A imprescindível defesa prévia no processo administrativo sancionador

Por: Luciano Elias Reis

Advogado; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA e da Faculdade de Direito da UTP/PR; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Professor convidado da Pós-Graduação em Direito Administrativo Disciplinar na UTP/PR; Professor convidado da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da UNIBRASIL; Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR; Professor do MPA em Administração Pública e Gerência de Cidades; Foi Coordenador da Especialização em Direito Municipal do CESUL; Autor de diversos artigos jurídicos e co-autor das obras "Estado, Direito e Sociedade"; "Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina" e "Direito Administrativo Contemporâneo" (2. Ed.); Co-coordenador dos "Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública."; Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos.

Diogo Pastre

Advogado do Município de Salgado Filho, Especialista em Direito Público e em Direito Municipal.

O tema de sanções administrativas aplicáveis às licitações públicas e contratos administrativos tem gerado uma série de polêmicas no dia a dia da Administração Pública, tanto em razão das dificuldades interpretativas quanto pelas posições diferenciadas advindas do Poder Judiciário e Cortes de Contas.

O presente ensaio tem a finalidade de dialogar sobre a importância da defesa prévia nos processos administrativos sancionadores.

Entrementes, antes de expor sobre a defesa prévia, convém alvitrar de alguns conceitos básicos e fundamentais para o raciocínio que será desenvolvido.

Segundo Rafael Munhoz de Mello, entende-se sanção administrativa como uma "consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes e, se necessário, com a utilização de meios coercitivos, tal qual previsto no próprio ordenamento jurídico"[1].

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Ferreira cita Noberto Bobbio ao debater sanções como categoria jurídica:

> A sanção pressupõe a violação da norma. Entra em jogo só quando é verificada uma violação. Podemos partir da hipótese de um ordenamento normativo que nunca seja violado, e conseqüentemente não tenha a necessidade de recorrer à sanção. Trata-se de uma hipótese abstrata; para que um ordenamento normativo nunca seja violado, ocorrem duas condições: ou as normas são perfeitamente adequadas às inclinações dos destinatários, ou os destinatários aderem perfeitamente às prescrições. (...) Todo sistema normativo em uma sociedade real encontra resistência e reações. Mas nem todas respondem à violação do mesmo modo.[2]

Sendo assim, sempre que a Administração Pública constatar a existência de infrações cometidas pelos licitantes ou contratados, esta, tem o dever-poder (poder-dever)[3] de aplicar a sanção cabível respeitando o princípio da proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção a ser imposta, lembrando que a aplicação de penalidade tem por finalidade reprimir e educar os infratores para que não voltem a cometer práticas passíveis de apenamento.

---

[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, p. 62.
[2] FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80.
[3] Sobre o dever-poder ou poder-dever, vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. - São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71 e seguintes.

Neste sentido, Daniel Ferreira esclarece que a "sanção se realiza como resposta jurídica de modo a exatamente desestimular a incursão no ilícito – e possuí, portanto, natureza *repressiva* e *restritiva de direitos*, podendo ser assumida como um mal, um castigo mesmo, mas apenas quando recaída sobre o infrator".[4]

Convém lembrar que a aplicação de sanções administrativas está diretamente arraigada com a proteção do interesse público, razão pela qual foram concedidos poderes à Administração Pública, os quais não estão sujeitos à vontade ou ao talante de seus agentes.

Isto representa dizer que a competência e o dever de instaurar e impor as devidas sanções administrativas são vinculadas. Rafael Munhoz de Mello esclarece que a natureza da competência para impor sanções é vinculada, veja-se:

> Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de conseqüência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. De conseqüência, não há que se falar em liberdade da Administração Pública na imposição da sanção administrativa. Ocorrendo o Ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção administrativa é vinculada. [5]

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.
> I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.
> II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.
> III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.
> IV - Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.
> V - A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto. Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.(Superior Tribunal de Justiça, MS nº 12.927/DF – Terceira Seção, Relator: Felix Fischer; Data do Julgamento: 12/12/2007)

Na mesma senda, o Tribunal de Contas da União tem decidido de maneira reiterada:

> Sumário
>
> TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DE RECURSOS. ELISÃO DO DÉBITO. FALHAS VERIFICADAS NA DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS ÀS ESCOLAS E NA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE FORNECIMENTO. CONTAS JULGADAS REGULARES COM RESSALVAS. DETERMINAÇÃO.

---

[4] FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90.
[5] 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. 71.

O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/92, observado o devido processo legal.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.558/2006 – Segunda Câmara Relator: Walton Alencar Rodrigues; Data do Julgamento: 12/09/2006)

Acórdão

1.2. (...) julgar as contas dos Srs.[omissis] regulares com ressalva e dar-lhes quitação (...), sem prejuízo de fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1.3. à (...) que:

(...)

1.3.7. aplique tempestivamente as sanções administrativas previstas nos editais e contratos aos particulares em atraso com suas obrigações, em consonância com o teor dos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993;

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 3.738/2007 – Primeira Câmara, Relator: Marcos Bemquerer Costa; Data do Julgamento: 28/11/2007)

Acórdão

9.7. recomendar ao (...) que:

9.7.1. autue processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário, Relator: Valmir Campelo; Data do Julgamento: 06/07/2011)

Relatório

6.2. Sobre a aplicação de multa, leciona Marçal Justen Filho que "não se admite discricionariedade na aplicação de penalidades" . Nesse sentido, inclusive, já deliberou o TCU em diversos julgados. À guisa de exemplo, citamos o Sumário do Acórdão 2.558/2006-TCU-2ª Câmara (TC 018.041/2004-6, Ata 33/2006, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues):

"O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das pena exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/92, observado o devido processo legal."

(Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 3.957/2010 – Primeira Câmara, Relator: Weder de Oliveira; Data do Julgamento: 29/06/2010)

Portanto, extraí-se do entendimento em comento que a natureza da competência para impor sanções é vinculada, ou seja, caso o contratado ou licitante venha, por ação ou omissão, incorrer em infração administrativa não cabe à Administração Pública a discricionariedade de

aplicar ou não as sanções previstas, haja vista tratar-se de dever-poder (poder-dever). Obviamente a assertiva em questão é realizada, desde que o sancionamento seja efetuado pelo adequado processo administrativo sancionador.

No adequado processo administrativo sancionador, observa-se que a Administração Pública deve agir sob o manto da legalidade e com redobrada cautela, especialmente no que tange as sanções estabelecidas nos incisos III e IV do art. 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no artigo 7º da Lei nº 10.520/02.

Entendendo pela aplicação de qualquer das sanções administrativas, Administração Pública deve oportunizar ao interessado (contratado ou licitante) o direito ao contraditório e à ampla defesa. Compreende-se direito no sentido de prerrogativa, visto que, mantendo-se inerte no prazo estabelecido ou no prazo legal, caberá a Administração Pública dar a devida continuidade no processo até decisão final.

No que concerne à obrigatoriedade de oportunizar o direito ao princípio do contraditório e da ampla defesa ao interessado, esta imposição resulta do insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe da seguinte forma:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Em comento ao inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, Jessé Torres Pereira Júnior leciona que a Carta Magna cuidou de estabelecer que haverá defesa onde houver acusação, veja-se:

> Ao outorgar, aos "acusados em geral", em processo judicial ou administrativo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, a Constituição da República fixa a premissa, que é de lógica formal, de que haverá defesa onde houver acusação. Isto porque a acusação imputa a alguém a prática de violação contra norma jurídica (legal, administrativa ou contratual) de que poderá resultar a imposição de penalidade ou a supressão de direito.[6]

Acerca deste princípio, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery traçam considerações de grande relevância:

> O conteúdo desse princípio significa, para o autor, poder alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e o conteúdo do processo e poder fazer-se ouvir. (...) Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo e, se tiver de decidir sob o fundamento de fato ou de direito não alegado pelas partes, ainda que a matéria seja de ordem pública, deve ouvir previamente as partes, sob pena de nulidade da sentença.[7]

Em consonância com o exposto, não restam dúvidas a respeito da importância conferida pelo nosso sistema jurídico-constitucional acerca do princípio do contraditório e da ampla, nesse sentido, Anadricea Vicente Almeida é categórica ao afirmar que:

> Com efeito, tamanha é a importância conferida no nosso sistema jurídico-constitucional ao mandamento do contraditório e da ampla defesa que a sua omissão no procedimento acarreta vício que não poderá ser sanado. Dessa forma, se, no procedimento de revogação ou de

---

[6] JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed. - rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 801.
[7] JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2 ed, rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 183.

> anulação, de rescisão e sancionatório, a Administração não conceder, previamente, prazo para que o(s) licitante(s) ou o(s) contratado(s) se manifestem, estará maculado de vício tal procedimento, não só por infringência à norma da Lei, mas por afronta a princípios constitucionais.[8]

Ao tratar do princípio do contraditório e da ampla defesa, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que "a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais".[9] Ademais, o jurista ainda assevera que a aplicação de sanções por parte da Administração Pública, somente será justa e legítima quando respeitar o princípio do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa:

> Há de se entender que os sobreditos preceitos almejam consagrar a tese universalmente acolhida de que, sobretudo em se tratando de atos constritivos da esfera de direitos e liberdades, o Estado só poderá praticá-los sob rigorosa obediência a normas que lhes predeterminem a tramitação e condições de expedição, assim como de ampla defesa se estiver em causa alguma inculca desfavorável ao administrado.
>
> (...)
>
> Já se deixou anotado que, em face do próprio Texto Constitucional, a aplicação de sanção administrativa, maiormente da gravidade daquela que foi infligida, jamais poderia ocorrer sem um processo regular, ou seja, precedida de **contraditório e ampla defesa**, ensejada, portanto, desde logo, audiência do interessado, produção de provas e, inclusive, acompanhamento das perícias acaso efetuadas pela Administração, quando necessário ao resguardo dos direitos do acusado no que concerne aos cuidados técnicos com que se realizem.[10]

Na esteira destes escólios, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que "o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatário do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas".[11]

Posto isso, pode-se afirmar de modo peremptório que a observância do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa deve ser garantida, eis que fazem parte de um conjunto regrado ao qual o legislador houve por bem em chamar de devido processo legal.

Acerca do devido processo legal Carlos Roberto Siqueira Castro, afirma que essa garantia constitucional tornou-se o princípio vetor das manifestações do Estado:

> Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro.[12]

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda alerta que os princípios em comento "não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra sorte, ficariam comprometidos".[13]

---

[8] ALMEIDA, Anadricea Vicente. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. - São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sanções administrativas – Devido processo legal necessário. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 49, p. 193, mar. 1998. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. - São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 628.

[12] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. - São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. - São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, por sua vez, cuidou de prever expressamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, seja em decorrência de revogação ou anulação da licitação ou em razão da rescisão contratual ou na aplicação de penalidades, conforme dispõem o § 3º do art. 49, bem como, o parágrafo único do art. 78 e do *caput*, §§2º e 3º do art. 87, todos da Lei de Licitações supra mencionada, os quais estabelecem:

> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.
> (...)
> § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.
> (...)
>
> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
> (...)
> Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.
>
> (...)
>
> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
>
> (....)
>
> § 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.

Denota-se que o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa está previsto na Lei Geral de Licitações que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição da República de 1988. Apesar desta diretriz, há quem defenda que a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, apresenta termos contraditórios ao disposto na Carta Magna.

Os defensores da contradição em comento defendem a tese de que a redação do § 2º do art. 86, e do art. 87, ambos da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, são antagônicas, onde a primeira condiciona a aplicação da multa ao regular processo administrativo, e já a segunda, exige tão somente a necessidade de garantir defesa prévia.

Nesse sentido, Fabio Pallaretti Calcini levanta a seguinte discussão: "nas hipóteses de inexecução, parcial ou total, do contrato, para a imposição de sanção, deve o Poder Público, simplesmente, oferecer oportunidade de prévia defesa (art. 87), ou regular processo administrativo (art. 86)?"[14]

Preocupando-se com o atendimento ao estabelecido na Constituição Federal, Calcini arremata afirmando que:

> Assim, para que se atenda ao previsto no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal, em caso de aplicação de sanção administrativa, por inexecução, parcial ou total, do contrato

[14] CALCINI, Fábio Pallaretti. A necessidade de processo administrativo autônomo para a aplicação de sanção. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 119, p. 37, jan. 2004. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

> administrativo, forçosa a realização de um devido processo legal, ou melhor, de um "regular processo administrativo", de conformidade com o art. 86, da Lei nº 8.666/93, não bastando uma singela "prévia defesa" disposta no art. 87. (...)
>
> Em tais condições, cumpre ao Administrador Público, quando da imposição de sanção por inexecução, total ou parcial, do contrato administrativo (art. 87), garantir ao administrado um regular processo administrativo (art. 86), não bastando uma mera prévia defesa. conseqüentemente, há de se conceder efetivo contraditório e ampla defesa, com a produção probatória e interposição de recurso, tudo na estrita e fiel observância do devido processo legal, inscrito no art. 5º, inc. LIV e LV, da Constituição Federal. [15]

Em que pese a dúvida aventada, repousa também a indagação acerca da necessidade de instaurar o competente processo administrativo, bem como, de oportunizar o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à sanção da multa.

Ora, como a multa é uma sanção administrativa, por conseguinte não pode pairar quaisquer espécie de celeuma sobre a necessidade de seguir o mesmo raciocínio, qual seja, imprescindibilidade de processo administrativo para aplicação de multa, moratória ou compensatória.

Sobre os aspectos procedimentais que deverão nortear o processo administrativo sancionador, Anadricea Vicente Almeida esclarece que:

> a Administração deverá notificar o licitante ou o contratado acerca da intenção de revogar ou de anular o certame, rescindir o contrato ou aplicar tal penalidade, indicando as razões fáticas e o fundamento legal para tanto. Frise-se: essa notificação deve ser anterior à prática do ato. Nessa oportunidade, indicará, também, prazo razoável para a apresentação da defesa; no caso da aplicação de penalidades, o prazo consta da Lei (§§ 2º e 3º do art. 87).[16]

No que concerne especificamente ao prazo para apresentação da defesa prévia, Anadricea Vicente Almeida ainda assegura que:

> Uma questão que não é disciplinada de forma geral pela legislação reguladora da matéria é o prazo para o exercício do direito de defesa prévia. A Lei de Licitações disciplinou expressamente tal prazo somente em relação ao procedimento para a aplicação das sanções administrativas. Dessa forma, antes da efetiva aplicação das penalidades, a Administração deverá conceder um prazo de cinco dias úteis, em se tratando das sanções previstas nos incisos I, II e III; e de dez dias úteis, no caso da sanção do inciso IV. É o que determina os §§ 2º e 3º do art. 87.[17]

Assim, ao exercer seu direito de apresentar defesa prévia, o licitante ou o contratado estará fornecendo subsídios capazes de contribuir para a formação da convicção da autoridade, a qual em razão de seu dever-poder de natureza vinculada deve decidir quanto à aplicabilidade das medidas sancionatórias.

Deste modo, a aplicação de penalidades administrativas que não for precedida de processo administrativo, com o escopo de comprovar práticas capazes de justificar estas medidas e a inobservância do princípio do contraditório e da ampla defesa, acarreta vício que não poderá ser sanado.

Sobre o assunto, Rafael Munhoz de Mello discorre que:

> De todo modo, independentemente da sanção, os entes administrativos devem assegurar o

---

[15] CALCINI, Fábio Pallaretti. A necessidade de processo administrativo autônomo para a aplicação de sanção. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 119, p. 37, jan. 2004. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

[16] ALMEIDA, Anadricea Vicente. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

[17] ALMEIDA, Anadricea Vicente. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2010.

> contraditório e a ampla defesa, devendo instaurar o processo formalmente, notificar o licitante ou contratado, dar-lhe prazo razoável para este apresentar defesa, produzir prova e manifestar-se sobre ela. Depois disso a Administração deve decidir motivadamente sobre a aplicação da penalidade ou não e conferir prazo razoável para que o licitante interponha recurso. Recomenda-se que, em ultima instância, diante de falta de normas legais, o edital ou contrato discipline o processo administrativo a ser seguido pela Administração e pela Administração Publica para a aplicação das sanções administrativas.[18]

Não se pode esquecer também que a defesa prévia encontra albergue inclusive nos direitos do administrado previstos na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99):

> Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
> (...)
> III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

A necessidade de oportunizar a defesa prévia para que o interessado no processo administrativo sancionador possa exercer o seu direito à contraditório e à ampla defesa antes de qualquer decisão é considerada como condição de validade dos processos, tanto que os Tribunais Pátrios são unânimes em assegurar tal direito, bem como em declarar a invalidação de processos que inobservam tais direitos:

> Contratação pública – Contrato – Inexecução – Sanções – Garantia do contraditório e da ampla defesa – Devido processo legal – TJ/SP. Para serem aplicadas as devidas sanções ao particular que contrata com a Administração Pública e que venha cometer algum ilícito durante a execução do contrato, deve ser garantido o devido processo legal. Ou seja, o particular tem direito de arguir prévia defesa, utilizando-se dos meios previstos em lei, como o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, entendeu o TJ/SP afirmando que o processo administrativo que venha instituir ao particular alguma sanção, deve observar "o princípio do devido processo legal, na mais ampla acepção". (TJ/SP, Apelação Cível nº 322.842-5/9-00, Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. em 29.10.2007.)

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. MULTA. INTERPRETAÇÃO AO ART. 87, § 2º, DA LEI N.º 8.666/93 ACÓRDÃO FUNDADO EM EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO, IN CASU, SÚMULA 07/STJ. PROCESSUAL CIVIL. 1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 2. As conclusões da Corte de origem ao assentar que: "No caso em exame, verifica-se que a ora impetrante não foi notificada para, em cinco (5) dias úteis, apresentar defesa prévia no que tange à possibilidade de aplicação de qualquer sanção. Pelo contrário, a notificação de fl. 354 se destinou exclusivamente a informar a licitante sobre o teor da decisão de fl. 352 que apenas anulou o "certame licitatório". Por sua vez, o ofício de fl. 330, além de ter fixado prazo inferior ao previsto no art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/93, sequer fez menção à eventual aplicação de penalidade à apelante. Diante disso, a manifestação de fls. 340/342 não tratou do assunto, não se qualificando como a defesa prévia prevista no dispositivo supramencionado. **Como se vê, a aplicação de multa à impetrante violou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), bem como o art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual se afigura nula.** Nada obsta, entretanto, que saneadas as irregularidades no processo administrativo, venha a autoridade impetrada novamente impor a sanção à licitante. ", resultaram do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. Consectariamente, infirmar referidas conclusões implicaria sindicar matéria fática, interditada ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido. *(STJ; AgRg-Ag 949.977; Proc. 2007/0220604-8; RR; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 23/04/2009; DJE 25/05/2009)* [19]

> MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA SEM DIREITO À PRÉVIA DEFESA. SUSPENSÃO DO ATO PUNITIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. **Provado que a punição**

[18] MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 625.
[19] Inexistem grifos no original.

> **administrativa se deu sem oportunizar à parte o direito à previa e ampla defesa, há de se reconhecer o vício da nulidade, a suspender o ato punitivo. Oportunidade de recurso à decisão administrativa que impôs a sanção que não supre o vício. Irrelevância do fato ter obtido repercussão na mídia. Circunstância que não pode, em nome de uma resposta imediata e em satisfação à opinião pública, afastar o direito de defesa, sob pena de violação a princípios que se constituem em cláusulas pétreas da Constituição Brasileira.** APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. *(TJRS; APL-RN 70006828495; Porto Alegre; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick; Julg. 29/10/2003)* [20]
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. APLICADA PELO GOVERNADOR DO ESTADO. INIDONEIDADE PARA LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Diretor presidente da copel parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda - Processo administrativo sem a garantia da defesa prévia - **Notificação efetivada serodiamente e irregularmente - Infringência dos direitos constitucionais do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa - Direito líquido e certo violado -** Segurança concedida. *(TJPR; Mand Seg. 0033617-6; Ac. 2416; Curitiba; Órgão Especial; Rel. Des. Lenz Cesar; DJPR 12/02/1996)* [21]

Para ilustrar e demonstrar como deverá ser desenvolvido o procedimento no que se refere à defesa prévia, transcreve-se uma decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região explicando de forma pedagógica o devido processo legal e a nulidade, caso não respeitada a fase de defesa prévia:

> **MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM VIRTUDE DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO. NECESSIDADE DE DEFESA PRÉVIA. ART. 87, III, § 2º, DA LEI Nº 8.666/93. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.** Cuida-se de apelação cível e de remessa necessária em mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro e Voetur Turismo e Representação Ltda, em que pretende a impetrante a anulação do contrato firmado entre a União e a segunda impetrada, após a realização da Concorrência nº 02/97, bem como do ato punitivo consubstanciado na suspensão temporária de participação da impetrante em licitações, e no impedimento de contratar com a Administração Pública, pelo prazo de 6 (seis) meses. - Na hipótese, alega a impetrante que, após regular procedimento licitatório, foi convocada em 14/08/1997 para assinatura de contrato de serviços de fornecimentos de passagens aéreas, fretes e remessas de encomendas em âmbito nacional e internacional. No entanto, em razão de dificuldades de aprovação do seu cadastro pelo IRB - Instituto de Resseguros do Brasil, deixou de cumprir o prazo para obtenção da garantia exigida no edital de licitação para a assinatura do contrato, razão pela lhe qual foi imposta a penalidade em comento. - **Na sentença ora recorrida, o Douto Juízo *a quo* determinou a nulidade da penalidade imposta ao fundamento de que a suspensão aplicada não foi antecedida da indispensável instauração de procedimento administrativo, em violação à disposição expressa do art. 87 da Lei nº 8.666/93. - Por meio do recurso interposto, requer a União Federal a reforma do r. *decisum* alegando, para tanto, que houve a instauração de prévio processo administrativo quando da imposição da penalidade, com a regular comunicação da decisão à impetrante, chegando esta a interpor recurso, o qual foi desprovido. - Ocorre que, de acordo com os autos, não há comprovação de que a defesa oportunizada à empresa vencedora do certame deu-se previamente à imposição da penalidade, como disposto pela legislação aplicável à espécie. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; - Por sua vez, o artigo 87, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.666/93 prevê a necessidade de que seja garantida a defesa do contratado previamente à imposição das penalidades previstas para a inexecução parcial ou total do contrato. - Recurso e remessa necessária desprovidos.** *(TRF 2ª R.; APL-MS 1999.02.01.059680-2; Quinta Turma Especializada; Relª Desª Fed. Vera Lúcia Lima; Julg. 19/11/2008; DJU 27/11/2008; Pág. 158)*

---

[20] Inexistem grifos no original.
[21] Inexistem grifos no original.

Corroborando para a efetivação dos direitos individuais em face de arbitrariedades cometidas no âmbito da Administração Pública quando simplesmente se olvidam de conceder prazo de defesa prévia, não se pode esquecer que defesa prévia não se confunde com recurso administrativo.

A defesa prévia é a peça de defesa dos direitos do interessado para subsidiar a busca da verdade real dos fatos e delimitar inclusive a fase probatória do processo administrativo. Tem a serventia de se opor à pretensão ou apuração pela Administração, fazendo com que o ativismo da parte adversa possa até mesmo eliminar possíveis dúvidas de fato ou de direito existentes pela Administração Pública no suporte fático em contenda. Por tais razões, de nada adianta a existência de decisão administrativa com oposição pela via recursal administrativa sem a precedência obrigatória de defesa prévia, visto que os prejuízos aos direitos do administrado em contradizer e opor resistência seriam incomensuráveis, bem como a Administração Pública poderia já ter evitada a continuidade de uma controvérsia com pretensão resistida entre as partes.

Na mesma esteira, pontua-se que o recurso administrativo tem por desidério manifestar a discordância de uma decisão que foi devidamente instruída e preparada, sendo que a autoridade hierarquicamente superior para emanar a sua decisão centrar-se-á ao que já foi produzido dentro dos autos do processo administrativo.

Sobre a impossibilidade confusão entre recurso administrativo e defesa prévia, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou explicitamente sobre esse aspecto, afirmando que *"A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso..."* (Supremo Tribunal Federal, MS 23.550, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.04.2001, DJU 31.10.2001).

Pelas razões sucintamente declinadas, é possível inferir que a instauração do competente processo administrativo e a imprescindibilidade de conceder defesa prévia são condições *sine qua non* para a legalidade do processo administrativo sancionador, conforme determinam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.