



POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO
CENTRO DE APERFEIÇOAMENTO E ESTUDOS SUPERIORES - CAES

“Cel PM NELSON FREIRE TERRA”

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO ORGANIZACIONAL

PAULO DE TARSO AUGUSTO JUNIOR

**SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

São Paulo

2009

SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Paulo de Tarso Augusto Junior¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a teoria sobre a sanção aplicada às empresas nos contratos administrativos.

A Administração Pública para consecução de seus objetivos formaliza contratos com pessoas físicas e jurídicas.

Na ocorrência de descumprimento das obrigações pela contratada, a administração deverá apurar a culpabilidade da empresa contratada.

Para a aplicação das penalidades, que estão previstas em lei, deverão ser obedecidos os princípios constitucionais e legais que norteiam o Direito Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da especificação, da proporcionalidade, da culpabilidade e do devido processo legal, em que será concedido o direito de defesa e do contraditório.

A autoridade administrativa deverá motivar sua decisão, aplicando as penalidades de forma razoável e proporcional, sob pena de invalidação ou anulação pelo Poder Judiciário.

Tem-se constatado que as autoridades administrativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo não têm observado o princípio da razoabilidade quando da aplicação da penalidade de impedimento e suspensão temporária para licitar e contratar com a administração, sendo objeto de ações judiciais promovidas pelas empresas apenadas, resultando em sua anulação.

A jurisprudência reconhece o princípio da razoabilidade na aplicação da penalidade administrativa.

¹ Capitão da Polícia Militar - Chefe da Assessoria Técnica da Diretoria de Finanças da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito Penal pela Pontífice Universidade Católica de São Paulo. Professor Universitário.

A metodologia empregada neste trabalho foi pela pesquisa da doutrina e jurisprudência sobre o assunto, além de trazer ao leitor a legislação vigente aplicável em matéria de sanção administrativa no âmbito do Estado de São Paulo.

Palavras-chaves: Sanção Administrativa na Policia Militar. Conceito. Princípios. Espécies e Competência.

ABSTRACT

The current document objective is to demonstrate the theory regarding applied sanction to the corporations on administrative contracts.

The Public Administration on the regard of its objectives attainment formalizes contracts with corporations and individuals.

In the event of non-compliance of contract terms by the vendor, the administration shall investigate actions and its responsibility accordingly.

In order of any applicable penalties, considered under applicable laws & regulations, all constitutional and legal principles that addresses administrative rights, in special lawfulness, specification, proportionality and guiltiness principles, and due to the legal action, in which will be granted defendant rights and to the contradictory party.

The administrative authority shall motivate its decision, and being diligent in regard to the penalties reasonably and proportionally, which under the court order might be invalidated or annulled.

It has been verified that administrative authorities in Sao Paulo State Military Police has not watched the principle of reasonableness in the application of temporary suspension or obstruction to bid and contract with its administration, being object of lawsuits promoted by the penalized corporations, resulting in its annulment.

The jurisprudence recognizes the reasonableness principle when an administrative penalty is to be applied.

The methodology used in this was the research of the doctrine and jurisprudence on the subject, besides bringing to the reader the current applicable legislation in terms of administrative sanction in the state of São Paulo.

Key words: Administrative penalty in the military police. Concept. Principles. Species and Competence.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública formaliza contratos com pessoas físicas e jurídicas para cumprir suas necessidades.

Segundo Meirelles, “[...] é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.”²

O contrato administrativo difere do contrato de direito privado em face da restrição da aplicação dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções, regendo-se pelos princípios de direito público.

Conforme disposto no art. 66 da Lei nº 8.666/93, o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas e as normas previstas na legislação, ensejando consequências para aquele que descumprir suas obrigações.

Meirelles enumera peculiaridades próprias dos contratos administrativos, que resume como cláusulas exorbitantes.³ Dentre as cláusulas exorbitantes, encontra a aplicação das penalidades administrativas. Esclarece que seria inútil o acompanhamento do contrato se verificada a infração do contratado não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida.

Em face do atributo administrativo da auto executoriedade, que segundo Meirelles consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial, possibilita a aplicação da penalidade administrativa sem intervenção do Poder Judiciário.⁴

As obrigações das partes estão estabelecidas no instrumento contratual, mas existem regras e princípios extracontratuais que devem ser obedecidos.

A Contratada, ao descumprir as obrigações previstas no contrato administrativo estará sujeita à responsabilização civil, criminal e administrativa.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 195

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Idem**, p. 197/202

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Idem**, p. 144

Para a responsabilização civil, deverão ser obedecidas às regras estabelecidas no Direito Civil, necessitando o ajuizamento da ação civil nos órgãos do Poder Judiciário, devendo ser comprovada a culpa do particular contratado.

Em relação à responsabilização penal, caberá ao Ministério Público oferecer a denúncia perante o juiz criminal, podendo ser condenado em caso de comprovação da materialidade e da autoria.

A responsabilização administrativa decorre da inexecução contratual ou do descumprimento dos deveres administrativos, estando sujeita a empresa Contratada às sanções administrativas prevista em lei.

Como ensina Cretella Junior:

O ilícito é sempre fato não permitido, proibido por lei, concretizando-se ora no *delito civil* – fato ilícito civil danoso, cometido com a intenção de prejudicar – ora no *delito penal* – ato humano antijurídico, doloso ou culposo, sancionado por uma pena – ora *delito administrativo*, ação ou omissão do agente público que causa perturbação nos serviços públicos ou atenta contra a hierarquia.”⁵

2 CONCEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Sanção Administrativa é a sanção aflitiva imposta pela administração ao contratado que descumpriu as condições impostas no instrumento contratual.

Em face do atributo administrativo da auto executoriedade, a aplicação da penalidade administrativa não necessita da intervenção do Poder Judiciário, mas isto não significa que este ato não será submetido à fiscalização judiciária.

A discricionariedade do administrador público não impede a apreciação do órgão judiciário, pelo princípio consagrado na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁶

Ao Poder Judiciário caberá analisar a imparcialidade e o cumprimento dos princípios constitucionais, inclusive a correta aplicação da penalidade ao caso concreto.

Como leciona Justen Filho, as penalidades administrativas apresentam configuração similar com a de natureza penal. Em razão disto, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo.⁷

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 152.

⁶ BRASIL. Constituição Federal, disponível no sítio disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/principal.htm

Figueiredo afirma que os procedimentos sancionatórios caracterizam-se pela aplicação dos princípios do processo penal.⁸

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.

Para que seja aplicada uma sanção, o administrador deverá obedecer aos princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública.

A seguir serão enumerados alguns dos princípios, mas isto não significa não existam outros princípios implícitos e explícitos que devam obediência o administrador.

3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, como esclarece Justen Filho, domina toda a atividade administrativa.⁹

É vedado a Administração Pública fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei não manda. Na questão da sanção administrativa somente pode impor ao contratado aquilo que a lei preveja.

No Direito Penal esta regra é conhecida como Reserva Legal, cuja expressão em latim assim traduz: “*Nullun crime, nulla poena, sine lege*”

Não é possível admitir a aplicação de uma penalidade ao contratado que não esteja previsto em lei, quer a falta, quer a sanção.

É um princípio garantidor para a administração e para o contratado, pois nada poderá ser exigido além da lei. Como explica Justen Filho, “[...] o princípio da legalidade propicia a certeza e previsibilidade da ilicitude, proporcionando a todos a possibilidade de ordenar suas condutas futuras.”¹⁰

Dias cita a decisão da Suprema Corte brasileira sobre a aplicação do princípio da legalidade como segue: “O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da atual Carta

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed.** São Paulo: Dialética, 2005, p. 615.

⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo. 7. ed.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 417.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 615

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 615

Magna, já estendeu às sanções administrativas em geral e às fiscais em particular, os princípios da legalidade e a proibição de ato administrativo inferior à lei fixar sanção.”¹¹

3.2 Princípio da Especificação

No Direito Penal vigora o princípio da tipicidade ou taxatividade que é ajustar o fato ao tipo penal, conhecida também à adequação típica. Quando o sujeito mata uma pessoa ele estará sujeito às penas do art. 121 do Código Penal, pois a sua conduta se adéqua ao tipo penal denominado Homicídio.

Fere o princípio da taxatividade ao dispor a lei que o sujeito é punido se praticar um ato criminoso. O tipo penal deve ser preciso, não permitindo interpretações. Para cada tipo legal está sujeito uma sanção proporcional ao crime.

No âmbito administrativo isto não ocorre, pois o dispositivo legal que estabelece os tipos de sanções administrativas confere ao administrador o poder discricionário de eleger a sanção à infração administrativa.

A inexecução das obrigações contratuais acarreta a imposição de uma ou mais sanções, sem estabelecer um critério objetivo para impor uma determinada penalidade em virtude do descumprimento de determinado ilícito administrativo.

Uma inexecução parcial de um contrato pode ser punida mais severamente que uma inexecução total da obrigação. Os danos causados são diversos e merecem punições diferentes e proporcionais.

Deixar à mercê do administrador a escolha da penalidade é perigoso, pois fatos semelhantes serão tratados de forma diferente, ferindo o princípio da igualdade.

Justen Filho, sobre a possibilidade de o administrador dispor da faculdade discricionária de escolher a sanção, afirmou:

Ora, afigura inconstitucional incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Esta solução infringe o sistema constitucional. Seria possível apontar um longo elenco de disposições constitucionais infringidas. Porém, bastam os incs. XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição. Definir infração e regular a individualização de sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei.

...

Tenho defendido a tese da infração ao princípio da legalidade, sob o fundamento que não é compatível com a Constituição remeter à discricionariedade

¹¹ DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 49

administrativa a eleição das infrações e a determinação das hipóteses de incidência de aplicação de punições.¹²

Uma solução seria a própria lei dispor as sanções em face da gravidade de cada ilícito administrativo; em não sendo possível, a regulamentação seria adequada, ou no edital ou em atos normativos, estabelecendo parâmetros objetivos de aplicação da sanção.

O regime sancionatório no Direito administrativo não é idêntico ao do Direito Penal. Neste não haverá crime sem lei anterior que o defina, no entanto poderá haver ilícito administrativo sem definição precisa e determinada por parte da lei.

3.3 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade significa a compatibilidade entre a gravidade e a reprovabilidade da conduta praticada. O princípio da proporcionalidade está relacionado com o princípio da individualização da pena, consagrado no Direito Penal e, hoje, princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição.

O art. 59 do Código Penal assim preconiza

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:¹³

O legislador penal, no tocante à aplicação da pena, adotou o critério trifásico da pena, em que o juiz deverá fixar a pena base analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Infelizmente este mandamento não é expresso ao administrador quando da aplicação da sanção administrativa nas hipóteses de descumprimento contratual. A lei não ordena as situações agravantes e atenuantes, deixando a margem da autoridade administrativa decidir.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, dispõe, *in verbis*: “VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”¹⁴

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Idem**, p. 616/617

¹³ BRASIL. Código Penal. São Paulo: RT, 2009.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.784/99, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm

Este mandamento legal explicita o princípio da proporcionalidade como salientam Ferraz e Dallari: “O princípio da proporcionalidade foi muito bem captado pelo legislador federal. A Lei nº 9.784, de 199, no parágrafo único do art. 2º, ao apontar os critérios que devem ser seguidos no processo administrativo...”¹⁵

No âmbito paulista, foi promulgada a Lei nº 10.177/98, regulando o processo administrativo na Administração Pública, no entanto, diferentemente da legislação federal, não trouxe nenhum dispositivo que tratasse do princípio da proporcionalidade ou orientações sobre a maneira que deveria a autoridade administrativa decidir.

Motta cita como bom exemplo de dosagem ou gradação da multa o art. 134, §§ 1º ao 7º do Ato da Mesa da Câmara dos Deputados nº 80, de 07.07.01, que aprova o Regulamento dos procedimentos licitatórios da Câmara dos Deputados.¹⁶

No entanto, a jurisprudência tem sido relevante no tocante a dosimetria da sanção administrativa. O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu em Recurso Especial: “Multa moratória. Aplicação. Princípio da Proporcionalidade. Percentual a ser considerado.”¹⁷

De forma semelhante o Tribunal Regional Federal:

Administrativo. Suspensão do direito de licitar. Inocorrência de falta contratual grave. Ilegalidade do ato. A dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a lesividade do bem protegido. Falta contratual de natureza leve não deve ser apenada acirradamente com a proibição de licitar.¹⁸

Justen Filho cita lição de Franck Moderne:

Como o princípio da especificação e o princípio da não retroatividade, o princípio da proporcionalidade originariamente se impôs no Direito Penal. De lá, foi passado ao Direito Administrativo Repressivo, onde ele é entranhado das mesmas preocupações e produz os mesmos efeitos: adaptar a sanção à gravidade da infração, evitar as punições excessivas em relação aos fatos que as motivam (o que implica a motivação das decisões).¹⁹

O princípio da proporcionalidade deverá ser observado pela autoridade administrativa não só na escolha da sanção, mas a sua quantificação.

Ao apenar uma empresa de forma desproporcional, além de ilegal, poderá acarretar o fechamento da empresa, pois impedirá que participe de outras licitações ou contratações.

¹⁵ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64.

¹⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 541.

¹⁷ BRASIL, STJ, REsp nº 3306277, Min. Rel. , DJ de 04.02.02, disponível no sítio www.stj.gov.br.

¹⁸ BRASIL, TRF, ApCv nº 19.303. Des. Rel. Dj de 16.07.93. disponível no sítio www.trf.gov.br.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Idem**, p. 617.

3.3 Princípio da Culpabilidade

Para a aplicação da penalidade pressupõe o elemento subjetivo da culpabilidade, ou seja, se o Contratado agiu com culpa.

No âmbito penal somente haverá a punição se houver a intenção do agente (dolo) ou em casos excepcionais previstos na legislação, será punido a título de culpa.

O art. 186, do Código Civil, estabelece que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²⁰

E como decorrência do ato ilícito terá a obrigação de repará-lo, conforme disposto no art. 927, do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”²¹

Portanto, no âmbito civil não haverá responsabilização sem culpabilidade, salvo nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Perante o Direito Administrativo existe a necessidade da ocorrência da culpa, como pode ser constatado na inteligência dos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, pois as sanções administrativas são impostas em decorrência do inadimplemento contratual.

Esclarece Justen Filho que: “[...] não se pode admitir a punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se porque alguém agiu mal de modo reprovável, em termos anti-sociais.”²²

E conclui: “A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos.”²³

²⁰ BRASIL. Código Civil, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

²¹ BRASIL. Código Civil, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

²² JUSTEN FILHO. *Idem*. p. 618.

²³ JUSTEN FILHO. *Idem*. p. 618.

A culpabilidade inclui a intenção do agente (dolo) ou culpa em sentido estrito, em razão da imprudência, negligência ou imperícia.

Quando da apuração de um descumprimento contratual por parte da Administração, faz-se necessário avaliar a conduta do agente se está presente a culpabilidade e não somente a ocorrência do fato danoso.

A Resolução CC nº 52, de 19 de julho de 2005, que regula o procedimento sancionatório no âmbito da Administração Pública paulista, preconiza no item 5.4 que: “Constatados o fato e a autoria, a absolvição só poderá ocorrer em face de força maior, caso fortuito ou motivo legalmente justificável.”²⁴

Estas situações que desoneram de responsabilidade a Contratada são esgotam o assunto, não sendo previsto de forma expressa quando não ficar comprovada a culpa, devendo ser aplicado princípio penal *in dubio pro réo*.

A culpabilidade também servirá de parâmetro no tocante a escolha da penalidade e sua quantificação. A doutrina classifica a culpa como leve, média e grave. A autoridade administrativa deve levar em consideração o grau da culpa na sua decisão motivada.

3.4 Princípio do Devido Processo Legal

A Carta Magna consagra este princípio no art. 5º, inciso LIV. Há a necessidade de realizar um procedimento administrativo, em que será assegurado o direito de ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição).

A Lei nº 8.666/93 estabelece que a aplicação de suas penalidades deverá ocorrer após o devido processo administrativo, garantida a defesa prévia do interessado, como se vê abaixo:

Art. 86

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

Art. 87.

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

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.²⁵

²⁴ SÃO PAULO. Resolução CC nº 52, de 19.07.2005, disponível no site www.pregao.sp.gov.br.

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.666/93, disponível no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

Em que pese o art. 86, § 2º da aludida legislação não explicitar a concessão do direito de defesa, não há qualquer dúvida quanto à sua obrigatoriedade.

No âmbito paulista, a Lei nº 10.177/98 estabelece em seu art. 22, a observância dos princípios que regem a administração, destacando o devido processo legal, como segue:

Artigo 22 - Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o **devido processo legal**, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados. (GN)²⁶

Os arts. 62 a 64, da Lei nº 10.177/98, estabelecem o rito a ser adotado pela administração, no tocante ao procedimento sancionatório, garantindo a defesa do acusado antes da aplicação da penalidade, *in verbis*: “Artigo 62 - Nenhuma sanção administrativa será aplicada a pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório.”²⁷

Até o mês de julho de 2002, o procedimento sancionatório a ser aplicado no tocante às penalidades previstas nos arts. 87 da Lei nº 8.666/93 e 7º da Lei nº 10.520/02 deveria obedecer a Lei nº 10.177/98, porém com o advento da Resolução nº CC 52/05, as regras previstas nesta resolução prevaleceram, como se observa a seguir:

1. A aplicação de sanções administrativas restritivas da liberdade de licitar e contratar com os órgãos e entidades da Administração Estadual aos participantes de licitação, sob as modalidades de Convite, Tomada de Preços, Concorrência ou Pregão, e aos contratados em decorrência de procedimento licitatório regido pela LF 8.666-93, ou pela LF 10.520-2002, está condicionada ao procedimento estabelecido nestas Instruções.²⁸

Em um primeiro momento discutiria se uma resolução poderia contrariar uma lei, ferindo o princípio da hierarquia das leis, no entanto, ao analisar o disposto no art. 2º da Lei nº 10.177/98 constata-se que a legislação estadual tornaria subsidiária quando de regra própria regulando a matéria, como se vê: “As normas desta lei aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica.”²⁹

O procedimento sancionatório para a aplicação da penalidade de multa não foi contemplada na citada resolução.

²⁶ SÃO PAULO. Lei nº 10.177/98, disponível no sítio www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/LegislacaoSP?Vgnex%3Ftoi%3D2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD.

²⁷ SÃO PAULO. Lei nº 10.177/98, disponível no sítio www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/LegislacaoSP?Vgnex%3Ftoi%3D2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD.

²⁸ SÃO PAULO. Resolução CC nº 52, de 19.07.2005, disponível no sítio www.pregao.sp.gov.br.

²⁹ SÃO PAULO. Lei nº 10.177/98, disponível no sítio www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/LegislacaoSP?Vgnex%3Ftoi%3D2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD.

No âmbito da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, foi editada a Resolução SSP nº 333/05, dispondo sobre a aplicação das multas previstas nos artigos 81, 86 e 87 da Lei Federal 8.666/93, no âmbito da Secretaria dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo.³⁰

Em seu art. 9º, estabelece somente que a penalidade somente poderá ser aplicada: “[...] após o devido procedimento em que tenha sido assegurado o direito da ampla defesa à contratada.”³¹

Na Polícia Militar do Estado de São Paulo, o Dirigente da Unidade Orçamentária editou a Portaria DF nº 001/10/06, publicada no Diário Oficial do Estado, regulando o procedimento sancionatório no âmbito de sua Unidade Orçamentária.

3.5 Princípio da motivação

O princípio da motivação está consagrado no art. 111, da Constituição do Estado de São Paulo, *in verbis*: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, **motivação** e interesse público.”³²(GN)

A decisão da autoridade administrativa deverá ser fundamentada e motivada sob pena de invalidação.

Motivação não pode ser confundida com fundamentação. Esta é a adequação ao dispositivo legal, enquanto aquela são as razões de fato e de direito que justificam a decisão apresentada.

Não basta citar o dispositivo legal que a Contratada haja incorrido, mas deve demonstrar, nos autos do procedimento legal, as provas da culpabilidade, realizando-se a dosimetria da sanção, com devida motivação.

Não basta simplesmente estabelecer uma quantidade de penalidade, mas deve justificar o quantum aplicado.

³⁰ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E. nº 173, de 13.09.05.

³¹ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E. nº 173, de 13.09.05.

³² SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2008.

4 ESPÉCIES DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.666/93 estabelece, nos arts. 86 e 87, as espécies de sanções administrativas, a saber: advertência, multa, suspensão temporária para licitar e contratar com administração pelo período de até 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade.

Com o advento da Lei 10.520/05, que instituiu a modalidade do pregão, em seu artigo 7º, criou uma nova espécie de sanção, denominada impedimento para licitar com a administração pelo período de até 5 (cinco) anos.

O elenco de sanções administrativas é reduzido, não podendo ao administrador incluir outros tipos de sanção, em face do princípio da legalidade.

A rescisão contratual unilateral, prevista nos arts. 77 e 78, da Lei nº 8.666/93, é uma penalidade administrativa, em que pese não constar no rol dos art. 86 e 87 da aludida legislação, como afirma Barros.³³

4.1 Advertência

A advertência é uma admoestação à empresa contratada. Supõe-se sua aplicação para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta, como esclarece Justen Filho.³⁴

Segundo Pereira Junior, é uma penalidade moral, porque afeta à reputação da empresa.³⁵

E este mesmo autor entende que a aplicação desta penalidade cabe:

[...] em faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretam prejuízo de monta ao interesse do serviço, o qual, a despeito delas, será atendido; prevenir que a falta venha a inviabilizar a execução do contrato ou obrigue a Administração a rescindi-lo é a prioridade da advertência, que não surpreende culpa ou dolo na conduta do contratado.³⁶

A advertência deve ser escrita e constar no instrumento contratual, após o devido processo legal, não podendo constar de quaisquer cadastros, nem poderá ser invocada para produzir efeitos negativos à reputação e à idoneidade do particular.³⁷

³³ BARROS, Márcio dos Santos. **Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005, p. 289.

³⁴ JUSTEN FILHO. **Idem**. p. 622.

³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 795.

³⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Idem**, p. 797.

³⁷ JUSTEN FILHO. **Idem**. p. 622.

Esta penalidade deve ser aplicada durante a vigência do contrato³⁸, sendo inútil após o seu exaurimento ou rescisão.

A advertência serve para cientificar ao contratado que a reincidência de conduta faltosa poderá ensejar uma penalidade mais severa, inclusive a rescisão contratual.

A Lei possibilita a aplicação desta penalidade concomitante com a multa, conforme previsto no art. 86, § 1º da Lei nº 8.666/93, in verbis: “A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.”³⁹

Como ilustração, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Processo Administrativo TJRJ nº 15.432/99, transcrito por Pereira Junior:

A penalidade de advertência é a mais branda dentre as previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93. (...)

Dentre os efeitos jurídicos da advertência não se inclui no impedimento para licitar e contratar, como parece temer a recorrente. (...)

A possibilidade da advertência ‘denegrir a imagem’ da contratada é irrelevante para os critérios que devem orientar a Administração no exercício da prerrogativa de aplicar as penalidades (art. 58, IV). O melhor antídoto de que dispõe cada contratada para evitar arranhões à sua imagem profissional é não dar motivo para a imposição de penalidades, atendendo, leal e zelosamente, a todas as obrigações previstas no contrato.⁴⁰

Cabe destacar que a penalidade de advertência somente pode ser aplicada após o devido processo legal, concedendo à empresa o direito de defesa.

4.2 Multa

A penalidade de multa pode ser dividida em duas espécies: moratória (art. 86 da Lei nº 8.666/93) e compensatória (art. 87 da Lei nº 8.666/93).

A multa moratória tem por objetivo evitar o retardamento do cumprimento do objeto contratual. Deve ser aplicada durante a vigência do contrato. A obrigação poderá ser cumprida, não havendo a rescisão contratual.

Para tanto, cabe a administração fixar o prazo de tolerância. Se este prazo for extrapolado, acarretará a rescisão contratual.

³⁸ Esta tese é sustentada por Marcio dos Santos Barros em sua obra Comentários sobre Licitações e Contratos, p. 289.

³⁹ BRASIL. Lei nº 8.666/93, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

⁴⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Idem**, p. 817.

Justen Filho esclarece: “Se o contrato não dispuser acerca dos prazos para incidência da multa moratória e para rescisão por inadimplemento, caberá a Administração demonstrar que a demora tornou a prestação inútil para ela.”⁴¹

A multa compensatória decorre do inadimplemento contratual, ou seja, a empresa contratada deixou de cumprir sua obrigação e não poderá mais fazê-la. Nestes casos, a rescisão contratual deve ter ocorrido.

Como ensina Pereira Junior:

O que se conclui é que entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no art. 87 há diferença correlacionada com a distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento absoluto. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda por vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consoma-se o segundo quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo com proveito para o credor, tornando-se definitivo o descumprimento.⁴²

A penalidade de multa deve estar prevista no edital e no contrato sob pena de inviabilização. Destaca-se ainda que o instrumento contratual ou outro ato normativo deverá especificar as condições de aplicação da multa, pois não poderá ficar a mercê do poder discricionário do administrador.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que: “Se não há previsão da cláusula penal nem no ato convocatório e nem no contrato, não há como exigí-la.”⁴³

Daí a necessidade de constar nos editais, no caso dos órgãos subordinados à Secretaria de Segurança Pública, a cópia da Resolução SSP nº 333/05.⁴⁴

Em se tratando de contratações sem licitações, ou nos casos previstos de dispensa ou de inexigibilidade, deverá ser entregue ao contratado, caso não seja formalizado um contrato, juntamente com a nota de empenho a aludida Resolução sob pena de não ser possível a aplicação da penalidade de multa.

O art. 7º da Resolução SSP nº 333/05 assim estabelece:

Artigo 7º - As multas serão aplicadas na seguinte conformidade:

I - recusa injustificada em assinar, aceitar ou retirar o contrato = 20% do valor total do contrato ou diferença do preço resultante de nova licitação para realização da obrigação não cumprida, prevalecendo a de maior valor.

⁴¹ JUSTEN FILHO. *Idem*. p. 613.

⁴² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Idem*, p. 791.

⁴³ Revista dos Tribunais 734/325.

⁴⁴ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E. nº 173, de 13.09.05.

II - inexecução total = 30% do valor total do contrato ou diferença do preço resultante de nova licitação para realização da obrigação não cumprida, prevalecendo a de maior valor.

III - inexecução parcial = 20% do valor referente às obrigações não cumpridas ou diferença do preço resultante de nova licitação para realização da obrigação não cumprida, prevalecendo a de maior valor.

IV - atraso de até 15 dias = 0,2% x dias de atraso x valor referente às obrigações não cumpridas.

V - atraso de 16 a 30 dias = 0,3% x dias de atraso x valor referente às obrigações não cumpridas.

VI - atraso de 31 a 60 dias = 0,4% x dias de atraso x valor referente às obrigações não cumpridas.

VII - descumprimento de critérios e condições previstas nos contratos de prestação de serviços contínuos = 5% x valor mensal do contrato.⁴⁵

Os incisos I a III, do aludido art. 7º, referem-se à multa compensatória, por uma vez, os incisos IV a VII, do citado artigo, referem-se à multa moratória.

Um aspecto interessante é quanto ao prazo de tolerância que a administração estabelece para que o atraso resulte em inexecução.

Segundo o art. 5º, § 1º, da supracitada Resolução, o atraso superior a 60 (sessenta) dias será considerado inexecução (total ou parcial), *in verbis*: “o atraso superior a 60 dias será considerado inexecução parcial ou total do ajuste, conforme o caso.”⁴⁶

Surge a questão: Pode o administrador aceitar um bem ou serviço após o prazo de 60 (sessenta) dias?

A resposta é sim, pois o que prevalece é o interesse público, pois se o servidor público verificar que a obrigação será cumprida, a rescisão contratual não deve ocorrer.

Na lição de Barros:

Os casos de rescisão deverão ser devidamente formalizados e justificados pela Administração, até mesmo porque só poderão ser adotados como último recurso em face dos prejuízos que, normalmente, acarretam ao interesse público, sejam financeiros, sejam decorrentes do adiamento do atendimento do interesse público.⁴⁷

Tome-se como exemplo um órgão público que licitou a aquisição de uniformes. A empresa não cumpriu sua obrigação no prazo avençado e, passado 60 (sessenta) dias, verifica-se que a empresa fará a entrega do objeto contratado após 10 (dez) dias. Caberá ao administrador verificar a conveniência na entrega do material, pois realizar nova licitação, provavelmente resultará em um prazo superior aos 10 (dez) dias apresentados pela contratada. Isto não impede de aplicar a penalidade de multa.

⁴⁵ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E. nº 173, de 13.09.05.

⁴⁶ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E. nº 173, de 13.09.05.

⁴⁷ BARROS, Márcio dos Santos. **Idem**, p. 280.

Surge outra questão: Quanto de multa deverá ser aplicado à empresa que entrega o objeto contratado após 60 (sessenta) dias? Deverá ser aplicado o índice de 0,4% por dia de atraso previsto no art. 7º, inciso VI, da Resolução SSP nº 333/05 ou aplicar a multa de 30% ou 20 % previsto em face da inexecução total ou parcial da obrigação.

Há uma lacuna na resolução em face desta situação, pois não houve inexecução do contrato se a empresa contratada fizer a entrega da obrigação; no entanto o inciso VI, do art. 7º da aludida Resolução não prevê o índice para atrasos superiores a 60 (sessenta) dias. A melhor solução é uso da equidade, aplicando o índice que alcançar a multa menor, que pode variar em cada situação.

Cabe esclarecer que esta solução deve ser muito bem motivada pelo administrador, pois é um caso excepcional.

4.3 Suspensão Temporária

Esta penalidade aplicada à contratada impossibilita que a empresa participe de novas licitações ou que seja impedida de ser contratada com a administração pelo período de até 02 (dois) anos.

Deve ser aplicada em faltas extremamente graves.

Como ensina Pereira Junior:

A suspensão temporária é a penalidade que a Administração pode graduar até 2 anos, segundo a gravidade de infração, capaz de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízos ao interesse do serviço; é a penalidade severa que deve corresponder à conduta do contratado que, por culpa, inviabiliza a execução do contrato e, no mais das vezes, constranger a Administração a rescindi-lo.⁴⁸

Esta restrição imposta deverá ser restrita ao órgão da Administração Pública que aplicou a penalidade. Portanto, se a penalidade foi aplicada pela empresa de Saneamento Básico de São Paulo (SABESP), a Secretaria da Saúde poderá contratar a empresa apenada.

O art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, utiliza a expressão administração, enquanto no inciso IV, deste mesmo artigo, emprega a expressão Administração Pública.

O art. 6º da aludida legislação traz a interpretação legal como segue:

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;

⁴⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Idem**, p. 797.

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;⁴⁹

Justen Filho apresenta a tese, baseada em decisão do Superior Tribunal de Justiça, de que a empresa suspensa não pode ser contratada por qualquer órgão da Administração Pública, ao julgar o REsp nº 151.567, em que se afirmou que: “Não há como município, órgão da Administração Pública, aceitar a participação em licitação de empresa suspensa temporariamente por órgão fundacional estadual.”⁵⁰

No entanto o Tribunal de Contas da União proferiu a Decisão nº 36/2001 de forma diversa, como segue:

Existem duas interpretações possíveis para o dispositivo: a de que o termo ‘Administração’ refere-se apenas ao órgão que aplica a penalidade e aquela que o DNER apresenta em sua justificativa, de que o impedimento abrangeria todos os órgãos da Administração Pública na esfera do órgão sancionador.

...

As sanções elencadas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 encontram-se em escala gradativa de gravidade: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Percebe-se a intenção do legislador de distinguir as duas últimas figuras, de forma a permitir ao administrador que penalize uma falta não tão grave apenas com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, com prazo não superior a dois anos. Por outro lado, a sanção mais grave seria declarar à licitante inidôneo para contratar com a Administração Pública.

...

O art. 97 da Lei comprova a diversidade de abrangência das duas sanções, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. É crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, para qual existem penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. Esta constatação ratifica o entendimento de que o impedimento de licitar ou contratar com alguém apenado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, já que não há quaisquer óbices a que outros órgãos venham a fazê-lo.⁵¹

Esta penalidade pode ser aplicada conjuntamente com a de multa, como já exposto anteriormente.

Como consequência é não poder participar de licitação ou ser contratada com o órgão que aplicou a penalidade, podendo prosseguir com suas atividades societárias com outros órgãos da Administração Pública.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.666/93, disponível no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Idem**. p. 623.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Idem**. p. 623.

Meirelles afirmou “[...] é penalidade administrativa (...) a suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a declarou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que o ensejou.”⁵²

No entanto, no âmbito do Estado de São Paulo, com a edição do Decreto nº 48.999/04, que ao fixar a competência das autoridades para a aplicação da sanção administrativa estabelecida no art. 7º da Lei nº 10.520/02, estabeleceu em seu art. 5º que a empresa sancionada, com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (suspensão para licitar e contratar com a administração), não poderá ser contratada com qualquer órgão da Administração Pública Estadual, como se vê a seguir:

Artigo 5º - A licitante ou contratada punida com fundamento no artigo 7º da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ou nos incisos III ou IV do artigo 87 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não poderá participar de licitação ou ser contratada pelos órgãos e entidades da Administração Estadual, enquanto perdurarem os efeitos da sanção.⁵³

Em face deste ato normativo, como exemplo, a Polícia Militar do Estado de São Paulo não poderá contratar empresa sancionada pela SABESP.

É a posição de Justen Filho:

Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspense’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, esta é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.⁵⁴

Almeida cita, em sua obra, a Decisão nº 352/98, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] que em observância ao princípio da legalidade, não mais inclua nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação, no respectivo certame, de interessados eventualmente apenados por outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93), com a sanção prevista no art. 87, inciso III, desse diploma legal, ou ainda que tenham tido seus contratos firmados com os mencionados órgãos e entidades rescindidos com fulcro nos incisos I a IV do art. 78 da referida lei.⁵⁵

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 250.

⁵³ SÃO PAULO. Decreto nº 48.999/04, disponível no site [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP? vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação%20SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD).

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. p. 623.

⁵⁵ ALMEIDA, Cláudia. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2002/2007, p. 251.

Este Decreto padece de inconstitucionalidade, pois não cabe ao decreto regulamentador conferir à penalidade de suspensão temporária a mesma restrição da penalidade de declaração de inidoneidade.

Além disto, o decreto foi editado para regulamentar a competência das autoridades quanto à aplicação da penalidade prevista na lei do pregão, não sendo o meio mais adequado para tratar de um assunto tão relevante. Não existe, portanto, mais distinção entre as penalidades enumeradas nos incisos III e IV, do art. 87, da Lei nº 8.666/93.

Caberá à empresa sancionada ajuizar a competente ação para discutir esta previsão legal.

O prazo de suspensão temporária estabelecido na lei está limitado em 2 (dois) anos. A problemática está em como deve ser estabelecido o prazo de suspensão. A legislação federal ou estadual é omissa, conferindo à autoridade administrativa decidir a quantificação.

Deve o administrador adotar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como já foi exposto no item 3 deste trabalho.

Não pode a empresa ser sancionada no limite de 2 (dois) anos pelo simples fato de não ter cumprida sua obrigação contratual. Deve ser proporcional a sanção ao prejuízo causado à administração. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 914087/RJ, tendo Min. Rel. José Delgado, em decisão publicada no DJ em 29.10.2007:

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

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186):

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

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

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

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

[...]

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.
3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.
- [...]
5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.
6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.⁵⁶

Seria interessante que a autoridade administrativa investigue perante outros órgãos da administração pública se a empresa que esteja sendo submetida ao processo sancionatório já sofreu penalidade, pois a penalidade desta natureza poderá trazer sérios prejuízos para a empresa. No Estado de São Paulo, é possível verificar as penalidades aplicadas no sitio www.sancoes.sp.gov.br.

4.4 Declaração de Inidoneidade

É a mais rigorosa das sanções, pois afasta o licitante apenado das licitações públicas por um prazo indeterminado. Para que a empresa consiga participar de novas licitações, faz-se necessário que solicite a sua reabilitação demonstrando que cessaram os motivos da inidoneidade.

Tem um caráter subjetivo quanto à aplicação desta penalidade. Enquanto que na penalidade de suspensão temporária a empresa tenha agido por culpa, na declaração de inidoneidade o comportamento do contratado deve ter sido doloso.

A Lei nº 8.443/92, que trata da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, em seu art. 46, permitia que a empresa declarada inidônea por um ente federado poderia participar de uma licitação em outro órgão federado, visto que a Lei Orgânica fora promulgado sob a vigência do Decreto-lei nº 2.300/86, que utilizava a expressão Administração tanto para a penalidade de suspensão como para a de declaração de inidoneidade.

Assim dispunha o art. 73 do Decreto-lei nº 2.300/86:

- 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.⁵⁷

⁵⁶

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=proporcionalidade+na+san%E7%E3o+em+contrato+administrativo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>

⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 2.300/86, disponível no sitio www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dec_ano.htm

Com a promulgação da Lei nº 8.666/93, revogando o Decreto-lei nº 2.300/86, adotou a expressão Administração Pública, como se verifica o art. 87, inciso IV:

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.⁵⁸

Diante disto, esta penalidade impede que a empresa participe de qualquer licitação em qualquer órgão da Administração Pública (direta ou indireta).

Destaca-se que é crime contratar com empresa declarada inidônea.

Esta penalidade, assim como a penalidade de suspensão temporária, deve ser aplicada em obediência aos princípios norteadores da administração pública, em especial, ao da proporcionalidade.

Uma empresa que sofrer este tipo de penalidade poderá sofrer conseqüências sérias, resultando em sua falência e demissão de seus funcionários.

A reabilitação deverá ocorrer após o decurso do período de 2 (anos) perante o órgão que aplicou a penalidade.

4.3 Impedimento para licitar

A Lei nº 10.520/02, que introduziu a modalidade do pregão, instituiu uma nova sanção administrativa, aplicável somente nesta modalidade, que é o impedimento para licitar ou contratar com a Administração Pública, pois o art. 7º, da aludida legislação, assim dispõe:

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.⁵⁹

Não pode confundir impedimento para licitar e contratar com a suspensão temporária. Esta não pode ser aplicada na modalidade do pregão.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8.666/93, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.520/02, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

Além disto, o prazo é diferente. Na suspensão, o período não é superior a 2 (dois) anos, enquanto que no impedimento o prazo limite é de 5 (cinco) anos.

Este tratamento diferenciado quanto à duração da penalidade é questionável, uma vez que estaria dando tratamento diferenciado em face de condutas faltosas idênticas.

É a posição de Bittencourt que afirma:

Ocorre que tal postura poderia gerar, na prática, consequências de legalidade e constitucionalidade questionável. Isto porque não se pode conceber que condutas idênticas praticadas em licitações de modalidades diversas sejam repreendidas de forma diferenciada, unicamente em razão do rito específico de uma delas, uma vez, é claro, que deve servir de parâmetro para a aplicação da sanção a gravidade do ato praticado e não a modalidade de licitação adotada.⁶⁰

No âmbito no Estado de São Paulo, com a promulgação da Lei Estadual nº 13.121/08, que alterou o art. 40 da Lei Estadual nº 6.544/89 (Estatuto Paulista de Licitações), previu a penalidade de impedimento para licitar e contratar com a Administração pelo período de até 05 (cinco) anos, para as empresas que nas modalidades de concorrência, tomada de preços e convite não mantiver a proposta ou fizer declaração falsa.

Não foi feliz o legislador paulista ao inserir este dispositivo legal, pois trouxe um tratamento desigual e desproporcional.

Se uma contratada descumprir sua obrigação contratual será apenada no máximo em 02 (dois) anos, no entanto se não garantir sua proposta poderá ficar impedida em até 05 (cinco) anos.

Neste último caso, a Comissão Julgadora de Licitações ainda poderá analisar a propostas dos demais licitantes e ter sucesso na escolha do futuro contratante, não sendo frustrando o certame licitatório, porém se a empresa descumpre um contrato, o prejuízo será muito maior.

Até a edição do Decreto nº 48.999/04, a distinção era quanto ao alcance da penalidade, pois o impedimento para licitar impedia a contratação com qualquer órgão da Administração Pública, enquanto a suspensão estava restrita ao órgão que aplicou a penalidade.

Com a edição da Lei 10.520/02, equiparou-se a penalidade de impedimento para licitar com a de declaração de inidoneidade, no que tange aos órgãos da Administração Pública que a empresa sancionada não pode contratar.

⁶⁰ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Passo a Passo. 3. ED.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2004, p. 154.

Criou ainda uma situação delicada. A empresa declarada inidônea, que sofreu uma punição muito mais severa, poderá requerer a reabilitação após 2 (dois) anos, por sua vez, uma empresa impedida, poderá ficar sem participar de uma licitação ou ser contratada, por um prazo de até 5 (cinco) anos.

A autoridade que aplicar a penalidade de impedimento para licitar não pode restringir a que órgão da administração que estará penalizada, como ocorreu na decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao aplicar a penalidade de impedimento para licitar na empresa Petrobrás, no ano de 2007.

Outra problemática a ser enfrentada pela Administração Pública é no tocante a aplicação da penalidade imposta por outros órgãos da Administração Pública Estadual com relação aos contratos em andamento com a empresa sancionada.

O art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93⁶¹, estabelece que em todo o contrato deveria constar a exigência da contratada em manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação.

Uma empresa apenada com suspensão, impedimento ou declarada inidônea será inabilitada em uma licitação por deixar de preencher as condições de habilitação. Diante disto, poderá ser objeto de rescisão contratual com fundamento no art. 78, inciso I, da aludida legislação federal, por deixar de cumprir as cláusulas contratuais. Assim dispõe o dispositivo legal: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos.”⁶²

Se a empresa foi suspensa pelo período de 1 (um) mês, será coerente rescindir o contrato vigente, em que a empresa tem cumprido fielmente todas as obrigações? Se for proceder uma nova licitação para a execução deste contrato rescindido, certamente a empresa que fora apenada estará em condições de participar do novo certame, pois a penalidade imposta já caducou.

⁶¹ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

...

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

⁶² BRASIL. Lei nº 8.666/93, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um mandado de segurança, decidiu que a sanção imposta não atinge os contratos firmados antes da decisão administrativa que aplicou a penalidade, como se vê a seguir:

ADMINISTRATIVO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – INEXISTÊNCIA – EFEITOS *EX NUNC* DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. SIGNIFICADO.

1. (...)

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade ‘só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento’ (MS 13.101/DF. Min Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de ‘licitar ou contratar com a Administração Pública’ (Lei 8.666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). (MS 13.954. STJ Min Rel Teori Albino Zavascki. In Revista Zênite: Informativo de Licitações e Contratos. Nº 186 Agosto 2009, p. 792)

Certamente o administrador deverá utilizar da razoabilidade nestes casos, para evitar um prejuízo para a própria administração.

5 COMPETÊNCIA PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE

As penalidades de advertência, de multa (moratória e compensatória) e de suspensão para licitar e contratar com a administração, no âmbito paulista, é de competência do Dirigente da Unidade de Despesa, exceto na modalidade de concorrência, que deverá ser do Dirigente da Unidade Orçamentária.

A competência foi conferida, inicialmente aos Secretários de Estados e Dirigentes de Autarquia, conforme disposto no art. 2º, inciso X, do Decreto nº 31.138/90, que assim prescreve:

Artigo 2.º. Compete, ainda, aos Secretários de Estado e dirigentes de autarquias:
X - aplicar penalidades, exceto a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.⁶³

O art. 5º do citado Decreto, previa que a competência poderia ser delegada, mediante ato específico, como se constata:

Artigo 5º. As competências constantes dos artigos 1º e 2º, quando já não tenham sido atribuídas, por decreto de organização, a autoridade subordinada, poderão ser delegadas, mediante ato específico publicado no Diário Oficial, na seguinte conformidade:

⁶³ SÃO PAULO. Decreto nº 31.138/90, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/porta/site/Internet/Legislação SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD](http://www.al.sp.gov.br/porta/site/Internet/Legislação%20SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD).

- I - ao Chefe de Gabinete ou aos dirigentes de unidades orçamentárias, quanto às concorrências;
- II - ao Chefe de Gabinete, aos dirigentes de unidades orçamentárias ou aos dirigentes de unidades de despesa, quanto às demais modalidades de licitação. (GN)⁶⁴

A delegação, que previu o art. 5º do decreto nº 31.138/90, ocorreu por intermédio da Resolução SSP nº 335/07, *in verbis*:

Artigo 1º - Ficam delegadas as competências previstas nos artigos 1º e 2º do Decreto 31.138/90, ao Chefe de Gabinete da Pasta e aos Dirigentes das Unidades Orçamentárias e das Unidades de Despesas da Secretaria da Segurança Pública, que serão exercidas na conformidade do estabelecido no artigo 5º o mesmo diploma legal, com a redação que lhe deu o artigo 1º do Decreto 37.410/93.⁶⁵

A penalidade de impedimento para licitar e contratar com a União, Estados e Municípios, prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/02, é de competência dos Secretários de Estado, Dirigentes de Autarquia, dentre outros, conforme disposto no art. 1º do Decreto nº 48.999/04, que estabelece:

Artigo 1º - São competentes para aplicar, no âmbito dos respectivos órgãos ou entidades, a sanção de impedimento de licitar e contratar com o Estado, estabelecida no artigo 7º da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

I - os Secretários de Estado;

[...]

§ 1º - A competência fixada por este artigo poderá ser delegada na seguinte conformidade, mediante ato específico publicado no Diário Oficial do Estado:

1. pelos Secretários de Estado, aos respectivos Chefes de Gabinete e aos dirigentes de unidades orçamentárias; (GN)⁶⁶

A delegação, que faz menção no § 1º do Decreto acima, foi por intermédio da Resolução SSP nº 475/05 que assim determinou:

Artigo 1º - Fica delegada a competência para aplicar, no âmbito de seus respectivos órgãos, a sanção de impedimento de licitar e contratar com o Estado, estabelecida no artigo 7º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, aos Dirigentes das seguintes Unidades Orçamentárias:

(...)

IV - 180013 - Polícia Militar do Estado;

V - 180014 - Corpo de Bombeiros.⁶⁷

A competência para a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade é estabelecida no art. 87, § 3º da Lei nº 8.666/93, conferindo aos Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais.

⁶⁴ PAULO. Decreto nº 31.138/90, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP? vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação%20SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD)

⁶⁵ SÃO PAULO. Resolução SSP nº 335, de 22.08.07, publicada no D.O.E. nº 158, de 22.08.07.

⁶⁶ SÃO PAULO. Decreto nº 48.999/04, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP? vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação%20SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD).

⁶⁷ SÃO PAULO. Decreto nº 48.999/04, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP? vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação%20SP?vgnextoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCRD).

6. CONCLUSÃO

O administrador público deve fiscalizar a execução do contrato administrativo para que o seu objeto seja cumprido, no prazo e na forma como foi contratada.

Não pode agir de forma parcial, permitindo que a empresa contratada seja ou beneficiada ou prejudicada. O princípio da impessoalidade é imprescindível.

Na ocorrência de um descumprimento contratual, a administração deve instaurar o procedimento administrativo a fim de apurar eventual ilícito administrativo, onde serão obedecidas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em havendo a comprovação da culpa por parte da empresa contratada, esta deverá sofrer as sanções administrativas previstas na legislação em vigor, devendo ser proporcional a punição à falta cometida, que deve estar prevista em lei.

Quando da aplicação da penalidade, o administrador deverá dosar a pena de forma proporcional, visto que a sanção deverá ser tão mais gravosa quanto mais grave for a infração. Não deve simplesmente aplicar a penalidade no máximo sem nenhum critério.

A apuração da falta cometida pela empresa contratada não é uma faculdade, mas um dever da administração sob pena de responsabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cláudia. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2007.
- BARROS, Márcio dos Santos. **Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005.
- BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Passo a Passo. 3. ED.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2004.
- BRASIL. Código Civil, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.
- _____. Código Penal. São Paulo: RT, 2009.
- _____. Constituição Federal, disponível no sítio disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/principal.htm
- _____. Lei nº 10.520/02, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm.
- _____. Lei nº 8.666/93, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm
- _____. Lei nº 9.784/99, disponível no sítio www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_Lei-Ordinaria.htm
- _____. STJ, REsp nº 3306277, Min. Rel. , DJ de 04.02.02, disponível no sítio www.stj.gov.br.
- _____. TRF, ApCv nº 19.303. Des. Rel. Dj de 16.07.93. disponível no sítio www.trf.gov.br.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1972.
- DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo. 7. ed.** São Paulo: Malheiros, 2004.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=proporcionalidade+na+san%E7%E3o+em+ contrato +administrativo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed.** São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro. 21. ed.** São Paulo: Malheiros, 1990.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos. 10. ed.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Revista dos Tribunais 734/325.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto nº 31.138/90, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD)

_____. Decreto nº 48.999/04, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP?Vgne_xtoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD).

_____. Decreto nº 48.999/04, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP?Vgne_xtoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD).

_____. Lei nº 10.177/98, disponível no sítio [www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legislação SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD](http://www.al.sp.gov.br/portal/site/Internet/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20SP?Vgn_extoi=2ddd0b9198067110VgnVCM10000059001acRCD).

_____. Resolução CC nº 52, de 19.07.2005, disponível no sítio www.pregao.sp.gov.br.

_____. Resolução SSP nº 333, de 09.09.05, publicada no D.O.E., de 13.09.05.

_____. Resolução SSP nº 335, de 22.08.07, publicada no D.O.E., de 22.08.07.

_____. Resolução SSP nº 475, de 28.12.05, publicada no D.O.E., de 30.12.05.