercício de função administrativa e após o trâmite de processo administrativo; a sanção penal, por seu turno, é imposta por autoridade judiciária, no exercício de função jurisdicional, ao final de processo judicial.⁶⁴

Compartilha dessa opinião Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem é reconhecida “a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”⁶⁵. O mesmo critério é utilizado por Heraldo Garcia Vitta⁶⁶ e por Régis Fernandes de Oliveira⁶⁷.

⁶³ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 60-61

⁶⁴ *Ibidem*, p. 61-62

⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 847

⁶⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*, p. 33-34

⁶⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, p. 52

Há quem defenda, no entanto, a necessidade de ser verificada a dimensão formal e material do Direito Administrativo, posição de Fábio Medina Osório⁶⁸. Segundo este autor, mesmo uma autoridade judicial pode impor sanção administrativa, como no caso das sanções de improbidade administrativa, instituídas pela Lei federal 8.429/1992, que são impostas necessariamente por autoridade judicial, mas cujo campo de incidência dos ilícitos ali previstos é o do Direito Administrativo. Se o campo de incidência do ilícito for o Direito Administrativo, trata-se de sanção administrativa, como se verifica na seguinte passagem:

A sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permite um claro alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa.⁶⁹

Segundo esse autor o critério formal da competência, defendido por outros doutrinadores, implica na vinculação da sanção à função (administrativa, jurisdicional ou legislativa) exercida pela autoridade, o que não deve prosperar, pois “sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas”⁷⁰. Corrobora esse entendimento o fato da própria legislação prever a competência de um juiz aplicar sanções administrativas, como o artigo 148, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina: “A Justiça da Infância e da Juventude é competente para aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente”.

2.2.2 Análise crítica

O critério formal da autoridade competente para impor a sanção, utilizado pelos autores supracitados, funciona quando a intenção é distinguir ilícitos e

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, p. 81

⁶⁹ *Ibidem*, p. 87

⁷⁰ *Ibidem*, p. 88

sanções penais dos ilícitos e sanções de natureza administrativa. Entretanto, o gênero ilícito comporta outras espécies que não unicamente os ilícitos penais e os administrativos. Temos, por exemplo, os chamados ilícitos civis, como as várias hipóteses de responsabilidade civil, cujas sanções são impostas por uma autoridade judiciária em um regime jurídico diverso do penal. Temos também os atos de improbidade administrativa, com sanção imposta por uma autoridade judiciária mediante um procedimento típico, a ação por improbidade administrativa⁷¹. Há, ainda, os chamados ilícitos político-administrativos, como o crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, cujo julgamento é realizado pelo Senado Federal, após admissão pela Câmara dos Deputados, podendo ser aplicada a sanção de perda do cargo e de inabilitação, por oito anos, do exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (CRFB, artigo 52, parágrafo único).

Temos, então, que a utilização do critério da autoridade competente para impor a sanção como principal meio para encontrar o regime jurídico aplicável a cada tipo de ilícito e sua correspondente sanção não é suficiente. Este critério é útil apenas para distinguir algumas espécies de um gênero, mas não todas. Funciona para distinguir sanções penais de sanções administrativas, mas não funciona, por exemplo, para distinguir os vários tipos de sanções impostas por uma autoridade judiciária. Como alertamos acima, evidencia-se, aqui, uma imprecisão científica, qual seja, a não observância da regra que afirma que o somatório das partes (espécies) deve exaurir o objeto (gênero), isto é, um critério de diferenciação das partes de um objeto deve servir para todas as espécies e não para algumas delas somente.

Não queremos afirmar, com isso, que o critério formal da autoridade que impõe a sanção não deva ser utilizado. Entendemos que possa, já que é um dado objetivo que está presente em todas as espécies. Como vimos acima, sempre haverá a necessidade de uma autoridade competente para impor a sanção. Entretanto, entendemos que, da aplicação desse critério não se tem, como subespécies imediatas, as sanções penais e administrativas, mas sim sanções judiciais (impostas por autoridade judiciária), administrativas (impostas por autoridade administrativas), e políticas (impostas pelo órgão legislativo)⁷². Dentro

⁷¹ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011, p. 325

⁷² Dividimos em três espécies visto serem três os Poderes existentes em nossa ordem jurídica, todos investidos de competências sancionatórias.

das sanções judiciais encontram-se as sanções penais, civis, etc.⁷³ Assim, deve-se encontrar outro critério para distinguir essas sanções, pois o critério da autoridade competente não se mostra mais adequado.

Conforme referido acima, o critério da sanção pode ser utilizado para distinção das normas jurídicas dos outros tipos de normas existentes, ou seja, a sanção seria o critério para definir as fronteiras entre o Direito e os outros tipos de ordenamento existentes (moral, religião, etc.). Vimos também que a ideia de sanção como sanção jurídica, ou seja, distinta dos outros tipos de sanção (moral, social), implica no estabelecimento de quatro consequências inarredáveis:

- a) sanção para o descumprimento de um dever;
- b) a medida da sanção;
- c) o procedimento adequado; e
- d) o órgão encarregado de aplicá-la.

Essa divisão do fenômeno em partes distintas encontra-se na obra de Régis Fernandes de Oliveira⁷⁴, que, por sua vez, baseou-se no que já expusera Norberto Bobbio⁷⁵, apenas acrescentando a necessidade de estabelecimento do procedimento adequado.

Como decorrência de um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos casos previstos pelo ordenamento, cada um desses aspectos da sanção jurídica deve ser definido pelo legislador. Será o legislador, ao estabelecer os comportamentos considerados como ilícitos e as respectivas sanções, quem definirá, também, o órgão encarregado de aplicá-las e o procedimento adequado para este fim.

Embora o Poder Legislativo seja o órgão ao qual se atribui a faculdade de inovar a ordem jurídica, encontra ele certos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário. Em determinadas ordens jurídicas, como a brasileira, nem mesmo o

⁷³ Quanto aos atos e sanções de improbidade administrativa, há uma divergência no que se refere a sua natureza jurídica, entendendo alguns que se trata de natureza civil e outros de natureza penal. Para aprofundar essa questão, ver GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. rev., ampl. e atual.– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 505

⁷⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, p. 15

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 141, onde se encontra a seguinte passagem: “Quando se fala em sanção institucionalizada, entendem-se três coisas [...] a saber: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a respectiva sanção; 2) é estabelecida, mesmo que dentro de certos limites, a medida da sanção; 3) são estabelecidas as pessoas encarregadas de obter sua execução”.

Poder Constituinte Derivado (exercido pelo Poder Legislativo) poderá abolir algumas cláusulas consideradas essenciais pelo Poder Constituinte Originário (CRFB, Art. 60, § 4º). Assim, mesmo o legislador encontra alguns limites na hora de inovar a ordem jurídica. Ele não poderá, por exemplo, criar normas permitindo que autoridade administrativa aplique sanções restritivas da liberdade, a não ser nas exceções previstas pelo próprio constituinte originário, como nos casos de transgressão militar e de crime militar próprio ou no caso de flagrante delito. Não poderá, também, estabelecer penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de morte (esta só aceita nos casos de guerra declarada).

Ao estabelecer as condutas consideradas ilícitas deverá o legislador definir as respectivas sanções, deverá, também, definir quem será a autoridade competente para aplicá-la, já que nossa constituição determina que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (Art. 5º, LIII). Enfim, há uma série de normas limitando o poder do legislador de inovar na ordem jurídica no que se refere ao exercício do direito de punir.

Apesar disso, no entanto, há certa margem de liberdade dada pelo constituinte para que o legislador defina as demais normas a esse respeito, observadas as limitações impostas. Dentro desta liberdade o legislador poderá definir que certas condutas serão consideradas ilícitos penais, civis ou administrativos, estabelecendo as consequências jurídicas apropriadas. No caso de definir que uma conduta será considerada um ilícito penal, isto é, um crime, estará ele impedido de atribuir a competência para o julgamento a uma autoridade que não seja um juiz. Mas nada impede, por exemplo, que ao criar uma determinada infração, que não implique em restrição da liberdade, atribua o legislador a competência para julgamento a uma autoridade administrativa ou a uma autoridade judicial, que estabeleça procedimentos diversos para determinados tipos de sanções, etc.

Quando se trata de estabelecer normas tratando sobre o poder punitivo do Estado, ao legislador não compete somente definir as condutas ilícitas e as respectivas sanções. Só isso não basta. O legislador deverá definir, também, a autoridade competente para aplicá-las e, em certa medida, o procedimento adequado para tal finalidade⁷⁶. Sem isso seria inútil saber que alguém cometeu um

⁷⁶ Segundo Carlos Ari Sundfeld, A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 298, abr./jun. 1987, p. 102-3, a inexistência de regra legal sobre o procedimento que

ilícito e saber qual a consequência jurídica aplicável se não soubermos quem deve aplicá-la e sob quais regras. Para os ilícitos penais, somente definidos mediante lei federal, normalmente basta ao legislador definir a conduta ilícita (o tipo penal) e a respectiva sanção, pois já há, mediante outras regras do Direito Penal e Processual Penal, definição sobre o procedimento adequado para sua apuração e sobre quais serão as autoridades competentes para a apuração e julgamento. Entretanto, nem todos os tipos de ilícitos que podem ser criados pelo legislador possuem uma parte geral, como o Direito Penal, e um procedimento pré-definido.

No âmbito da Administração Pública Federal temos uma lei estabelecendo regras de Processo Administrativo, que se aplicam sempre que a autoridade competente para aplicar a sanção pertencer à Administração Pública Federal. Essas normas, entretanto, têm eficácia restrita à Administração Federal, não se aplicando aos demais entes da Federação. Seria ótimo que todos os entes federados tivessem normas semelhantes, ou optassem por aplicar as regras ali contidas, mas não é o que ocorre. Há muitos estados e municípios brasileiros que não possuem uma norma geral de processo administrativo, obrigando-os a, sempre que definirem condutas ilícitas e as respectivas sanções, ter de estabelecer, além da autoridade competente para aplicá-las, o procedimento adequado para tanto, quando não for possível aplicar outras normas subsidiariamente.

Resta evidente, então, que a atividade do legislador não se restringe a estabelecer a conduta considerada ilícita e se essa conduta será um ilícito penal ou administrativo. Deverá ele estabelecer outros requisitos, como a autoridade competente para apurar a prática do ato infracional e aplicar a sanção, bem como definir o procedimento adequado para este fim.

Como são vários os aspectos a serem considerados, temos que o critério formal da competência, da forma como defendido pela maioria da doutrina nacional, ou seja, apenas verificando a autoridade competente para impor a sanção, não é

deve ser adotado na aplicação da sanção não impede nem o exercício do direito de defesa nem a aplicação da sanção. O que não pode a lei deixar de prever é a infração e a sanção. Distingue o autor norma substantiva de norma adjetiva. Não pode haver lacuna em norma substantiva, mas pode haver em norma adjetiva. Ressalva o autor, entretanto, que “à falta de lei disposta sobre o procedimento administrativo, necessário à aplicação da sanção prevista pelo legislador, pode a Administração suprir a lacuna, observando os princípios jurídicos e a analogia”. Feita esta última ressalva, podemos concordar com o autor; se o legislador definiu as regras do procedimento, deverá a Administração obedecê-las, caso contrário, poderá ela editar normas estabelecendo o procedimento adequado, desde que respeitados os princípios constitucionais, como o devido processo legal, defesa prévia e ampla, etc.

suficiente para uma distinção precisa entre os vários tipos de ilícitos, sanções e regimes jurídicos aplicáveis, pois o legislador, assim como não está vinculado aos critérios materiais quantitativos e qualitativos, também não está ao critério formal único da autoridade encarregada de aplicar a sanção. Embora o legislador tenha de definir quem será o encarregado de aplicar a sanção, isso não implica, necessariamente, que esta escolha determinará o regime jurídico aplicável. Quando o legislador afirma que para determinado ilícito o órgão competente para julgar será um juiz de direito, não se entende que o regime jurídico aplicável será, necessariamente, o do Direito Penal e Processual Penal. Poderá o legislador definir procedimento distinto, como acontece com o ilícito civil ou de improbidade administrativa, ambos julgados pelo judiciário.

Voltamos a afirmar que não entendemos que o critério formal da autoridade encarregada para aplicar a sanção seja inútil, mas, tão somente, que este único critério não é suficiente para explicar todas as possibilidades de escolha do legislador. Este critério pode ajudar a distinguir alguns ilícitos administrativos dos ilícitos penais, mas não resolve o problema de outros tipos de ilícitos. Entendemos que o uso da autoridade encarregada de aplicar a sanção como critério de distinção das sanções jurídicas (gênero) nos dará como espécies as sanções judiciais, administrativas e legislativas.

Em virtude disso, entendemos que não cabe estabelecer, *a priori*, que se uma sanção for aplicada por autoridade judicial se aplica um regime jurídico-penal e, se por autoridade administrativa, o regime seria o administrativo. Não se pode fazer esse tipo de afirmação sem observar qual foi a escolha do legislador sobre os outros aspectos envolvidos: natureza do dever violado, medida da sanção e procedimento estabelecido. Somente com a análise de todos esses aspectos é possível verificar o conjunto de normas e princípios pertinentes à respectiva situação e, afinal, estabelecer o regime jurídico aplicável, que poderá não ficar restrito a apenas um ramo do direito, diga-se de passagem.

Vimos que para existir uma sanção deve haver um dever jurídico violado. Esse dever jurídico poderá decorrer de uma relação regulada pelo Direito Civil, pelo Direito Comercial, pelo Direito Penal, pelo Direito Tributário, pelo Direito Administrativo, etc. Pegamos o exemplo de um dever tributário violado, como o pagamento atrasado de um tributo. A natureza do dever de pagar o tributo na data certa é tributária. Tendo ocorrido o descumprimento do dever a autoridade

administrativa, mediante um procedimento pré-estabelecido, obedecendo-se o devido processo legal, aplica a sanção de multa. O sancionado poderá recorrer dessa sanção tanto pela via administrativa quanto pela judicial. Se decidir por discuti-la judicialmente, submeter-se-á a outro tipo de procedimento, o processo judicial, com regras distintas do procedimento administrativo. A autoridade julgadora também será diferente, isto é, de uma função estatal diversa (não mais administrativa e sim judicial). As consequências da decisão judicial também são distintas das consequências da sanção administrativa, como a possibilidade de formação da coisa julgada. Agora, o que não mudará será a natureza jurídica do dever tributário. As normas aplicáveis à relação tributária não mudam pelo fato da autoridade competente para julgamento ser diferente, isto é, pouco importa quem determinará a sanção, o dever jurídico continuará a ser regulado por normas do Direito Tributário.

Outro exemplo que demonstra não haver uma correlação necessária entre a autoridade competente para julgar uma dada situação e a natureza das normas que a regulam é dado pelo Professor Almiro do Couto e Silva, quando, em estudo dedicado à análise histórica da colaboração entre indivíduos e Estado na realização das tarefas públicas, nos lembra que na França pós-Revolucionária, os contratos celebrados pela Administração Pública eram atos jurídicos de natureza privada. Apesar disso, “as questões relacionadas com os contratos de obra pública passaram a ser de competência dos tribunais administrativos, embora fossem eles, então, integralmente regidos pelo direito civil”⁷⁷. Assim, o fato de ser uma autoridade administrativa julgando a questão não determinava que fosse aplicado um regime jurídico administrativo. As normas de regulavam a relação jurídica estabelecida entre a Administração e o contratado eram normas de Direito Privado e não de Direito Público.

No caso das sanções impostas em virtude de atos de improbidade administrativa, o que deve ser observado é que as condutas ilícitas previstas pela Lei federal 8.429/1992 tem com substrato uma relação da qual faz parte a Administração Pública e, por isso, regulada por normas de Direito Administrativo. Neste caso, para verificar o dever violado, o juiz deverá fazê-lo sob a ótica das

⁷⁷ SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 1997, p. 53

normas de Direito Administrativo que regulam a relação material, mas o procedimento adotado será o do processo judicial.

Logo, não adianta reduzir a questão apenas na análise da autoridade que aplica a sanção. Só isso não determinará quais serão as normas aplicáveis ao caso concreto. O fenômeno sancionatório e a identificação das normas aplicáveis é muito mais complexo do que simplesmente verificar a autoridade competente, como se disso decorressem todas as demais normas aplicáveis. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a imposição de uma sanção é sempre um ato jurídico que não se esgota na verificação da ocorrência de uma infração, podendo “ser arrolados como pressupostos de sua prática a competência, as formalidades, a causa, o procedimento, etc.”⁷⁸

Assim, a análise do regime jurídico (conjunto de princípios e normas aplicáveis ao dever jurídico, à medida da sanção, ao procedimento de verificação e à escolha da autoridade sancionadora) deve ser verificado a cada tipo de ilícito criado pelo legislador, pois, fora as limitações constitucionais, ele poderá definir cada um desses aspectos de maneira diversa. Não há uma vinculação *a priori* do legislador quanto a isso.

Isso não quer dizer que inexistam princípios aplicáveis à generalidade da atividade punitiva estatal, mormente porque há muitas normas constitucionais regulando a matéria e que não poderão ser desconsideradas. Como exemplo podemos citar os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, da proporcionalidade e da segurança jurídica. Apenas queremos alertar que, dependendo da conformação dada pelo legislador a determinado ilícito e sanção, alguns princípios poderão ser aplicados ou não. Poderá ocorrer, também, de os princípios não serem preteridos de plano, mas serem aplicados de forma mitigada, o que é próprio da sua natureza. Assim, não queremos estabelecer, de plano, um regime jurídico aplicável ao conjunto de situações em que o poder punitivo estatal se demonstra. Verificaremos os princípios aplicáveis quando tivermos analisando cada uma das sanções objeto de nossa exposição, quais sejam, aquelas que limitam o direito de licitar e contratar dos particulares em relação ao Poder Público.

⁷⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 298, abr./jun. 1987, p. 99

3 SANÇÕES QUE LIMITAM O DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR

O direito brasileiro prevê, em uma série de normas esparsas, dispositivos que limitam o direito dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, de participar de processos licitatórios e de contratar com a Administração Pública. Essas normas podem ter fundamentos diversos. A proibição pode decorrer de uma característica que se atribui à pessoa impossibilitada, e.g., a norma que proíbe um servidor público de contratar com o ente ao qual esteja vinculado⁷⁹. Há também as proibições de contratar para aqueles que não cumprirem certos requisitos exigidos pela lei, como a documentação exigida para habilitação no certame licitatório⁸⁰. O impedimento de licitar e contratar pode decorrer, ainda, de sanções impostas ao particular e que tenham como efeito a perda do direito de licitar e contratar, como as sanções de suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração, de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666/1993, entre outras hipóteses previstas em lei e que serão abordadas adiante.

Não é somente a sanção em virtude da prática de um ilícito que acarreta interdição do direito de contratar com a Administração. Há outros dispositivos, com diferentes fundamentos, que tem o mesmo efeito prático. Nosso foco, entretanto, são as interdições em virtude de sanções impostas, tanto por autoridade administrativa quanto por autoridade judicial. Não abordaremos os outros impedimentos previstos pelo ordenamento jurídico, como a falta de certidões exigidas na habilitação jurídica.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOG MÁTICA

⁷⁹ Lei 8.666, de 21/06/1993: “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: [...] III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”

⁸⁰ Os requisitos para habilitação estão no art. 27 da Lei 8.666/1993, a saber: “I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Em um transcurso histórico, veremos que a Administração Pública, há muito tempo, utiliza-se do artifício de impedir alguns particulares de com ela contratarem. No antigo Código de Contabilidade da União, instituído pelo Decreto 4.536, de 28 de janeiro de 1922, o qual tinha força de lei, estava previsto que, antes de escolher a proposta mais barata, a Administração deveria verificar a idoneidade dos concorrentes (art. 51, §1º). A idoneidade era verificada em uma lista prévia, na qual a Administração mantinha a relação de concorrentes inidôneos; sendo facultado aos concorrentes reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de inidoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem (art. 51, §2º).

Vê-se nesta hipótese uma clara tentativa da Administração de afastar dos negócios públicos os particulares que tivessem atuação inidônea, evitando, assim, estimular condutas desabonadoras da índole dos concorrentes. Importante observar, no entanto, que não havia na supracitada norma a previsão da forma e das hipóteses de inclusão dos particulares nesta lista, o que, no âmbito da Administração Federal, foi feito através do Decreto 15.783, de 08/11/1922, que dispunha:

Art. 741 – Em todas as concorrências, públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada previamente, antes de abertas as propostas. As propostas cujos autores não tiverem sido considerados idoneos não serão abertas.

§ 1.º Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos factos que allegarem.

§ 2.º Sempre que os chefes das repartições públicas apurarem, em processos administrativos, irregularidades que denunciem dolo ou má-fé por parte dos proponentes ou dos contractantes de fornecimento de serviços públicos, deverão levar o fato ao conhecimento do ministro a que estiverem subordinados, o qual, verificados os fatos expostos no processo, declarará por despacho inidonea a pessoa, firma ou empresa de que se tratar, dando disso conhecimento aos demais Ministérios e mandando que tal despacho seja publicado.

De taes despachos terão registro especial todas as repartições públicas que dos mesmos tiverem conhecimento, devendo esse registro ser consultado sempre que se tenha de julgar a idoneidade dos concorrentes.

Verifica-se da redação do §2º que a hipótese de inclusão de um particular na lista de inidôneos era a verificação, mediante processo administrativo, de irregularidades que denunciassessem o dolo ou a má-fé por parte dos proponentes ou dos contratantes de fornecimento de serviços públicos. Segundo Cavalcanti, as

irregularidades que ensejariam a inclusão na relação de inidôneos seriam as praticadas no relacionamento com o Poder Público, isto é, deveriam ficar excluídas da concorrência “as firmas incluídas na relação dos inidôneos, em virtude de atos dolosos praticados contra a Administração ou a manifesta má-fé com que agiram nas suas relações com o poder público”⁸¹.

Importante observar que a verificação da idoneidade não era limitada somente na análise de atitudes irregulares. Inidôneos seriam também os particulares que, para uma determinada concorrência pública, não possuíssem qualificação técnica ou econômico-financeira, por exemplo; requisitos que pelas normas atuais integram o que se denomina de habilitação do licitante. O Decreto-Lei 200/1967 já adotava o termo habilitação no sentido de verificar as qualificações do licitante, mas ainda usava o termo idoneidade para o requisito da qualificação financeira (Art. 131, III). O mesmo tratamento foi dado pelo Decreto-Lei 2.300/1986 (Art. 25, III). Atualmente o conceito de idoneidade, no âmbito das normas gerais que regem as licitações públicas, está restrito às situações de irregularidades cometidas pelos licitantes, não se falando mais em idoneidade financeira, mas sim em qualificação econômico-financeira. Essa ressalva é importante porque em obras doutrinárias publicadas quando da vigência dos anteriores textos normativos falava-se muito em idoneidade dos licitantes no sentido amplo supracitado e, por isso, algumas das análises sobre quando um licitante seria idôneo ou inidôneo devem ser vistas com cautela, para que equívocos não sejam cometidos.

Desde 1922, então, o ordenamento jurídico previa hipóteses nas quais os particulares que tivessem cometido irregularidades em suas relações com a Administração Pública ficariam proibidos de com ela contratarem, o que era feito mediante despacho de Ministro de Estado declarando inidônea a pessoa. As repartições possuíam uma relação destas pessoas consideradas inidôneas, a qual era verificada sempre que a Administração realizasse nova concorrência. Esta declaração de idoneidade tinha a natureza jurídica de uma sanção imposta ao particular pelo Poder Público.

Com o advento do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que organizou a Administração Pública Federal e estabeleceu diretrizes para uma

⁸¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, V. 1, p. 360

Reforma Administrativa, novas normas sobre licitações foram criadas⁸². Este diploma normativo estabeleceu novo tipo de sanção que teria a eficácia de restringir a participação de particulares em contratações futuras. Além da declaração de inidoneidade, que já existia no ordenamento, criou a sanção de suspensão do direito de licitar:

Art. 136. Os fornecedores ou executantes de obras ou serviços estarão sujeitos às seguintes penalidades:

I - Multa, prevista nas condições de licitação.

II - Suspensão do direito de licitar, pelo prazo que a autoridade competente fixar, segundo a gradação que fôr estipulada em função da natureza da falta.

II - Declaração de inidoneidade para licitar na Administração Federal. Parágrafo único. A declaração de inidoneidade será publicada no órgão oficial.

Segundo Hely Lopes Meirelles, as hipóteses de aplicação da suspensão ou da declaração de inidoneidade distinguem-se pela existência de culpa ou dolo e pela gravidade da infração, conforme se verifica das seguintes passagens:

A suspensão provisória ou temporária de participação em licitação e de contratação com a Administração é sanção administrativa com que se punem os que, culposamente, prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade. Se o infrator age com dolo ou se a infração é grave, a sanção adequada será a declaração de inidoneidade [...]. A declaração de inidoneidade é penalidade aplicável aos contratantes inadimplentes de má-fé, ou reincidentes, para impedir que continuem contratando com a Administração. [...] [é sanção] resultante de grave inadimplência ou de falhas técnicas inescusáveis na execução dos contratos.⁸³

Segundo este mesmo autor, a declaração de inidoneidade não poderia ser aplicada na primeira falta contratual ou técnica, mesmo que grave, se não houvesse dolo. Só seria possível a aplicação da declaração de inidoneidade, a mais grave sanção a que se sujeita o contratante, na ocorrência de dolo ou má-fé do contratante ou na hipótese de reincidência na falha⁸⁴.

⁸² A Lei 5.456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas a licitações previstas no Decreto-Lei 200/1967.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 3. ed. ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1977, p. 273-274

⁸⁴ *Ibidem*, p. 274

É de se observar que os efeitos das sanções previstas pelo Decreto-Lei 200/1967 ficavam restritos à Administração Federal, conforme disposto no inciso II do artigo 136. Embora essas normas também fossem aplicadas por Estados e Municípios, forte no que dispunha a Lei 5.456, de 20 de junho de 1968, não é possível afirmar que os efeitos se estenderiam aos demais entes federativos, pois o inciso II do artigo 136 foi taxativo em afirmar que a inidoneidade seria para licitar “na Administração Federal”. Se aplicada por Estado ou por Município, a sanção ficaria limitada dentro de sua respectiva Administração. Da redação da norma não se poderia ter outro entendimento.

As normas do Decreto-Lei 200/1967 vigoraram até 1986, quando instituído o Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro do mesmo ano, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal. Este diploma inovou substancialmente o trato da questão em análise, regulando uma série de questões envolvidas com a aplicação de sanções aos contratados, principalmente no que se refere às hipóteses em que seriam aplicadas. Foi estabelecido que as sanções seriam aplicadas pela *inexecução total ou parcial do contrato*, mas também quando, em virtude do contrato, fosse praticada *fraude fiscal no recolhimento de qualquer tributo*, cometidos *ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação* ou que demonstrassem a *inidoneidade da empresa ou profissional*, como se observa nos dispositivos abaixo:

Art. 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado as seguintes sanções.⁸⁵

I - advertência;

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

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

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos da punição.⁸⁶

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

⁸⁵ Esta é a redação original do dispositivo, que foi alterado pelo Decreto-Lei 2.360/1987, passando a vigorar com a seguinte redação: “Art. 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:”

⁸⁶ Esta redação foi alterada pelo Decreto-Lei 2.360/1987, que assim dispôs: “IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Federal, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.”

§ 2º As sanções previstas nos incisos III e IV poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II.⁸⁷

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 dias da abertura de vista.

Art. 74. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou profissionais que, em razão dos contratos regidos por este decreto-lei:

I - praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal, no recolhimento de quaisquer tributos;

II - praticarem atos ilícitos, visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrarem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados.

Uma das alterações que se observa é o prazo da suspensão temporária de participação em licitação, limitado ao período máximo de dois anos. O Decreto-Lei 200/1967 não estabelecia um limite, apenas dizia que a suspensão seria pelo prazo que a autoridade competente fixar.

Também é importante ressaltar que o dispositivo não fala somente em *suspensão temporária de participação em licitação*, mas também em *impedimento de contratar*, ou seja, não é somente a participação em licitação que está proibida, mas o estabelecimento de qualquer contrato com a Administração. Essa distinção é importante em um cenário em que é possível realizar contratos sem a necessidade do procedimento licitatório, como nos casos de dispensa de licitação. Assim, por exemplo, para a realização de uma obra ou serviço de engenharia com valor inferior ao previsto no inciso I do artigo 22 (CZ\$100.000,00) a licitação estava dispensada, mas a Administração não poderia contratar com empresa sancionada na forma do inciso II do artigo 73, pois a empresa, além de estar proibida de participar de licitação, também não poderia contratar com a Administração.

Poder-se-ia indagar, então, por que o dispositivo apenas não afirmou que a restrição seria para contratar com a Administração. Ora, sabemos que o legislador não usa palavras inúteis; se fez a distinção é por que considerou importante restringir as duas faculdades. E há sentido nisso, principalmente quando se verifica a existência da modalidade de licitação denominada convite, em que bastaria a escolha, pela Administração, de três interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação. Se a restrição fosse apenas para contratar, facilitaria a prática de fraudes,

⁸⁷ Redação original alterada pelo Decreto-Lei 2.360/1987, passando a vigorar como: “§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 dias úteis.”

como o direcionamento da licitação; se a Administração quisesse contratar com uma empresa pré-determinada, bastaria escolher, além desta, outras duas que tivessem proibidas de contratar. Assim, se um particular estivesse proibido de licitar, a Administração não poderia nem convidá-lo para participar do procedimento licitatório. No caso da modalidade convite, deveria escolher no mínimo três interessados sem esse tipo de restrição.

O tratamento dado à declaração de inidoneidade também sofreu mudanças. Além de afirmar que a inidoneidade é tanto para licitar quanto para contratar, necessidade de distinção tratada acima, foi estabelecido que a punição teria eficácia enquanto perdurasse os motivos pelos quais ela foi imposta. Essa a primeira redação, alterada oito meses depois pelo Decreto-Lei 2.360/1987, que introduziu outra hipótese de extinção da sanção, a reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade. Este Decreto-Lei alterador também esclareceu que a restrição seria perante a Administração Federal, já que na primeira redação estava disposto que a restrição seria perante a Administração. Entendeu por bem o legislador esclarecer este ponto.

O novo diploma estabeleceu, ainda, que a declaração de inidoneidade seria de competência exclusiva de Ministro de Estado e que deveria ser facultada defesa ao acusado, no respectivo processo, no prazo de dez dias da abertura de vista. O diploma anterior, Decreto-Lei 200/1967, foi silente quanto a determinar a autoridade competente para impor a sanção. Entendia-se que seria o Ministro de Estado em função de que tradicionalmente essa competência lhe cabia⁸⁸. De fato, o Decreto 15.783, de 08/11/1922, em seu artigo 741, §2º, determinava que a competência para declarar a inidoneidade era de Ministro de Estado.

As inovações trazidas pelo Decreto-Lei 2.300/1986 não se restringiram nisso. No que se refere à aplicação de sanções aos contratados, foi exigido que no próprio Edital da licitação deveriam estar indicadas as sanções para o caso de inadimplemento contratual (Art. 32, inciso III); além da necessidade de haver, no contrato, cláusulas estabelecendo as responsabilidades das partes e respectivas penalidades (Art. 45, inciso VII). Foi exigido também que a aplicação de sanção, prerrogativa da Administração conferida pelo regime jurídico dos contratos administrativos, deveria ser motivada (Art. 48, inciso IV). O artigo 71 estabeleceu

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 3. ed., p. 275

ainda que o adjudicatário que se recusasse a assinar o contrato estaria descumprindo sua obrigação e, por isso, sujeito à aplicação da sanção de multa, conforme redação original, ou de qualquer penalidade prevista no artigo 73, conforme redação dada pelo Decreto-Lei 2.360/1987, ainda que não tivesse sido caso de licitação.

Em 1988, com a promulgação da novel Constituição da República Federativa do Brasil, significativas mudanças ocorreram em todo ordenamento jurídico brasileiro, e o tema das licitações e contratos administrativos não ficou imune às alterações advindas deste que pode ser considerado o fato político de maior relevância para o direito nas últimas décadas.

A Constituição de 1988 trouxe inovações que repercutiram em todas as esferas do direito, sem exceções. A exigência de licitação para contratos administrativos, por exemplo, virou princípio constitucional, insculpido no inciso XXI do artigo 37:

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:⁸⁹

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Constituição fixou, também, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista (Art. 22, inciso XXVII). Assim, Estados e Municípios passaram a ter de adotar as normas gerais estabelecidas por Lei editada pela União. Quis o Poder Constituinte uniformizar o

⁸⁹ Esta é a redação atual do *caput* do artigo 37, com redação da Emenda Constitucional nº 19/1998. Na redação original estava consignado que: “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:[...]”

tratamento dispensado à disciplina jurídica das licitações e contratos administrativos e essa opção legislativa não pode ser desconsiderada quando da interpretação das normas que regulam a matéria. Essas normas gerais vieram a lume com a Lei federal 8.666, de 21 de junho de 1993.

Antes de abordar as regras dessa lei, é importante ressaltar que, no texto constitucional, estão previstos os fundamentos de outros institutos jurídicos que, se em seu texto não dizem respeito diretamente com a questão das licitações e contratos administrativos, as normas legais que os regulamentam trazem repercussões relevantes ao regime das licitações e contratos administrativos, principalmente no tema que ora nos propusemos a analisar, qual seja, as sanções impostas aos particulares. Assim, por exemplo, fundado no princípio da livre concorrência que deve pautar a ordem econômica, o legislador aprovou a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, com o intuito de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica. Esta norma, além de considerar infração à ordem econômica a combinação prévia de preços ou o ajuste de vantagens pelos participantes de concorrência pública ou administrativa (Art. 21, inciso VIII), estabelece em seu artigo 24, inciso II, que, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderá ser aplicada a sanção de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal.

Também tem guarida constitucional o instituto da proibidade administrativa (Art. 37, §4º e Art. 85, inciso V), cuja lei regulamentadora prevê, como possível sanção aplicável a quem praticar atos de improbidade administrativa, a proibição de contratar com o Poder Público (incisos I a III do artigo 12 da Lei 8.429, de 02/06/1992).

Outro diploma normativo que prevê sanção semelhante é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, que assim dispôs:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Em 30 de setembro de 1997, com o ingresso ao ordenamento jurídico da Lei 9.504, que estabeleceu normas para as eleições, o mesmo tipo de interdição foi

estabelecido para a pessoa jurídica que desrespeitasse regras pertinentes a doações para campanhas eleitorais.

Em 2002, foi aprovada a Lei 10.520, que instituiu modalidade de licitação denominada pregão. Nela também houve previsão de sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, conforme se observa da redação de seu artigo 7º:

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.

Regra semelhante está no artigo 47 da recente Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Com isso concluímos a abordagem evolutiva por que passou o tema das sanções restritivas do direito de licitar e contratar dos particulares. Verificamos como este tema foi tratado pelo direito brasileiro desde que foi instituído pelo Código de Contabilidade da União em 1922 até os dias de hoje. Na sequência abordaremos as normas atualmente vigentes reguladoras da matéria, às quais já fizemos referência acima de maneira sintética.

3.2 PANORAMA ATUAL

Atualmente vários diplomas normativos tratam sobre restrições do direito de licitar e de contratar em virtude de sanções impostas aos particulares. Essas normas têm muitas diferenças entre si, tanto na configuração das hipóteses ensejadoras da aplicação da sanção, quanto no que se refere à competência para sua imposição e aos efeitos daí decorrentes. Apenas com a finalidade de facilitar a exposição, vamos

abordar cada uma dessas hipóteses sancionatórias conforme a situação da autoridade competente.

3.2.1 Sanções impostas pelo licitante/contratante

As sanções previstas pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e pela Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011, são aplicáveis pela Administração⁹⁰. Esta competência decorre do regime jurídico dos contratos administrativos, que atribui à Administração – entendida como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – a prerrogativa de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste (Art. 58, inciso IV, da Lei 8.666/1993). Segundo Marçal Justen Filho, esta prerrogativa da Administração decorre da auto-executoriedade dos atos administrativos⁹¹.

Das sanções previstas pelo ordenamento que são impostas pela Administração, as que têm como consequência limitar o direito dos particulares de licitar e contratar com a Administração Pública são as previstas nos incisos III (suspensão temporária) e IV (declaração de inidoneidade) do artigo 87 da Lei 8.666/1993, no artigo 7º (impedimento de licitar e contratar) da Lei 10.520/2002, bem como no artigo 47 da Lei 12.462/2011.

Essas sanções podem ser impostas pela Administração independentemente da existência de contrato administrativo firmado com o apenado⁹², ou seja, a Administração pode impor a sanção quando figure como órgão contratante ou como órgão licitante. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou afirmando que a aplicação das sanções previstas pela Lei 8.666/1993 independe da existência de contrato administrativo, podendo ser aplicadas a quem tenha

⁹⁰ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 62

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 682

⁹² Há quem entenda que somente o contratado estaria suscetível das sanções previstas pela Lei 8.666/1993, que essas penalidades não poderiam ser impostas ao licitante. Para aprofundamento dessa discussão, ver DIAS, Eduardo Rocha. *Op. cit.*, p. 64-66, o qual refuta tal posição.

simplesmente participado de licitação⁹³. Se a Administração pode sancionar quem tenha participado de licitação – mesmo não tendo contratado – seu poder sancionatório é exercido, neste caso, por ser órgão licitante.

A lei não especifica, expressamente, quem é a autoridade responsável por aplicar a sanção de suspensão temporária (inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/1993) e de impedimento de licitar e contratar (Art. 7º da Lei 10.520/2002), apenas afirma que a declaração de inidoneidade é de competência exclusiva de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Uma interpretação sistemática dos dispositivos legais, porém, nos leva à conclusão de que as demais sanções devam ser aplicadas pela autoridade competente do órgão contratante⁹⁴.

Resta solucionar, ainda, o problema da autoridade competente para declaração de inidoneidade quando os motivos determinantes ocorrerem no âmbito das entidades da Administração Indireta ou dos Poderes Legislativo e Judiciário ou, ainda, no âmbito do Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas, quando atuarem como órgãos licitantes e contratantes, já que a Lei afirma que a competência é de Ministros e Secretários Estaduais e Municipais. No caso dos demais poderes, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Tribunais de Contas, entendemos que a sanção deva ser aplicada pela autoridade máxima do órgão em questão; já, em se tratando de punição do âmbito da Administração Indireta, segundo entendimento de Rita Tourinho,

caso a autoridade máxima do ente descentralizado entenda cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade no caso concreto, deverá remeter o processo para o órgão da Administração Direta, com o qual possui relação de vinculação, para que a sanção seja devidamente imposta.⁹⁵

⁹³ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ERRO NA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NOME DO ADVOGADO GRAFADO DE MANEIRA INCORRETA. POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO FEITO. LICITAÇÃO. PENA DE INIDONEIDADE. SANÇÃO APLICADA À EMPRESA ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. [...] 6. É inconcebível a tese de que a Lei nº 8.666/93 reservaria punições somente aos licitantes contratados e toleraria fraudes e atos ilícitos promovidos por participantes que não se sagraram vencedores do certame, ainda que tenham dolosamente empreendido artifícios que, se não frustraram a competição por completo, atentaram de forma extremamente reprovável contra a Administração Pública e, em última análise, contra o interesse público da coletividade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Recurso Especial 1192775/SP*. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em 18 nov. 2010. DJe 01 dez. 2010)

⁹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 718 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 822

⁹⁵ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, jan./mar., 2007, p. 90

Um dos maiores problemas na questão da aplicação das sanções previstas pela Lei 8.666/1993 diz respeito à falta de detalhamento das hipóteses ensejadoras de um ou outro tipo de sanção. De fato, a norma prevê, no *caput* do artigo 87, que a aplicação dos quatro tipos de sanções (advertência, multa, suspensão provisória e declaração de inidoneidade) será *pela inexecução total ou parcial do contrato*. Prevê também, no artigo 88, incisos I a III, que as sanções de suspensão provisória e de declaração de inidoneidade poderão ser aplicadas a quem: i) tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; ii) tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; ou iii) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados. Nos três últimos casos, as condutas devem guardar relação com as licitações e contratos em que o particular tenha participado, isto é, não é qualquer condenação por fraude fiscal que ensejará a aplicação da suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, mas sim a fraude fiscal em virtude dos contratos administrativos em que o particular tenha figurado como parte.

A evidente generalidade da hipótese de aplicação – inexecução total ou parcial do contrato – e a falta de critérios para escolha da sanção cabível têm levado muitos autores a afirmar que esta norma fere o princípio da tipicidade, da segurança jurídica e do Estado de Direito⁹⁶. Concordamos apenas em parte com essa opinião. Como vimos desde o início de nossa exposição, sanção é consequência negativa imposta à inobservância de um dever jurídico. Para que se possa falar em dever, necessária a existência de uma norma jurídica que proíba ou obrigue determinada conduta. Para que alguém possa livremente escolher entre seguir o que determina a norma ou desrespeitá-la, necessário que fique claro quais serão as consequências para a violação do dever. Deve haver clareza nessa disposição.

Não há como negar que falta clareza na redação da norma legal. Uma previsão genérica de inexecução total ou parcial do contrato pode ensejar tanto a aplicação de simples advertência como uma declaração de inidoneidade, proibindo o particular de licitar e contratar com toda a Administração Pública. Evidentemente que se infere, da sistemática adotada, que há uma gradação entre os tipos de sanção e que deva ser analisada a gravidade da infração para que seja aplicada a penalidade.

⁹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 137

Um atraso simples na entrega de uma mercadoria, que não implicasse em maiores problemas para a Administração, não poderia ser punido da mesma forma como a entrega de mercadorias falsificadas, apenas para citar um exemplo. Mas o só fato de haver uma evidente gradação entre os tipos de sanções, impondo que o Administrador realize um juízo de proporcionalidade quando da aplicação da sanção, não nos parece que tenha resolvido o problema da insegurança jurídica existente. Também não concordamos que o administrador goze de discricionariedade para escolha da sanção cabível, entendimento que é defendido, por exemplo, por Marçal Justen Filho, quando insiste

na tese da impossibilidade de atribuição de competência discricionária para imposição de sanções, mesmo quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade refere-se, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da hipótese de incidência da sanção.⁹⁷

Entretanto, quando se trata de estabelecer normas gerais sobre contratos administrativos, seria impossível que o legislador determinasse, no texto da lei, quais seriam as condutas passíveis de advertência, de multa, de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade. Isso seria uma tarefa impraticável face à grande diversidade dos contratos realizados pelo Poder Público. São muito diversas as obrigações decorrentes de contratos para fornecimento de bens de consumo, para prestação de serviços terceirizados, para desenvolvimento de softwares de gestão, para execução de obra pública, para fornecimento de medicamento, etc. Não há como, no texto legal, prever detalhadamente quais são os deveres e respectivas sanções que podem estar presentes em todos os tipos de contratos firmados pela Administração. Mas como, então, respeitar a segurança jurídica nessas relações? Como não deixar a escolha das sanções aplicáveis apenas ao juízo de discricionariedade do Administrador, fazendo com que o particular só saiba qual será a pena aplicada após a prática do ato ilícito?

Devemos aqui fazer menção a uma particularidade que distingue a relação estabelecida entre o Poder Público e o particular em virtude de um procedimento licitatório e de um contrato administrativo de outras relações existentes. Estamos

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 818

falando da distinção que se faz entre relação de sujeição geral e especial. Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, é possível distinguir administrado simples e administrado qualificado.

O administrado simples ostenta uma posição puramente genérica de cidadão, o administrado qualificado matiza sua posição de um *status* especial que lhe singulariza da situação genérica, em virtude de um tipo de relação concreta que o liga com a Administração de uma maneira específica. Esta distinção é puramente funcional: todos somos administrados simples na maior parte de nossas relações com a Administração, todos podemos ser, em uma circunstância, administrados qualificados, ainda que sempre a respeito de relações concretas e só no seios destas.⁹⁸

Segundo os autores as relações estabelecidas entre a Administração e seus contratados enquadram-se nestas relações qualificadas⁹⁹. Segundo Maysa Verzola, “verifica-se supremacia (ou sujeição) especial quando o indivíduo se integra ao aparelho burocrático, quando recebe delegações de caráter estatal, quando contrata com a Administração ou quando utiliza serviços públicos”¹⁰⁰.

Não há como negar que há diferenças, por exemplo, em uma relação tributária entre Administração e o contribuinte da relação contratual estabelecida entre a Administração e o licitante ou contratado. Um elemento que distingue, por exemplo, é que na relação tributária o particular não tem poder de escolha entre pagar ou não o tributo, mas na relação contratual o particular tem a opção por não participar de licitação e de não contratar com o Poder Público. Todos são obrigados a pagar tributo, mas ninguém é obrigado a contratar com a Administração Pública.

O fato de haver uma relação qualificada entre Administração, licitantes e contratados nos faz verificar que não é necessária a tipificação em lei de todos os deveres, obrigações e responsabilidades existentes. Isso, entretanto, não autoriza o uso da discricionariedade do Administrador na escolha das sanções cabíveis. O fato de haver uma relação qualificada possibilita que a especificação dos deveres e das respectivas sanções seja feita em outro momento, que não a lei. “Prega-se que a Administração somente pode retirar poderes da lei em casos de supremacia geral

⁹⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti, Colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1990, p. 737

⁹⁹ *Ibidem*, p. 739

¹⁰⁰ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117

[...], nos casos de supremacia especial é possível buscar fundamentos jurídicos outros que não a lei”¹⁰¹. Entendemos que essa especificação deve ser realizada mediante regulamento, no ato convocatório da licitação ou no próprio contrato firmado entre as partes. Esse entendimento já é defendido por Marçal Justen Filho, quando afirma que, mesmo diante da omissão da lei em estabelecer os pressupostos de aplicação de cada sanção,

cabe apenar os infratores, mas sem prestigiar o arbítrio e a prepotência. A solução consistiria em exigir que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento.¹⁰²

Aliás, a própria Lei 8.666/1993 determina que no Edital estejam indicadas, obrigatoriamente, as sanções para o caso de inadimplemento (Art. 40, inciso III) e que seja anexada a minuta do contrato que será celebrado entre a Administração e o licitante vencedor (Art. 40, §2º, inciso III). Dispõe a lei, também, que são cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas (Art. 55, VII). Ora, se a lei determina que no Edital e no contrato devam estar previstas as responsabilidades das partes e as sanções cabíveis, percebe-se que a própria lei definiu este o momento oportuno de estabelecer a especificação. Deve o administrador, então, ao elaborar o Edital e a minuta do contrato, estabelecer, detalhadamente, as obrigações das partes e as respectivas sanções que serão aplicadas para cada caso. Não basta o administrador, apenas para cumprir o que manda a lei, copiá-la literalmente e estabelecer que a inexecução total ou parcial do contrato ensejará a aplicação das penas de advertência, multa, suspensão ou declaração de inidoneidade. O conteúdo da lei já é conhecido de todos, o que deve o administrador fazer é especificar as hipóteses de aplicação de uma ou de outra sanção, tanto quanto possível. Segundo Zanotello, “para que seja possível a aplicação dessas sanções, é necessário que elas estejam dispostas no edital e no contrato, com a descrição das condutas que podem gerar a sua ocorrência”¹⁰³.

¹⁰¹ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*, p. 117

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 815

¹⁰³ ZANOTELLO, Simone. *Manual de redação, análise e interpretação de Editais de Licitação*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113

Estando as hipóteses de aplicação de cada sanção determinadas previamente no Edital e no contrato, não há como se falar em insegurança jurídica e em violação ao princípio da tipicidade, pois não haveria incerteza neste caso. Seria incoerente um particular, que tenha participado de um procedimento licitatório ou que tenha estabelecido um contrato com a Administração, onde as hipóteses de aplicação de cada sanção estivessem determinadas no Edital e no contrato, alegar insegurança jurídica e, por não haver previsão expressa na lei de quando seria aplicada cada sanção, esta não poderia ser aplicada. Entendimento deste tipo vai de encontro aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre os licitantes, que obriga tanto a Administração quanto os particulares. Desrespeitar o contido no Edital e no contrato é mudar as regras depois de ter iniciado o jogo¹⁰⁴, com graves consequências a todos os envolvidos no processo, inclusive aos licitantes que, talvez por terem achado as regras duras demais, tivessem optado por não participar do certame ou por apresentar propostas menos competitivas e, por isso, não tenham obtido êxito. Conforme lição de Di Pietro

Quando a administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prender aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.¹⁰⁵

Reputa-se possível, também, como medida tendente a racionalizar os procedimentos licitatórios, que, para aqueles contratos que sejam corriqueiros no âmbito da Administração, as hipóteses de aplicação das sanções estejam previstas nos regulamentos administrativos, isto é, nas normas editadas pela Administração, aprovadas pela autoridade competente e devidamente publicadas. Neste caso, entendemos que não há a necessidade de repetir essas normas no Edital, bastando que sejam expressamente referidas, isto é, com a indicação do ato que as aprovaram (decreto, resolução, portaria, etc.)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ZANOTELLO, Simone. *Manual de redação, análise e interpretação de Editais de Licitação*, p.93

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 335

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. – São Paulo: Malheiros, 1997, p. 37

Infelizmente, a prática administrativa tem demonstrado que há um longo caminho a ser seguido neste sentido. A grande maioria dos contratos firmados pela Administração limita-se a especificar as hipóteses de aplicação de advertências e multas contratuais, deixando a possibilidade de aplicação da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade previstas genericamente.

É evidente que haverá situações em que não seja possível ou que não se demonstre necessária uma previsão expressa no edital e no contrato, mas que mesmo assim seriam passíveis de aplicação das penas de suspensão provisória e declaração de inidoneidade, como nos casos previstos pelo artigo 88 da Lei 8.666/1993.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Assim, aquele que, por exemplo, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, estará cometendo um crime previsto no artigo 90 da Lei e, por isso, suscetível de receber as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, conforme previsto pelo inciso II do artigo 88, além, é claro, da sanção específica de detenção prevista para o crime.

De todo o exposto, temos que é recomendável à Administração, como medida tendente a diminuir a falta de previsibilidade na aplicação das sanções, que sejam, quando possível, especificadas suas hipóteses de incidência, seja mediante regulamento administrativo, seja no ato convocatório ou no contrato a ser firmado. Quando a Administração inicia um procedimento licitatório, já possui elementos mais concretos para definir quais os tipos de inexecuções contratuais são mais ou menos graves, podendo, então, especificar qual tipo de sanção será aplicada para cada um. Em nosso entendimento, não há razão plausível para que a Administração não

atribua, ao menos no contrato, qual sanção será cabível para o descumprimento de cada um dos deveres que obrigatoriamente estarão determinados.

Cabe ressaltar, ainda, que “somente incidirão as sanções administrativas em caso de inadimplemento culposo”¹⁰⁷. Assim, não se pode falar, aqui, em responsabilidade objetiva. A análise da culpabilidade do infrator é indispensável para que se possa atribuir algumas das sanções previstas pela lei.

Quanto ao procedimento adequado para a aplicação da sanção, o Administrador deve sempre oportunizar os mais amplos meios de defesa ao licitante e contratado. Não se permite a imposição de nenhuma medida sancionatória sem a obediência a um procedimento que respeite as garantias do administrado. Segundo Carlos Ari Sundfeld,

É muito mais comum do que se supõe a exigência de que se observem certos atos prévios como condição da prática de um ato administrativo. A questão oferece interesse especial em matéria de atos sancionadores, pois são justamente os atos procedimentais que propiciam a oportunidade de defesa do acusado, idéia tão festejada no Direito, mas freqüentemente olvidada na esfera administrativa.¹⁰⁸

E segue afirmado que, o fato das atividades estatais constituírem-se em funções e resultarem em atos unilaterais que invadem a esfera jurídica dos indivíduos, impõe a necessidade de uma “regulação do processo formativo da vontade estatal”¹⁰⁹.

Nem sempre, entretanto, a lei fará menção expressa ao procedimento que será adotado para imposição da sanção, assunto que já abordamos anteriormente. Poderá a lei estabelecer alguns parâmetros sobre o procedimento a ser adotado, mas não esgotar a matéria. Neste caso, permite-se à Administração a edição de normas para suprir as lacunas da lei. Essas normas, entretanto, não poderão, de forma alguma, desrespeitar os princípios constitucionais e as balizas estabelecidas pelo legislador ordinário. Desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, já não se tem mais dúvidas da necessidade de serem observados, nos procedimentos administrativos, os princípios do contraditório e da ampla defesa, forte no que dispõe o inciso LV de seu artigo 5º.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 812

¹⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 298, p.99-106, abr./jun., 1987, p. 99

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 101

Deve-se ter em conta que o direito de defesa assegurado ao administrado não significa, tão somente, oportunizar sua manifestação no processo. Ao direito de defesa estão intrinsecamente relacionados os direitos de informação, de manifestação e de ter seus argumentos considerados. Neste sentido se afirma que

a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação* [...], que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes.
- *direito de manifestação* [...], que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo
- *direito de ver seus argumentos considerados* [...], que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas.¹¹⁰

Além desses princípios já referidos, o procedimento deve proporcionar a defesa prévia, isto é, anterior à aplicação da sanção, os atos devem ser motivados, a decisão deve ser fundamentada e ater-se aos elementos constantes dos autos, e deve ser garantida a possibilidade de uma nova análise do procedimento, mediante recursos, pedido de reconsideração ou revisões¹¹¹.

Em se tratando das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade a Lei 8.666/1993 já estabeleceu algumas regras procedimentais. Determinou, por exemplo, a necessidade de defesa prévia e o direito a nova apreciação da questão, mediante recurso ou pedido de reconsideração. No caso da *suspensão temporária*, terá o acusado o prazo de cinco dias úteis, após a intimação e abertura de vista, para efetuar sua defesa (art. 87, §2º), podendo recorrer da decisão, também no prazo de cinco dias úteis da intimação do ato (art. 109, inciso I, alínea "f"). Já para a *declaração de inidoneidade*, há uma aparente contradição na lei, que prevê dois prazos para a defesa. O §2º do artigo 87 dispõe que o prazo é de cinco dias úteis, e seu §3º, que é de dez dias consecutivos. Como o §2º é mais genérico, referindo-se aos quatro tipos de sanção (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade), e o §3º é específico da declaração de

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 592, grifos do autor

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 298, p.99-106, abr./jun., 1987, p. 104-106

inidoneidade, entendemos que deva ser aplicado o prazo previsto neste último dispositivo, aplicando-se a regra da norma especial. Há outro argumento, também, que entende deva ser aplicado o prazo de dez dias consecutivos em virtude da maior gravidade da pena de declaração de inidoneidade¹¹². Da decisão que declarar inidôneo o particular caberá pedido de reconsideração, também no prazo de dez dias úteis da intimação do ato (art. 109, inciso III).

Dispõe a lei, ainda, que a contagem dos prazos de recurso e de pedido de reconsideração não se inicia sem que os autos estejam com vista franqueada ao interessado (art. 109, § 5º). Após o recurso, a autoridade que aplicou a sanção poderá reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou encaminhar à autoridade superior, no mesmo prazo, para que esta profira sua decisão.

Tendo analisado as hipóteses de aplicação da sanção, isto é, o dever jurídico violado, bem como a autoridade competente para aplicar a sanção e a necessidade de ser obedecido um procedimento para impor a sanção, resta analisar a medida das sanções, isto é, os efeitos jurídicos que cada uma delas possui. Este é, talvez, o âmbito de análise onde residem as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Começamos com a análise de prazo de vigência da sanção. Para a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, fundada no inciso III do artigo 87 da Lei 8666/1993, o prazo não poderá ultrapassar dois anos. O problema reside na análise do prazo da declaração de inidoneidade, onde os posicionamentos são divergentes, muito em função da falta de clareza na redação do inciso IV do artigo 87, *in verbis*:

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.

Segundo Edmir Netto de Araújo, a declaração de inidoneidade “vigora por tempo indeterminado, até que se promova a reabilitação (não antes de dois anos) do

¹¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 719

punido, sem dispensar o ressarcimento pelos prejuízos causados”¹¹³. Não é diversa a opinião de Maria Silvia Zanella Di Pietro¹¹⁴ e de Rita Tourinho, que assim dispõe:

No que concerne à sanção de declaração de inidoneidade, esta teria um prazo indeterminado, sendo o mínimo de dois anos – prazo máximo da sanção de suspensão temporária –, cessando seus efeitos com a extinção dos motivos determinantes da punição e com o ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração. [...] possuindo prazo indeterminado, a extinção desta sanção depende da reabilitação do infrator.¹¹⁵

Com a devida vênia às opiniões supracitadas, entendemos que há duas possibilidades de extinção da punição, pois a lei afirma que a punição será: i) enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição; ou ii) até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade. Há uma alternatividade prevista na norma, com duas condições para extinção da punição: i) extinção dos motivos determinantes da punição; ou ii) reabilitação. Somente no caso de reabilitação é que devem ser exigidos os requisitos de transcurso do prazo da suspensão provisória – dois anos – e do ressarcimento de eventual prejuízo causado à Administração. Se a extinção desta sanção decorrer da extinção dos motivos determinantes de sua aplicação esses requisitos não se aplicam.

A análise da extinção dos motivos determinantes da punição deverá ser feita de acordo com a fundamentação utilizada pela autoridade competente para aplicação da sanção. Assim, se o agente público fundamentar a aplicação da punição em um motivo que pode ser sanado pelo particular, não há porque perdurar a punição se o problema for resolvido. Se há outro motivo para que a punição persista, este deverá estar contido na fundamentação da decisão.

Sendo assim, entendemos que a duração da declaração de inidoneidade será por prazo indeterminado, tendo seu fim em virtude, ou da extinção dos motivos determinantes da punição, ou da reabilitação perante a autoridade competente. Esta última possibilidade somente será proporcionada ao particular após dois anos da aplicação da sanção e desde que ressarcida a Administração. Deve-se ressaltar que, embora o prazo seja indeterminado, a Constituição proíbe penas de caráter

¹¹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 718

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 253

¹¹⁵ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, p.77-94, jan./mar., 2007, p. 89

perpétuo. Assim, deve-se compatibilizar a norma com o mandamento constitucional. Entendemos que devam ser aplicados, analogicamente, em favor do sancionado, o limite máximo de cinco anos previsto no artigo 7º da Lei 10.520/2002 e no artigo 47 da Lei 12.462/2011, que também dispõem sobre sanções aplicadas pela Administração a licitantes e contratados.

Discute-se também quanto à possibilidade de cumulação das sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade. Marçal Justen Filho entende que podem ser cumuladas¹¹⁶, já Eduardo Rocha Dias refuta esta ideia, fundado na necessidade de observância do princípio da proporcionalidade¹¹⁷. Em nossa opinião a discussão é de todo despropositada, já que o efeito prático das duas sanções é impossibilitar o particular de licitar e contratar com o Poder Público. Se o que as distingue é o prazo, seria indiferente aplicar uma ou as duas. Mesmo no caso de ser aceita a tese de que haveria uma diferença entre as duas espécies no que se refere à extensão aos órgãos da Administração Pública, sendo a declaração de inidoneidade mais abrangente do que a suspensão temporária, em nada alteraria o fato de ser aplicada uma ou as duas sanções concomitantemente, pois a restrição da suspensão temporária estaria contida na restrição da declaração de inidoneidade.

Outra questão importante refere-se à extensão dos efeitos da sanção aos sócios de uma pessoa jurídica sancionada. O tema merece ser analisado, principalmente em virtude do mandamento constitucional afirmando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (Art. 5ª, inciso XLV). Também não podemos desconsiderar o fato de que os sócios de uma empresa sancionada na forma da Lei de Licitações poderão extinguir a empresa e criar uma nova, com configuração idêntica, tornando ineficaz a sanção imposta pela Administração. Não se pode olvidar, também, do fato de que muitas vezes o instituto da personalidade jurídica é utilizado para que fraudes sejam praticadas nas mais diversas relações econômicas. Segundo Fábio Medida Osório,

O Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público, depara com o concreto problema gerado por pessoas jurídicas que atuam ilicitamente em detrimento de importantes valores tutelados e protegidos pela ordem jurídica e, não raro, pela Administração Pública, à qual os interesses gerais estão confiados pela sociedade. Na ótica do Direito Punitivo,

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 823

¹¹⁷ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 100

nesta esfera, a atuação, essa objetiva capacidade de atuar das pessoas jurídicas, resulta da personalidade jurídica dessas entidades, que podem, portanto, manifestar uma específica vontade juridicamente relevante, embora fictícia, na vida de relações, sem que se identifiquem, muitas vezes, as pessoas físicas que realmente comandam e ditam essas decisões com pleno domínio dos fatos e seus desdobramentos. A pessoa jurídica, por essa realista perspectiva, atua ilicitamente, pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica, mas não se ignora que, necessariamente, haverá uma vontade humana por trás do atuar da pessoa jurídica.¹¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre o problema, entendendo que, se o instituto da personalidade jurídica for utilizado com a finalidade de fraudar a imposição de sanção administrativa, deve-se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em virtude do abuso de forma, da fraude à lei, do respeito à moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, conforme se verifica do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.¹¹⁹

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, p. 386

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15166/BA*. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 07 ago. 2003. RSTJ vol. 172 p. 247

Ressalta-se que o fato de haver uma sanção administrativa não impede que os sócios de uma empresa sancionada criem outra empresa, mas não se pode desconsiderar a sanção anteriormente imposta¹²⁰.

Por fim, resta analisar a amplitude dessas sanções quantos aos órgãos do Poder Público abrangidos pela restrição. Discute-se se o particular suspenso temporariamente ou declarado inidôneo estaria impossibilitado de licitar e contratar apenas com o órgão que aplicou a sanção ou com todos os órgãos da Administração Pública.

Há quem entenda que, pelo fato da Lei 8.666/1993 utilizar o conceito de Administração para se referir à suspensão temporária (art. 87, III) e de Administração Pública para a declaração de inidoneidade (art. 87, IV), a lei estaria remetendo o intérprete ao artigo 6º, incisos XI e XII, que estabelecem o que se deve entender por Administração Pública e por Administração, respectivamente, *in verbis*:

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

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

Em virtude dessas conceituações legais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²¹ e Marçal Justen Filho¹²² entendem que a suspensão temporária tem efeitos no âmbito da entidade Administrativa que a aplique, enquanto que a declaração de inidoneidade tem efeitos perante todos os órgãos da Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já decidiu que não se deve distinguir os termos Administração e Administração Pública, que as expressões são sinônimas, e que tanto a suspensão temporária como a declaração de inidoneidade têm efeitos perante todos os órgãos da Administração Pública:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

¹²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, p. 391

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 253-254

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 821

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.
- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.
- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. [...] ¹²³

Esse posicionamento foi confirmado, posteriormente, fazendo referência expressa que a suspensão temporária não se restringe à um órgão específico, nem aos órgãos de um ente federativo específicos, mas sim a todos os entes federados, conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. [...] ¹²⁴

Há quem diga que, em virtude do princípio federativo, ambas as sanções não poderiam ultrapassar as barreiras do ente federativo ¹²⁵. Assim, sanções aplicadas pela União ficariam restritas no âmbito da União e não vinculariam os demais entes federados, aplicando-se o mesmo para as sanções aplicadas por Estados e por Municípios.

O argumento não é de todo despropositado, mas mesmo assim não deve ser aceito. O fundamento deste argumento reside na noção de que os entes federados dispõem de autonomia para regular sua atividade administrativa, o que englobaria o poder de regular de maneira diversa o âmbito de abrangência das sanções por ele

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Recurso Especial 151567/RJ*. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento: 25 fev. 2003. RSTJ vol. 170 p. 167

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Recurso Especial 174274/SP*. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 19 out. 2004. RSTJ vol. 187 p. 205

¹²⁵ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, p.77-94, jan./mar., 2007, p. 92

impostas. Entendemos que essa visão era possível na ordem constitucional anterior, onde cada ente federado tinha autonomia para legislar sobre suas licitações e contratos administrativos. Como vimos ao analisar o desenvolvimento histórico dessas restrições de direito, as sanções eram restritas aos órgãos do ente federado que aplicava a sanção. Entretanto, a nova ordem constitucional retirou a autonomia dos entes federados para legislar sobre normas de licitação e contratos administrativos ao dispor que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios (Art. 22, inciso XXVII). Verifica-se dessa opção do Constituinte uma clara tentativa de uniformização das regras pertinentes a licitações e contratos administrativos. Assim, a própria constituição restringiu a autonomia dos entes federados, por isso, não há que se falar em desrespeito ao princípio da autonomia federativa.

Segundo Eduardo Rocha Dias,

As normas definidoras de sanções e infrações, na medida em que se relacionam com princípios fundamentais da Constituição de 1988 (legalidade, moralidade na Administração Pública, a supremacia do interesse público, observância do contraditório e da ampla defesa em matéria punitiva etc.) podem ser caracterizadas como normas gerais. Daí, por que, por um lado, não podem Estados e Municípios prever em suas legislações específicas sanções diversas daquelas relacionadas na Lei 8.666/93 e, por outro, a sanção de declaração de inidoneidade produz efeitos com relação a todas as esferas de governo.¹²⁶

Um fato que vai contra a tese da violação da autonomia administrativa é que os próprios entes federados propuseram, através da Confederação Nacional de Municípios, com apoio do Movimento Municipalista Brasileiro, a criação de Cadastro Nacional de Fornecedores Suspensos de Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal proposta transformou-se no Projeto de Lei Nº 500/2007 do Senado Federal, já aprovado nesta casa e, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados. Desse fato se verifica que os entes federados não estão preocupados com sua autonomia para dispor sobre suas normas, mas sim de dar efetividade ao

¹²⁶ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 104

disposto na Lei 8.666/1993 e saber quem são os particulares que não estão cumprindo com suas obrigações assumidas contratualmente.

É estranho que se alegue o direito da autonomia administrativa do ente federado, limitada pela própria Constituição, para impedir que este mesmo ente federado obstrua a participação em suas licitações e em seus contratos de um particular suspenso ou declarado inidôneo por outro órgão da Administração Pública, isto é, alega-se o possível direito de um (o ente federado) para defender o direito de outro (o particular), mesmo que para restringir a atuação daquele, o que é de uma incoerência absurda.

3.2.3 Sanções impostas pelo Tribunal de Contas da União

Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo em sua função de controle externo¹²⁷. A competência sancionatória do Tribunal de Contas da União¹²⁸ está prevista no próprio texto constitucional, quando afirma que ao Tribunal de Contas da União compete “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário” (Art. 71, inciso VIII).

Os mandamentos e diretrizes constitucionais foram concretizados pelo legislador ordinário com a Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispôs sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Nesse diploma está previsto que o Tribunal, quando da fiscalização dos atos e contratos praticados pela Administração e sujeitos a seu exame, verificada a ocorrência de fraude, poderá aplicar ao licitante a sanção de declaração de inidoneidade, conforme se verifica da redação do seu

¹²⁷ DIAS, Eduardo Rocha. Os Tribunais de Contas e o sancionamento administrativo de licitantes e contratados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p.203-212, 1997, p. 203

¹²⁸ Neste trabalho abordaremos a sanção aplicada pelo Tribunal de Contas da União prevista no artigo 46 de sua Lei Orgânica. Não iremos abordar o sancionamento realizado pelos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal ou pelos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, já que é de competência de cada ente federado fixar normas sobre seus respectivos Tribunais de Contas. A análise das normas de cada ente federado ultrapassaria os limites deste Trabalho. Ressalta-se, no entanto, que muito do que se falar aqui se aplica aos demais Tribunais de Contas, na medida que a própria Constituição Federal, quando dispõe sobre o Tribunal de Contas da União, fixa diretrizes que devam ser seguidas pelos demais entes federativos.

artigo 46: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

Do texto legal verifica-se que a hipótese de aplicação da declaração de inidoneidade aplicada pelo Tribunal é a *fraude comprovada à licitação*. Segundo Eduardo Rocha Dias, entende-se por fraude a “conduta ardilosa, tendente à obtenção de uma vantagem indevida em detrimento do erário público e que macule os objetivos da licitação (isonomia, competitividade e escolha da melhor proposta)”¹²⁹. Assim, sempre que se verificar que o licitante descumprir, de maneira fraudulenta, algum dever inerente à sua condição de partícipe de procedimento licitatório, estará sujeito à declaração de inidoneidade aplicada pelo Tribunal de Contas. Impõe-se observar que os deveres jurídicos violados serão aqueles previstos nas normas que regem o procedimento licitatório.

Para a aplicação desta sanção, necessário que o Tribunal respeite o procedimento adequado, com as garantias processuais inerentes a qualquer procedimento administrativo sancionatório. Já tratamos sobre esse assunto quando abordamos as sanções aplicadas pelo órgão licitante/contratante, para onde remetemos o leitor¹³⁰.

Impõe-se ressaltar, então, somente as disposições específicas previstas pela Lei Orgânica do Tribunal. Assim, sempre que declarado inidoneo um licitante, caberá pedido de reexame dessa decisão (Art. 48). O pedido de reexame tem efeito suspensivo e é apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida (Art. 33). O prazo é de quinze dias, contados da tomada de conhecimento, pelo interessado, da decisão, ou da publicação, no Diário Oficial da União, quando o interessado não for localizado (Art. 30).

Entendemos que, da decisão que julgar o pedido de reexame, não caberá o recurso de revisão previsto no artigo 35, já que a competência para aplicar a declaração de inidoneidade do licitante é do Plenário do Tribunal¹³¹, a quem compete, também, julgar o recurso de revisão. Como é o Plenário que aplica a sanção e que julga o pedido de reexame, não faz sentido que aprecie a questão, pela terceira vez, em sede de recurso de revisão. Assim, entendemos que o único

¹²⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Os Tribunais de Contas e o sancionamento administrativo de licitantes e contratados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p.203-212, 1997, p. 208

¹³⁰ Ver supra, item 3.2.1

¹³¹ Artigo 15, inciso I, alínea “i”, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

meio para rediscutir a aplicação da sanção, após decisão do pedido de reexame, será a via judicial¹³².

Resta estabelecer os efeitos advindos da declaração de inidoneidade aplicada pelo Tribunal de Contas. Quanto ao prazo, não há maiores dificuldades, a duração máxima da pena será de cinco anos. O Tribunal deve observar o princípio da proporcionalidade na definição do prazo, aplicando um prazo menor para fraudes menos graves e, para aquelas mais graves, estabelecer o período máximo de cinco anos.

Diferente da declaração de inidoneidade imposta pelo órgão licitante/contratante, para a declaração de inidoneidade aplicada pelo Tribunal de Contas da União não há a figura da reabilitação. Não há previsão de extinção dessa punição que não seja o término do prazo estipulado pelo Tribunal, nunca superior a cinco anos.

Discute-se, entretanto, a abrangência da pena aplicada pelo TCU, já que o artigo 46 afirma que a inidoneidade será para contratar com a Administração Pública Federal. Há quem entenda que a sanção se estenderia a todos os órgãos da Administração Pública de todas as esferas de governo, nesse sentido afirma Eduardo Rocha Dias que

a declaração de inidoneidade proferida por um tribunal de contas repercutirá inclusive sobre os órgãos e entidades pertencentes a outras esferas de governo, cujos agentes cometeriam o crime previsto no artigo 97 da Lei 8.666/1993 caso admitissem à licitação ou contratassem empresa ou profissional declarado inidôneo.

Entendemos que esta posição não pode prosperar, pois a própria lei limita os efeitos aos órgãos da Administração Federal. O máximo que se pode fazer é criticar a lei, que partiu do pressuposto de que alguém pode ser inidôneo para contratar com alguns órgãos da Administração Pública e idôneo para outros. Como a própria lei delimitou os efeitos da sanção imposta pelo Tribunal, entendemos que só cometerá

¹³² Há quem entenda que alguns atos dos Tribunais de Contas não seriam suscetíveis de serem rediscutidos na via judicial, como a tese defendida por Miguel Seabra Fagundes in *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 167), para quem o “julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas” é uma “exceção ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário”. Este é o entendimento original do autor, que foi mantido pelo atualizador, com a ressalva deste de que essa tese não se aplicaria mais em virtude da guarida constitucional do princípio da inafastabilidade do controle exercido pelo Poder Judiciário.

o crime capitulado no artigo 97 da Lei 8.666/1993 o agente da Administração Pública *Federal* que admita à licitação ou contrate com profissional declarado inidôneo pelo TCU e não os agentes das administrações públicas estaduais e municipais. Entendimento diverso criaria uma nítida situação de insegurança jurídica.

3.2.4 Sanções impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, é o órgão encarregado de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico. Exerce, assim, função de extrema importância para a economia nacional. Suas atribuições estão previstas na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. A atuação do órgão se dá, basicamente, de três formas: i) *preventiva*, como na análise de operações de fusões e incorporações que possam implicar em prejuízos e restrições à livre concorrência (Art. 54), impondo restrições à aprovação da operação; ii) *educativa*, difundindo a cultura da concorrência e instruindo o público sobre as formas de infração de ordem econômica (Art. 7º, inciso XVIII); e iii) *repressiva*, reprimindo as infrações à ordem econômica (Art. 20 e seguintes). Dentro de sua função repressiva, está a competência de aplicar sanções pela prática de infração à ordem econômica (Art. 23). Entre as sanções previstas, está a proibição de contratar com instituição financeira oficial e participar de licitação, artigo 24, inciso II, *in verbis*:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

As hipóteses de aplicação dessa sanção são infrações da ordem econômica, previstas genericamente pelo artigo 20 da lei e especificadas pelo artigo 21, incisos I

a XXIV, dentre as quais se destaca a do inciso VIII: “combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa”. O legislador foi sensível ao fato de que as licitações e contratações realizadas pelo Poder Público têm forte impacto na ordem econômica nacional, conforme se verifica da seguinte passagem:

Com a exceção de bens e serviços produzidos pelo Estado para seu próprio uso – situação que se torna cada vez mais escassa em todo o mundo –, todos os gastos governamentais, seja de investimento, seja de custeio, são materializados na forma de pagamentos a fornecedores privados. Todo organismo governamental, qualquer que seja seu tamanho, realiza licitações: de lápis a usinas hidrelétricas, de cadeiras a estradas, de lâmpadas a edifícios, tudo o que é comprado ou encomendado passa por uma licitação. Isso significa uma parte ponderável do Produto Interno Bruto de qualquer país. As quantias envolvidas são fabulosas, não apenas tomadas globalmente como também individualmente.¹³³⁻¹³⁴

Em virtude do impacto econômico que os contratos estabelecidos pelo Poder Público possuem, o legislador quis que algumas fraudes praticadas nos procedimentos licitatórios fossem consideradas infrações da ordem econômica. De fato, quem combina previamente preços ou ajusta vantagens na concorrência pública está prejudicando a livre concorrência, um valor que em nossa ordem jurídica tem guarida constitucional.

Como são muitas as infrações de ordem econômica previstas pela lei, não iremos abordar cada uma delas. A lei, também, não define qual a sanção aplicável para cada uma das infrações, cabendo ao CADE realizar a ponderação necessária na hora de aplicar a sanção. Entretanto, entendemos que, sempre que a infração for aquela do inciso VIII do artigo 21 – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa – caberá a aplicação da sanção de proibição de contratar e licitar.

O procedimento adotado para a aplicação da sanção está previsto detalhadamente nos Capítulos II e III do Título V da Lei 8.884/1994, aos quais

¹³³ CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro; ABRAMO, Cláudio Weber. A lei brasileira de licitações e contratos: Antídoto eficaz contra a corrupção. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 69, n. 27, p.25-34, jul./set, 1996, p. 25

¹³⁴ Ressalva-se que nem tudo que é comprado ou encomendado passa por uma licitação. A licitação é a regra, mas há exceções, como nas hipóteses de contratação direta por fornecedor exclusivo.

remetemos o leitor. Ressalta-se que a aplicação de qualquer sanção pelo CADE poderá ser rediscutida no Poder Judiciário¹³⁵.

Quanto aos efeitos, cabe ressaltar que a sanção nunca será inferior a cinco anos. A norma, porém, não estabelece prazo máximo. Assim, “as circunstâncias do caso, a razoabilidade e o bom senso devem ditar tal limite para cada caso, que, no entanto, não pode beirar a perpetuidade”¹³⁶.

Já no que se refere aos órgãos da Administração Pública, a restrição deve ser observada por todos os órgãos de todos os entes federativos, sem exceções, pois a norma afirma que a restrição é para licitar e contratar com a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta. Não há dúvidas nesse sentido.

3.2.2 Sanções impostas pela Justiça Comum

Outra hipótese de aplicação de sanção restritiva do direito de contratar com o Poder Público está na chamada Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. As sanções previstas nesta lei são aplicadas por órgão do Poder Judiciário. Uma das maiores polêmicas sobre aplicação da referida lei reside especificamente sobre qual dos órgãos do Poder Judiciário é competente para julgar as ações de improbidade administrativa, principalmente quando envolvidos agentes com prerrogativa de foro. A análise desta questão mereceria um trabalho específico e, por isso, foge de nosso objetivo atual. Iremos considerar como autoridade competente o Poder Judiciário em sentido amplo. O que nos interessa é saber que a punição provém de uma autoridade exercendo atividade jurisdicional.

Ao longo do texto foram feitas referências ao problema da improbidade administrativa, inclusive utilizando-o como paradigma no trato na questão sobre os regimes jurídicos aplicáveis a cada tipo de sanção jurídica, onde foi demonstrado que o fato da autoridade competente para impor a sanção exercer função

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. São Paulo: Iob Thomson, 2005, p. 155

¹³⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 230

jurisdicional não era suficiente para determinar o regime jurídico, que deveria ser verificado, também, o dever jurídico violado (pressuposto da sanção) e o procedimento adequado para a aplicação da sanção. Somente com todos esses elementos seria possível identificar o plexo de normas reguladoras da matéria.

Os pressupostos da aplicação da sanção são os atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, que tratam, respectivamente, sobre os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública. Cabe ressaltar que as definições das condutas que constituem atos de improbidade administrativa são aquelas que estão no *caput* de cada um dos artigos acima referidos, e que os incisos de cada um são apenas exemplos de enquadramento na hipótese prevista no *caput* do artigo.

Assim, constitui ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º da lei”¹³⁷ (Art. 9º). Será ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades supracitadas” (Art. 10). Por fim, considera-se ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (Art. 11). Essas são as condutas ilícitas que, se verificadas, sujeitarão o infrator às penas previstas pela norma, entre elas a de proibição de contratar com o Poder Público.

Impõe-se observar que, conforme leciona Juarez Freitas,

São dois os requisitos principais para que se verifique a improbidade administrativa (em qualquer das espécies): (i-1) grave violação ao senso médio superior da moralidade pública; e (i-2) inequívoca

¹³⁷ As entidades referidas pelo artigo 1º e seu parágrafo único são: 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. Inclui-se também a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

intenção desonesta. Não basta a ilegalidade, sob pena de moralismo não-universalizável – e, portanto, imoral.¹³⁸

Assim sendo, não se pode aceitar a tese de haver um ato ímprobo decorrente de simples culpa, descuido. Faz parte do conceito de improbidade administrativa a desonestidade do agente. Embora a lei faça referência a ato de improbidade administrativa decorrente de culpa, deve-se observar que isso só se verifica na hipótese de ocorrência de dano ao erário. Neste caso, o que se pretende não é, especificamente, punir o agente, mas tão somente ressarcir os danos causados. Segundo Calil Simão, “é impossível pensar em um indivíduo desonesto, corrupto ou devasso da Administração Pública por culpa”¹³⁹.

O procedimento de imposição da sanção é mediante processo judicial. Discute-se a natureza dessa ação. Segundo Juarez Freitas, a “ação de improbidade se enquadra no rol das ações civis constitucionais”¹⁴⁰. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a ação judicial para apurar e punir os atos de improbidade administrativa tem a natureza de ação civil pública”¹⁴¹, disciplinada pela Lei 7.347/1985, o que é rejeitado por Calil Simão, para quem a ação de improbidade administrativa não se confunde com a ação civil pública nem com a ação popular¹⁴². Segundo este autor, cada uma dessas ações tem objetos distintos.

A ação popular [afirma ele] visa anular ato lesivo e ressarcir o patrimônio público. [...] a ação civil pública visa a proteção do patrimônio público em um sentido muito amplo. [...] Por fim, a ação de improbidade administrativa tem a função principal de punir o corrupto da Administração Pública e uma função secundária, de ressarcimento do erário.¹⁴³

Face às considerações do autor, entendemos que, de fato, diferentes devem ser os procedimentos quando se trata apenas de ressarcir os danos ou de punir os envolvidos. Salieta-se, por exemplo, a imprescritibilidade da ação quando se trata de ressarcir os danos causados à Administração, o que não ocorre quando o objetivo é punir. Entretanto, isso não torna impossível o uso da ação civil pública,

¹³⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165

¹³⁹ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, p. 82

¹⁴⁰ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p.171

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 766

¹⁴² SIMÃO NETO, Calil. *Op. Cit.*, p. 325

¹⁴³ *Ibidem*, p. 325-326

mesmo porque os pedidos, na maioria das vezes, são cumulados, isto é, o processo objetivando ressarcir os danos e punir o infrator, quando possíveis as duas hipóteses, será o mesmo. Segundo Emerson Garcia, “ainda que não catalogada no rol do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, a improbidade administrativa, disciplinada na Lei nº 8.429/1992, pode ser coibida via ação civil pública”¹⁴⁴.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que é possível o uso de ação civil pública quando se trata de ato de improbidade administrativa.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. [...] 3. É orientação assentada no âmbito da 1ª Seção o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário por ato de improbidade administrativa. [...] ¹⁴⁵

O que não pode se deixar de observar é que, quando se trata de, além de ressarcir os danos, aplicar sanções ao ímprobo, não se pode deixar de observar as regras procedimentais estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa, independentemente de se denominar a ação como civil pública. Fábio Medina Osório destaca, ainda, a necessidade de serem observadas as garantias inerentes ao exercício do poder punitivo estatal, como o devido processo legal, a proibição de responsabilidade objetiva, a presunção de inocência, etc.¹⁴⁶

Quanto aos efeitos, cabe destacar que a lei estabelece três limites máximos à pena de proibição de contratar com o Poder Público. Se em função de ato que importe enriquecimento ilícito, a pena máxima será de dez anos; se de ato que cause prejuízo ao erário, cinco anos; se de ato que atente contra os princípios da Administração Pública, três anos; conforme disposto nos incisos I, II e III, respectivamente, do artigo 12 da Lei 8.429/1992, *in verbis*:

¹⁴⁴ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 309

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial 631.408/GO*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento: 17 mai. 2005. *DJ* 30 mai. 2005, p. 227

¹⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: Má gestão pública : Corrupção : Ineficiência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 206-207

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:¹⁴⁷

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e *proibição de contratar com o Poder Público* ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, *direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e *proibição de contratar com o Poder Público* ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, *direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e *proibição de contratar com o Poder Público* ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, *direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A sanção abrange não só os agentes públicos, mas também aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (Art. 3º). Estamos diante da figura do terceiro, que pode ser tanto pessoa física quanto jurídica. Destaca-se que a punição poderá ser extensiva aos administradores e sócios de uma empresa, desde que tenha sido demonstrada sua ligação com o ato ímprobo¹⁴⁸ e lhe tenha sido oportunizada ampla defesa, como parte integrante do processo judicial¹⁴⁹. Os sucessores do ímprobo também poderão ser responsabilizados, entretanto, somente no caso de haver necessidade de ressarcimento de prejuízos causados, sendo que o dever de ressarcimento nunca

¹⁴⁷ Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009.

¹⁴⁸ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, p. 682

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 823

poderá ultrapassar os limites do valor da herança. Sendo assim, os sucessores não possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação quando se buscar apenas sanções punitivas¹⁵⁰.

Quanto à extensão dos efeitos da pena de proibição de contratar com o Poder Público aos diversos órgãos da Administração Pública, há uma grande divergência envolvendo a matéria. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Embargos de Declaração, se manifestou no sentido da necessidade de ser realizada uma moderação nos efeitos desta sanção, conforme se verifica do seguinte excerto do voto da Relatora:

[...] Quanto a proibição de contratar com o serviço público, pelo prazo de cinco anos, com respaldo no artigo 12 da LIA, temos como certa a imposição desta sanção a todos os condenados por improbidade. Contudo é preciso moderar, como expressamente ordenado no parágrafo único do artigo 12, moderação que se torna imperativa pelo princípio da legalidade cuja aplicação se deve fazer com rigor máximo.

Se assim é, quando o dispositivo legal diz que o juiz levará em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, não se pode estabelecer sanção igual para situações distintas.

No momento em que verifico, nesses embargos, que a embargante não recebeu da municipalidade valor algum pelos acréscimos provocados com os aditivos, ficando com a só condenação por ter provocado prejuízo ao erário ao aumentar o valor do contrato (primeiro aditivo) e alterar o prazo de recebimento da prestação, passando de trinta para dez dias (segundo aditivo), é natural que se module o efeito da condenação quanto à sanção administrativa, em nome do princípio da legalidade estrita.

Dentro desse quadro normativo entendo que a proibição de contratar com o poder público deve se restringir ao âmbito do Município de São Paulo, mas apenas em relação aos certames promovidos pela LIMPURB, empresa que veio a sofrer o prejuízo.

Quanto ao impedimento de obter a empresa benefícios e incentivos, entendo que a restrição deve limitar-se ao Município de São Paulo, ao qual pertence a empresa atingida pelo prejuízo. [...] ¹⁵¹

No mesmo sentido, de ser realizada uma modulação dos efeitos desta sanção, está o posicionamento de Márcia Pelegrini, afirmando que:

¹⁵⁰ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, p. 455

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *Embargos de Declaração no Recurso Especial 1021851/SP*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 23 jun. 2009. DJe 06 ago. 2009.

Na fixação dos limites territoriais da pena de proibição de contratar com o Poder Público, é obrigatória a análise da potencialidade de dano do apenado às relações jurídicas de modo geral, a fim de que a pena incida na medida estrita para o atendimento da finalidade da lei, uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa não tem por finalidade inviabilizar a atividade econômica dos apenados.¹⁵²

Concordamos que deva ser realizada uma moderação, pelo juiz, na hora da aplicação das sanções previstas pela Lei. Mas isso não significa a imposição da modulação dos efeitos especificamente na pena de proibição de contratar com o Poder Público. Entendemos que, se não for o caso de proibir o ímprobo de contratar com qualquer órgão público, tendo em vista a gravidade da infração, deve o juiz aplicar outro tipo de sanção, como a multa civil, ou modulando o tempo da restrição, mas são limitando seu âmbito de incidência. Impõe-se observar que, quando se fala em ato de improbidade administrativa, fala-se em desonestidade, sendo difícil imaginar que alguém seja honesto para contratar com algum órgão, mas desonesto para com outro. Concordamos que a proibição de contratar com todos os órgãos do Poder Público é muito severa, mas isso não impõe uma restrição desses efeitos, visando suavizar a punição, pois entendemos que a prática de ato de improbidade administrativa é, também, muito grave, por isso sujeita a um regime rigoroso de averiguação e de punição.

Calil Simão, em obra de fôlego no tratado da Improbidade Administrativa, compartilha da mesma opinião, assinalando que a punição “se dirige a todos os entes públicos, seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Independentemente, também, do ente federado a que esteja vinculado o órgão contra o qual foi reconhecida a conduta ímproba”¹⁵³. Esta opinião também é compartilhada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, autores com obra de referência sobre a matéria, conforme se verifica da seguinte passagem:

À expressão *Poder Público* deve ser dispensada interpretação condizente com a teleologia da norma, alcançando a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade praticado pelo ímprobo. A aplicação dessa sanção resulta da incompatibilidade verificada entre

¹⁵² PELEGRINI, Márcia. Lei de improbidade administrativa: Extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o Poder Público. *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 6, p.670-683, jun., 2002, p. 683

¹⁵³ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, p. 823

a conduta do ímprobo e o vínculo a ser mantido com a administração pública, o que torna desinfluyente qualquer especificidade em relação a esta, a qual não é delimitada pelo ente que tenha sido lesado pelo ato de improbidade, tornando-se extensiva a todos os demais.¹⁵⁴

Outra consideração importante é que o próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se refere às sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade previstas na Lei 8.666/1993, entende que estas sanções se estendem a todos os órgãos da Administração Pública, conforme foi observado acima¹⁵⁵. Ressalta-se que, muitas vezes, as hipóteses de aplicação dessas sanções são menos graves do que os atos de improbidade administrativa. Deve ser considerado, também, que a pena em virtude de atos de improbidade é aplicada por um órgão jurisdicional, muito mais sujeito a analisar a questão com a imparcialidade necessária, o que nem sempre ocorre com as sanções previstas pelo estatuto das licitações. Assim, é incoerente entender que as sanções aplicadas pela autoridade administrativa tenham um âmbito de aplicação muito mais amplo do que a imposta por um órgão jurisdicional.

Ressalta-se que, se limitada apenas ao órgão onde ocorreu a prática da improbidade administrativa, a sanção de proibição de contratar com o Poder Público perderia totalmente sua finalidade, tanto punitiva quanto preventiva de novos atos. Imagine-se, por exemplo, o caso de empresas criadas com o único objetivo de fraudar licitações públicas e obter vantagens indevidas – prática repugnante, mas que, infelizmente, ainda é muito utilizada. Recentemente tivemos notícia de veiculação nacional em que algumas empresas, em conluio com agentes públicos de vários municípios do País, estavam fraudando processos de licitação e contratos administrativos para prestação dos serviços de controladores de velocidade. Independente das denúncias serem verdadeira ou não, o que se impõe observar é que, se essas empresas forem condenadas por improbidade administrativa e sancionadas com a pena de proibição de contratar com o Poder Público, seria inútil que a sanção ficasse restrita apenas ao órgão onde a prática foi comprovada, pois essa empresa continuaria apta a contratar com todos os outros milhares de entes que formam a República Federativa do Brasil.

¹⁵⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, p. 585

¹⁵⁵ Ver supra, item 3.2.1

Não conseguimos compatibilizar a ideia segundo a qual quem tenha sido condenado pela prática de improbidade administrativa, portanto comprovadamente desonesto, possa continuar contratando com outros órgãos públicos. Não há como compatibilizar essa interpretação com as atuais exigências de moralidade administrativa encartadas em nosso ordenamento jurídico, inclusive com guarida constitucional.

Impõe-se observar, como mais um elemento em prol de nossa tese, que o próprio Conselho Nacional de Justiça instituiu um Cadastro, de âmbito nacional, onde estão registradas todas as condenações impostas pelos órgãos do Poder Judiciário em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, assunto que abordaremos na sequência¹⁵⁶.

3.2.5 Sanções impostas pela Justiça Eleitoral

Outra sanção imposta por órgão do Poder Judiciário com objetivo de restringir o direito de licitar e contratar com o Poder Público é a aplicada pela Justiça Eleitoral a quem desobedecer as regras de doações a campanhas eleitorais.

A previsão normativa desta sanção está no § 3º do artigo 81 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições:

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

¹⁵⁶ Ver *infra*, item 3.3.1

Cabe ressaltar que esta sanção é apenas para a pessoa jurídica que efetuar doações que ultrapassem dois por cento do faturamento do ano anterior à eleição. A pessoa física que desobedecer a norma e realizar doações em quantia superior à permitida sujeita-se à pena de multa, tão somente.

Estabelece a lei que, para aplicação dessa sanção, deve-se observar o rito previsto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, sendo que o prazo de recurso da decisão será de três dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

A norma fixa o prazo de duração da sanção em cinco anos. Não há se falar, aqui, em gradação da sanção, pois o pressuposto da sanção é um só e objetivamente verificável: ultrapassou a quantia máxima de doações permitidas, está sujeito à sanção.

Da mesma forma como a sanção por ato de improbidade administrativa, entendemos que esta sanção é extensiva a todos os órgãos da Administração Pública.

3.3 DO CONTROLE DAS SANÇÕES APLICADAS

Nos itens anteriores analisamos cada um dos tipos de sanção que limitam o direito dos particulares de licitar e contratar com o Poder Público. Impõe-se analisar, então, como é realizado o controle dessas sanções.

3.3.1 Dos cadastros de impedimentos

Conforme já observado, desde a década de 1920-30, a Administração utilizava-se de uma lista onde estavam relacionadas as pessoas consideradas inidôneas para contratar com a Administração Pública. Hodiernamente, esses registros são realizados através de sistemas informatizados.

A facilidade com que se consegue, hoje em dia, ter acesso a informações sobre sanções impostas por muitos dos entes federados não resolveu o problema da

efetividade dessas punições, muito em função da falta de compreensão dos efeitos de cada uma das sanções analisadas e da confusão praticada por muitos entre o que seja efeito de uma sanção e o que seja mecanismo de eficácia da sanção.

Muitos desses cadastros foram criados por normas emanadas das Casas Legislativas dos entes federados. Utilizamos o exemplo do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu o “Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual”, mediante Lei estadual 11.389, de 25 de novembro de 1999. Essa norma, embora tenha muitos dispositivos regulamentando as condutas praticadas por pessoas físicas e jurídicas ensejadoras de sua inclusão no respectivo cadastro, as quais são as mesmas previstas pela Lei 8.666/1993, como não poderia deixar de ser, peca por restringir as hipóteses de inserção no cadastro apenas aos descumprimentos contratuais e ilícitos praticados no âmbito da Administração Pública Estadual.

Tal circunstância diminui a utilidade deste cadastro, pois o fato de conter apenas as sanções aplicadas no âmbito da Administração Pública estadual não significa que as sanções impostas por outros entes federados não devam ser observadas pela Administração Estadual.

Forte na necessidade de haver um cadastro unificado dessas sanções, a Controladoria Geral da União instituiu o “Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas ou Suspensas”, através da Portaria CGU nº 516, de 15 de março de 2010. O objetivo deste cadastro é reunir, em um único banco de dados, as informações sobre sanções aplicadas por qualquer órgão público integrante da Federação. Para tanto, a Controladoria-Geral da União celebra convênios com os respectivos entes federativos para que seja oportunizada a troca de informações.

Destaca-se que este cadastro está disponibilizado no Portal Transparência, onde qualquer cidadão pode consultar quais são as pessoas, físicas ou jurídicas, que foram sancionadas, qual o tipo de sanção aplicada, por qual órgão foi imposta, entre outras informações. O projeto é grandioso e merece ser incentivado, pois facilitará sobremaneira a atuação dos agentes públicos responsáveis por procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

Dentro desta linha, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 22, de 20 de novembro de 2007, instituiu o “Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa”. Neste cadastro estão reunidas todas as condenações impostas pelos órgãos do Poder Judiciário a quem tenha praticado ato

de improbidade administrativa, servindo as informações como subsídios aos gestores públicos para que tenham conhecimento das empresas proibidas de contratar com o Poder Público.

Todas essas tentativas de criar cadastros para registrar as sanções impostas são bem vindas. Entretanto, o ideal é que ao menos um deles possua os dados de todos os outros, facilitando a consulta pelos agentes públicos de todos os órgãos da Administração Pública.

3.3.2 Da prática administrativa

Conforme vimos no item anterior, muitos cadastros foram criados para gerenciar as sanções restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração Pública. Entretanto, deve-se observar que alguns desses cadastros não são abrangentes o suficiente, tornando sua utilidade limitada. O gestor que tiver cautela não poderá basear-se somente em um cadastro limitado para verificar se há impedimento à participação do particular em licitação ou contrato com a Administração.

Entretanto, esta não tem sido a tônica dos procedimentos licitatórios praticados por alguns órgãos da Administração Pública. Conforme se verifica, por exemplo, na maioria das atas de julgamento da fase de habilitação dos processos licitatórios realizados pela Administração Pública no Estado do Rio Grande do Sul, a consulta a eventuais impedimentos à participação do particular na licitação é feita somente ao Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública, o qual, como já observamos, é restrito às sanções impostas pela própria Administração Estadual.

O fato de algum fornecedor ter sido sancionado por outra esfera e, por isso, não estar registrado no referido Cadastro, não autoriza a Administração Estadual a aceitá-lo em procedimento licitatório ou com ele estabelecer vínculo contratual, se a sanção imposta pelo órgão da outra esfera tiver efeitos perante todos os órgãos da Administração Pública.

Como já fizemos menção acima, os efeitos de uma sanção imposta não podem ser confundidos com os mecanismos utilizados para dela se tomar

conhecimento. Tanto é assim que, se um fornecedor declarado inidôneo por um ente federativo “X” estiver participando de uma licitação no ente federativo “Y”, mesmo não estando registrado no cadastro comumente utilizado por “Y”, deverá ser impedido de participar da licitação se, por exemplo, os responsáveis pela licitação, por outros meios, tomarem conhecimento da sanção imposta. Assim, se os concorrentes do fornecedor declarado inidôneo levarem ao conhecimento da Administração a sanção que foi aplicada, ela não poderá habilitar o fornecedor, muito menos contratá-lo. Se assim agir, o responsável pela licitação estará incorrendo no crime previsto no artigo 97 da Lei de Licitações, qual seja, “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”.

4 CONCLUSÃO

Tendo estudado o poder punitivo estatal em seu aspecto mais amplo e analisado cada um dos tipos de sanção que limitam o direito dos particulares de licitar e contratar com o Poder Público, podemos estabelecer algumas conclusões finais.

Verificou-se que, para se falar em sanção, necessário haver a prática de um ilícito, isto é, a violação de um dever jurídico, que pode ser tanto uma proibição quanto uma obrigação, cujo conteúdo será delimitado por uma norma legal.

Estabeleceu-se, também, o critério da sanção como elemento distintivo de conformação do fenômeno jurídico-normativo, ou seja, através do conceito de sanção externa e institucionalizada estabeleceu-se o traço distintivo entre as normas jurídicas e as demais.

Foi exposto, também, que da noção de sanção como medida externa e institucionalizada, tem-se, como consequência inarredável, quatro âmbitos necessários de análise: a) sanção como consequência do descumprimento de um dever jurídico; b) a medida da sanção; c) o procedimento adequado; e d) o órgão encarregado de aplicá-la.

Diante deste roteiro, verificou-se que é impossível estabelecer, *a priori*, um regime jurídico aplicável a cada tipo de sanção baseando-se apenas no critério da autoridade competente para impor a sanção. Demonstrou-se que para encontrar todas as normas aplicáveis à imposição de cada sanção é necessário que cada um dos quatro âmbitos de análise, cuja conformação é dada pelo legislador, seja considerado.

Foi demonstrado que o instituto das sanções impeditivas do direito de licitar e contratar com o Poder Público vem se formando no direito brasileiro há quase um século, tendo redundado, atualmente, em sanções aplicadas por cinco tipos de autoridades diferentes.

Demonstrou-se que as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade previstas pela Lei 8.666/1993 distinguem-se pela autoridade competente para aplicá-la, pelo prazo, pela gravidade da infração e pelo âmbito de abrangência. A de suspensão temporária é aplicada pela autoridade competente do órgão contratante, limitada ao prazo de dois anos e com efeitos restritos ao ente

federativo do respectivo órgão sancionador. Já a declaração de inidoneidade compete a Ministro de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, bem como pelas autoridades máximas dos Poderes Judiciário e Legislativo e do Ministério Público, Defensoria e Tribunais de Contas quando do exercício da função administrativa. Verificamos que, apesar da redação da lei dar a entender que o prazo é indeterminado, isso afronta o mandamento constitucional que proíbe penas perpétuas, devendo ser aplicado, analogicamente, em favor do sancionado, o prazo máximo de cinco anos previsto em outras normas semelhantes. Quanto à abrangência, verificamos que os efeitos da declaração de inidoneidade se estendem a todos os órgãos da Administração Pública de todas as esferas.

Verificou-se que a sanção imposta pelo Tribunal de Contas da União está limitada ao prazo de cinco e restrita aos órgãos integrantes da Administração Pública Federal, não tendo eficácia perante órgãos de outros entes federativos.

No que concerne às sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica verificamos que a norma estabelece um prazo mínimo, mas não o máximo, devendo o Conselho utilizar da razoabilidade, para que esta sanção não se perpetue, o que é proibido pela Constituição da República. Salientou-se, também, que os efeitos desta sanção estendem-se a todos os órgãos de todos os entes federativos.

Foram analisadas, por fim, as duas hipóteses de aplicação de sanções restritivas do direito de licitar e contratar com o Poder Público impostas pelo Poder Judiciário. Uma em virtude da prática de ato de improbidade administrativa, aplicada pela jurisdição comum, e outra por irregularidade em doação realizada por pessoa jurídica em campanhas eleitorais, aplicada pela justiça eleitoral. No que diz respeito a seus efeitos, a diferença entre ambas é o prazo, que no caso de improbidade pode ser modulado pelo juiz e no caso da irregularidade eleitoral está fixada em cinco anos. Ambas são extensivas a todos os órgãos da Administração Pública de todas as esferas de governo.

Foram expostas considerações sobre os cadastros criados pelos diferentes órgãos públicos para gerenciar as sanções aplicadas, com a identificação da necessidade de haver um cadastro centralizado dessas informações, facilitando o acesso de todos, tornando a Administração Pública mais eficiente e dotando de maior efetividade as sanções cominadas.

Por derradeiro, verificou-se que o fato de alguma sanção não estar registrada em algum dos cadastros mantidos pelo Poder Público não lhe retira a eficácia, podendo ser demonstrada por outros meios idôneos.

5 REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. rev., corrig., e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 852 p.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1348 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 324 p.
- CAPOBIANCO, Eduardo Ribeiro; ABRAMO, Cláudio Weber. A lei brasileira de licitações e contratos: Antídoto eficaz contra a corrupção. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 69, n. 27, p.25-34, jul./set. 1996.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo: Volume I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. 471 p.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Apresentação e comentários de Denis Huisman. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. 110 p.
- DIAS, Eduardo Rocha. Os Tribunais de Contas e o sancionamento administrativo de licitantes e contratados. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 19, p.203-212, 1997.
- _____. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997. 126 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, Colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1990. 957 p.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 540 p.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 183 p.
- FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 392 p.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refund. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. 512 p.

- GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 698 p.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 6. ed. rev., ampl. e atual.– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1293 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.
- _____. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 1295 p.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado.** Traducción Eduardo García Máinez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. 479 p.
- _____. **Teoria pura do direito.** Tradução João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954. 220 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** 3. ed. ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1977. 479 p.
- _____. **Licitação e contrato administrativo.** 11. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1997. 420 p.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 280 p.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. 288 p.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V.1
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2007. 280 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.
- MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 2, p.27-40, 1993.

- MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p.141-163.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 592 p.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005. 143 p.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. 459 p.
- _____. **Teoria da improbidade administrativa: Má gestão pública : Corrupção : Ineficiência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. 509 p.
- PELEGRINI, Márcia. Lei de improbidade administrativa: Extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o Poder Público. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 18, n. 6, p.670-683, jun. 2002.
- RIBEIRO, Gláucia Maria de Araújo. Extensão das sanções administrativas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC**, Curitiba, v. 118, n. 16, p.147-151, fev. 2009.
- SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p.43-70, jul./set. 1997.
- _____. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179/180, n. , p.51-67, jan./jun. 1990.
- _____. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p.46-63, out./dez. 1987.
- SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. Leme: J. H. Mizuno, 2011. 995 p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 298, p.99-106, abr./jun. 1987.
- TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, p.77-94, jan./mar. 2007.
- VIEGAS, Waldir. **Fundamentos de metodologia científica**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 251 p.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. 182 p.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1977. 259 p.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. 175 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004. 2004 p.

ZANOTELLO, Simone. **Manual de redação, análise e interpretação de Editais de Licitação**. São Paulo: Saraiva, 2008. 226 p.