

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MONIQUE RAFAELLA ROCHA FURTADO

**PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015**

MONIQUE RAFAELLA ROCHA FURTADO

**PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo como requisito parcial para obtenção do certificado de especialista em Direito Administrativo.

Orientador:

Msc. Bruno Rangel Avelino

BRASÍLIA, FEVEREIRO 2015

MONIQUE RAFAELLA ROCHA FURTADO

**PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 1ª REGIÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo como requisito parcial para obtenção do certificado de especialista em Direito Administrativo.

Brasília-DF, ____ de fevereiro de 2015.

Professor Orientador Msc. Bruno Rangel Avelino

Membro da banca examinadora

Membro da banca examinadora

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo a respeito das penalidades aplicáveis aos contratos administrativos, trazidas no rol do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, analisando precedentes judiciais emanados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Dessa forma, buscou-se trazer um panorama geral sobre a licitação, bem como a supremacia do interesse público sobre o particular, que originam as diretrizes do contrato administrativo. Em seguida, se esmiúça a possibilidade do poder público penalizar o particular como forma de atendimento ao interesse público, além de analisar o princípio da proporcionalidade e a dosimetria das sanções. Por último se faz um levantamento jurisprudencial específico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a fim de conhecer em que medida as penalidades são aplicadas em atenção ao princípio da proporcionalidade, apresentando entendimentos judiciais.

Palavras-Chave: Licitação. Contrato Administrativo. Penalidades. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper presents a study about the penalties applicable to administrative contracts , brought in the list of Article 87 of Law No. 8,666 / 1993 , analyzing judicial precedents issued by the Federal Court of the 1st Region . Thus , we sought to bring an overview of the bid and the supremacy of the public interest in the particular originating guidelines administrative contract . Then break it the possibility of government penalize particular as a way of serving the public interest, in addition to analyzing the principle of proportionality and dosimetry of sanctions. Finally you make a specific judicial survey of the Federal Court of the 1st Region , in order to know the extent to which penalties are applied in regard to the principle of proportionality , with judicial understandings .

Key-words: Bidding. Administrative Agreement. Penalties. Principle of Proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A Licitação.....	9
1.1. Licitação no contexto da lei nº 8.666/1993.....	10
1.2. O pregão como modalidade de licitação.....	12
1.3. O processo de contratação pública.....	14
1.4. Do contrato administrativo	16
1.4.1. Espécies de cláusulas exorbitantes	18
2. Penalidades no contrato administrativo	20
2.1 Discricionariedade na aplicação das penalidades.....	23
2.2 Penalidades do artigo 87 da lei de licitações.....	29
3. Do princípio da proporcionalidade na aplicação das penalidades a partir de estudos de casos do tribunal regional federal da 1ª região.....	38
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

Os temas referentes ao procedimento de licitação são sempre debatidos tanto no meio acadêmico quanto no meio profissional. Com a licitação se tornando instituto obrigatório, com o advento da Constituição Federal de 1988, se acendeu a necessidade de um regulamento capaz de normatizar, de forma geral, o procedimento de compras públicas.

Assim, é que a Lei nº 8.666/1993 surgiu e se desenvolveu, sendo amplamente utilizada, de modo que seus desdobramentos, acabaram por gerar apreensão e grandes embates doutrinários, exatamente pela sua natureza geral de regular o procedimento. Tanto assim o é, que é chamada de Lei Geral de Licitações e Contratos.

Observa-se, portanto, que tendo o ciclo do procedimento licitatório exaurido, o contrato administrativo se insurge como fruto do vínculo entre Poder Público e particular, apresentando nuances que merecem ser estudadas.

Um dos primeiros particulares a serem destacados é a natureza singular do contrato administrativo, o qual apresenta as conhecidas cláusulas exorbitantes decorrentes diretamente do princípio da supremacia do interesse público que coloca a Administração em posição de vantagem em relação ao contratado privado.

Nessa esteira, é que se insere a possibilidade da Administração penalizar seus contratados por eventuais descumprimentos, particularidade inexistente num contrato de natureza privada, já que ambas as partes se encontram no mesmo patamar.

A Lei nº 8.666/1993, por seu caráter geral, ao revés da legislação penal, não elencou todas as condutas passíveis de punição, de modo que propiciou ao gestor público grande margem de liberdade ao realizar a dosimetria da punição impingida. Nesse espeque, é que a discricionariedade inerente ao ato administrativo merece ser analisada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A punição ao contratado necessariamente perpassa pela adequação entre a conduta ilícita, o dano causado, e a pena correspondente, de modo que

merece ser analisado, de forma prática, como a Administração vem sopesando esse parâmetros ao aplicar a sanção.

Deste modo, este trabalho se propõe a analisar o emprego do princípio da proporcionalidade nas sanções contratuais administrativas, por meio de avaliação dos casos trazidos ao controle judicial.

Para tanto, o primeiro capítulo traz uma visão geral sobre o procedimento licitatório de modo a demonstrar a gênese do processo de contratação pública, a partir da obrigação constitucional de licitar.

Em seguida, passa-se a discorrer especificamente sobre as penalidades elencadas no rol do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, demonstrando sua aplicabilidade por meio da doutrina. Nesse capítulo o princípio da proporcionalidade é discutido como forma de demonstrar a necessidade cogente de sua aplicação na dosimetria das sanções.

Por último, o terceiro capítulo traz alguns precedentes específicos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que ao realizarem o controle judicial, constataram a extrapolação dos limites e o desprezo ao princípio da proporcionalidade ao aplicar a sanção.

Importa registrar que a eleição pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região se deu por força do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que assegura como opção de foro para intentar causas em que a União figure no pólo passivo, a Seção Judiciária do Distrito Federal. Além disso, a eleição também se deu pela familiaridade e aproximação profissional com Tribunal.

1. A LICITAÇÃO

Este capítulo tem como objetivo descrever um panorama geral sobre o instituto da licitação, a fim de demonstrar que é por meio dela que se concretiza o contrato administrativo realizado com particulares.

Deste modo, se busca demonstrar a gênese do vínculo estabelecido entre a Administração Pública e o particular, e sua consequência punitiva como resultado do princípio da supremacia do interesse público.

Assim, é oportuno realizar um recorte metodológico no sentido de esclarecer que não há pretensão de exaurir o aspecto histórico das contratações públicas, mas trazer um breve panorama de como o procedimento licitatório evoluiu e adquiriu *status* constitucional.

Para DELANO (1999) o procedimento administrativo denominado de licitação pode ter surgido no final do século XVIII e início do século XIX, período em que o Estado Liberal já urgia pela necessidade procedimental e burocrática de realizar serviços ou adquirir objetos para a coletividade da Europa Medieval.

No Brasil, constata-se que o procedimento licitatório teve sua gênese com o Decreto nº 2.926 de 1862, o qual “Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas” (BRASIL,1862)

Somente em 1922, houve regulamentação no âmbito federal, por meio do Decreto nº 4.536 daquele ano, tendo sido posteriormente sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200 de 1962.(DELANO, 1999)

Este sistema se mostrou viável durante todo o período em que a administração pública brasileira era centralizadora e burocrática, mesmo apresentando lacunas que proporcionavam diversas interpretações aos dispositivos legais.(Ibid, 1999)

No entanto, com o processo de democratização, a licitação ganhou mais espaço, tendo sido instituído o primeiro Estatuto das Licitações e Contratos, por meio do Decreto-lei 2.360/1987, e logo em seguida, a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 37, XXI, a consagrou como princípio constitucional, de observância cogente pela Administração Pública. (Ibid, 1999)

Nota-se, portanto, que a licitação se tornou de importância salutar no ordenamento jurídico ao alçar o patamar de princípio constitucional:

a magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observação de um princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria lei aplicada. Segundo o festejado constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação à não observância de um princípio, eis que este último traduz-se na própria estrutura informadora da norma. Ao contrário da norma que somente possui eficácia nas situações por ela disciplinadas, os princípios, em razão de sua abstratabilidade sem conteúdo concreto, açambarcam, ao contrário da lei, um número indeterminado de situações fornecendo critérios para a formação das leis. Aspecto relevante da aplicabilidade dos princípios diz respeito aos critérios que estes fornecem para uma sólida, justa, lógica e legal interpretação da lei. (REGO, 2003, p. 65)

Assim, o dispositivo constitucional insculpido no art. 37, XXI da Constituição Federal, foi posteriormente regulamentado pela Lei nº 8.666/1993, a qual se passa a discorrer a seguir.

1.1 LICITAÇÃO NO CONTEXTO DA LEI Nº 8.666/1993

Com o advento da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, houve regulamentação do procedimento licitatório e dos contratos administrativos que se refiram a obras, serviços, compras, alienações e locações, abrangendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme dispõe o seu artigo 1º.

Assim, nas palavras de MEIRELLES (2004, p. 321):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União, também conceitua:

Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2010)

Deste modo, é por meio da licitação que a administração convida a todos os interessados que atendam às condições fixadas no ato convocatório, criando a possibilidade de apresentação de suas propostas. (DI PIETRO, 2010).

Conforme redação do artigo 3º da Lei de Licitações, é imperativo que se observe o princípio constitucional da isonomia, com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e, ainda, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, a licitação deve ser processada e julgada em consonância com princípios que visam à proteção do interesse da coletividade. CRETELLA JÚNIOR, (1999, p. 76), assim define princípio:

O vocábulo princípio, na linguagem corrente, tem o sentido de 'aquilo que vem antes de outro', 'origem, começo', 'momento em que se faz uma coisa pela primeira vez'. Princípio contrapõe-se a fim, assinalando marco inicial, no tempo e no espaço

Portanto, no que se refere à Administração Pública, o artigo 37 da Constituição Federal consagra os seguintes princípios como norteadores da *res publica*: impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e julgamento objetivo das propostas.

Não se pode olvidar ainda dos princípios específicos trazidos pela Lei nº 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999)

No tocante às licitações públicas, os princípios devem caminhar em conjunto para a seleção da proposta mais vantajosa, cominada com o julgamento objetivo das propostas. Sendo necessário, portanto, se atentar ao fato de que nem sempre menor preço é sinônimo de maior vantajosidade:

O julgamento pelo menor preço o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, par. 1º, I). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, *caput*, e art. 45), refere-se a "critério de avaliação", a "fatores" interferentes com ela, de dar par com os "tipos" de licitação, percebe-se que, paralelamente a

estes, complementado-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para a avaliação das propostas. (MELLO, 2011, p. 234)

Para a realização das licitações o artigo 22 da Lei nº 8.666/1993 elenca rol taxativo referente às modalidades de licitação, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, conforme incisos de I a V. Traz ainda a ressalva do §8º, a seguir:

"§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.(BRASIL, 1993)"

No entanto, em que pese haver vedação expressa de criação de novas modalidades, o pregão surge como modalidade chancelada e garantida por meio da Lei nº 10.520/2002, que converteu a Medida provisória n.º 2.182-18/2001 em norma geral, e instituiu o pregão no âmbito da União com aplicação nos demais entes federativos. (MEIRELLES, 2004)

1.2 O PREGÃO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO

O instituto do pregão, no entanto, não é novidade, conforme MEIRELLES (2004) aponta:

"(...) nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado 'vela e pregão', que consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguiu a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço. (MEIRELLES, 2004, p. 265)

Especificamente no Brasil, constata-se que o pregão surgiu com o advento da Lei nº 9.472/97 a qual trouxe em seus artigos 54 e 56 o pregão como modalidade licitatória. Posteriormente, a Lei Federal nº 9.986/00, em seu artigo 37 ampliou o âmbito de utilização do pregão para todas as agências reguladoras existentes.

Em seguida, as Medidas Provisórias nº 2.026/00 e 2.182-18/2001 instituíram a modalidade no âmbito da União, tendo sido consolidada pela Lei nº 10.520/02. Assim, a Lei nº 10.520/2002 passa então a veicular normas gerais de licitações públicas tal qual a Lei nº 8.666/93:

(...) podemos afirmar, hoje, que a Lei n. 10.520/2002 veicula normas gerais em matéria de licitações públicas. Encontra-se, portanto, na

mesma situação da Lei n. 8.666/93 em nosso ordenamento jurídico. Temos, em verdade, duas leis de normas gerais regulamentando o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, a segunda acrescentando normas à regulamentação inicial: a Lei n. 8.666/93 e a Lei n. 10.50/2002. (ALEXANDRINO ; PAULO, 2007, p. 476)

Assim, o pregão é uma modalidade licitatória com a finalidade de adquirir bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado para contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, trazendo agilidade e celeridade ao procedimento. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 284)

Nesse sentir, vale conceituar o que pode ser caracterizado como um bem ou um serviço comum:

(...) o que caracteriza um objeto como comum é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição no mercado. (...) bem ou serviço comum é aquele que pode ser adquirido, de modo satisfatório, através de um procedimento de seleção destituído de sofisticação, mas aqueles para cuja aquisição satisfatória não se fazem necessárias investigações ou cláusulas mais profundas. Enfim, são comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado. Mas não apenas os objetos padronizados podem ser reputados como comuns. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 321).

Ainda assim, após a criação do pregão presencial, surgiu o pregão em sua forma eletrônica, o qual é realizado por meio de recursos de tecnologia da informação:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem o serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet). (JUSTEN FILHO, 2000, p. 325).

A regulamentação do pregão em sua forma eletrônica se dá por meio do Decreto nº 5.450/2005, e há quem a considere mais vantajosa que a forma presencial:

O pregão eletrônico apresenta algumas vantagens em relação ao presencial. Primeiramente, reduz-se o uso de papel, já que os atos se produzem pela internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou por lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproxima as

pessoas e encurta distancias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 294)

O Decreto nº 5.450/2005 trouxe ainda a vedação de sua utilização às contratações de obras de engenharia, restando silente quanto à possibilidade de uso nas contratações de serviços de engenharia:

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral. (BRASIL, 2005)

Diante disso, é que o pregão se tornou a principal forma de contratação utilizada pela Administração pública, seja pela celeridade, seja pela ausência de limitação quanto ao valor de contratação pretendido, seja pela facilidade em desburocratizar o processo de contratação pela *res publica*.

1.3 O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O processo de contratação pública possui três fases distintas que auxiliam o Poder Público no atingimento de sua finalidade precípua: a satisfação do interesse público. Importa salientar que tanto a Lei nº 8.666/1993 quanto a Lei nº 10.520/2002 obedecem às mesmas diretrizes de planejamento e gestão do contrato, diferenciando-se tão somente no que se refere à fase externa do procedimento.

Pode-se constatar, portanto, as fases: interna, externa e contratual do processo de contratação. A fase interna identifica a necessidade do órgão e determina as condições do edital, antes de publicizá-las:

Durante a fase interna da licitação, a Administração terá a oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos praticados. Exemplos: inobservância de dispositivos legais, estabelecimento de condições restritivas, ausência de informações necessárias, entre outras faltas. (BRASIL.Tribunal de Contas da União, 2010)

Trata-se de fase em que a contratação é previamente planejada, desde o pedido de compra ou solicitação dos serviços, nos termos do artigo 15, especialmente § 7º, inciso I e II da Lei nº 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(...)
§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;(BRASIL, 1993)

Vale ressaltar ainda a exigência do Plano de Trabalho, documento que antecede o Projeto Básico ou Termo de Referência para as contratações de serviços. A exigência desse documento está prevista no Decreto nº. 2.271/1997, que possui abrangência restrita às contratações de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Art . 2º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterà, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis. (BRASIL, 1997)

Para balizar os servidores responsáveis pela fase interna o Tribunal de Contas da União elencou atos preparatórios a serem observados nesta fase:

- solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;
- elaboração do projeto básico e, quando for o caso, o executivo;
- aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;
- elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base no projeto básico apresentado;
- estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;
- indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso;

- elaboração de projeto básico, obrigatório em caso de obras e serviços;
- definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados. (BRASIL.Tribunal de Contas da União. 2010)

Importa salientar que nessa fase, o gestor público pode inclusive concluir pela desnecessidade de realização de um procedimento licitatório,

optando fundamentadamente e com amparo legal por adesão a uma ata de registro de preços, ou ainda quando for o caso, em uma das hipóteses dos artigos 24 e 25 da Lei de licitações que elencam o rol de dispensa e inexigibilidade. (JUSTEN FILHO, 2000)

Concluindo, portanto, o gestor pela necessidade de licitar, após perpassar a fase pré-contratual, passa-se à fase externa, a qual se trata da realização da licitação propriamente dita.

Como já dito, nesta fase é que reside a grande diferença entre o Pregão e as modalidades elencadas pela Lei nº 8.666/1993. Enquanto esta última procede em primeiro lugar na habilitação das licitantes, analisando toda a documentação exigida nos artigos 27 a 31 da referida Lei, para tão somente passar para a análise de preços ofertados, no pregão, o procedimento é exatamente inverso.

Assim, após definida a proposta que representa maior vantajosidade para a Administração, respeitada a fase recursal, é que se homologa e adjudica o objeto, providenciando a assinatura contratual, conforme prazo estabelecido no ato convocatório.

Deste modo, se inicia a última fase denominada fase contratual, que significa o contrato administrativo entabulado entre as partes.

1.4 DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A definição legal de contrato administrativo pode ser encontrada no artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.666/1993:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”(BRASIL, 1993)

Nessa senda, assevera MEIRELLES (2004):

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 Pública”. (MEIRELLES, 2004, p. 200)

Outrossim, traz-se à baila definição de DI PIETRO (2010):

(...) são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO, 2010, p. 325)

No que se refere às suas características, vale destacar que o contrato administrativo:

É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal, porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste. (MEIRELLES 2004, p. 206)

De maneira simplória, se trata de avença em que, de um lado se encontra a Administração Pública e do outro, uma entidade pública ou particular, comungando interesses comuns, os quais objetivam o atingimento do interesse público primordialmente.

Nessa esteira, é que reside a grande diferenciação entre os contratos administrativos e os de natureza privada: o princípio da supremacia do interesse público. Nas palavras de MELLO (2011), o interesse público pode ser assim refletido:

ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público MELLO (2011, p.59)

De forma bastante completa, BACELLAR FILHO (2004) leciona:

“O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia, temperada pela função social do contrato, constituiu elemento imprescindível a ser observado em qualquer avença. Do mesmo modo, os princípios *Lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado. Neste passo mostra-se evidente que o instrumento do contrato há de sujeitar-se aos ditames da lei, companheira inseparável do administrador contratante, sempre em perspectiva coletiva e que as obrigações contratadas também haverão de postar-se submissas ao

conjunto normativo. Afinal, ao administrador não se lhe confere nenhuma liberdade, antes, um espaço de atuação dentro da lei". (BACELLAR FILHO, 2004, p. 320)

A partir desse entendimento, é que se permite que a Administração adquira privilégios, as quais se intitulam como cláusulas exorbitantes:

São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado. (DI PIETRO, 2010 p. 59)

Tal prerrogativa é peculiar do contrato administrativo, eis que coloca a Administração Pública em posição superior ao particular, estabelecendo desigualdade entre os contratantes.

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares".(MEIRELLES, 2004, p. 297)

As cláusulas exorbitantes, portanto excedem o Direito ordinário, proporcionando vantagem à Administração. Assim, a Lei estabelece as espécies de cláusulas exorbitantes possíveis de existirem num contrato administrativo.

1.4.1 ESPÉCIES DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

A Lei nº 8.666/1993 elenca as espécies de cláusulas exorbitantes conferidas à Administração, as quais se encontram presentes nos artigos 56 e 58:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária. (BRASIL, 1993)

Como se apercebe, o artigo 56 prevê a possibilidade da Administração exigir uma contra-prestação pecuniária do particular, a fim de assegurar o contrato de possíveis prejuízos. Nesses casos, é importante ressaltar que a escolha de uma das modalidades (incisos I a III) cabe ao contratado e não à Administração. (DI PIETRO, 2010).

Adiante o artigo 58 enumera várias hipóteses de cláusulas exorbitantes:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (BRASIL, 1993)

Importa ressaltar que o inciso I do artigo 58 deve ser aplicado de forma conjunta com o artigo 65, já que este último enumera as hipóteses de alteração contratual:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

- I - unilateralmente pela Administração:
 - a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (BRASIL, 1993)

O inciso II do artigo 58 reitera a superioridade da Administração em detrimento do particular, autorizando a rescisão unilateral nos casos em que o dispositivo legal prevê.

"o poder de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo quê podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado. (MELLO, 2011, p.130)

Já o inciso III da Lei n. 8.666/93, confere à Administração Pública a possibilidade de fiscalizar a execução contratual, uma vez que possui o poder de

controle do contrato, podendo inclusive intervir no caso de incúria ou situações que prejudiquem o andamento do contrato.(MEIRELLES, 2004, p. 401)

O inciso IV traz a possibilidade da Administração motivadamente aplicar penalidades nos casos de inexecução parcial ou total do contrato. Mais uma vez, resta estampado neste dispositivo, o princípio da supremacia do interesse público, que se sobrepõe ao particular.

Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de auto-executoriedade dos contratos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. (MEIRELLES, 2004, p.396)

Destarte, se pode observar que por causa deste princípio, o Poder Público pode rescindir o contrato sem que haja nenhuma penalidade aplicada anteriormente, respeitando-se é claro o princípio da proporcionalidade e o nexo entre a conduta e a pena aplicada. passa-se a discorrer sobre as penalidades oriundas dos contratos administrativos e suas nuances de aplicação.

2. DAS PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Este capítulo irá adentrar nas especificidades das penalidades aplicáveis aos contratos administrativos. Antes de começar a tratar do assunto, é essencial entender que sanção administrativa é a ação gravosa prevista em caso de alguém incorrer em uma infração administrativa cuja determinação é de competência de própria Administração (MELLO,2011).

Nas palavras de OSORIO (2000), a sanção é:

(...) um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do direito administrativo. (OSORIO, 2000, p. 80)

Ao analisar as penalidades no ramo do Direito Penal se contata que a questão além de pacificada, é deveras delimitada no que se refere às condutas passíveis de punição e dos agentes competentes para punir.

No entanto, diferentemente do Direito Penal, a lei administrativista não elenca as condutas infracionais e as possíveis sanções correspondentes, não determinando qual sanção aplicar para cada caso, deixando esta margem de liberdade para o administrador, baseado no caso concreto, aplicar a sanção que melhor atenda à situação.

Assim, sobressalta-se duas grandes diferenças entre a sanção penal e a sanção administrativa, quais sejam: inexistência de reserva de lei federal no campo administrativo, e a ampla configuração de acordo com a competência para legislar obtida pelas infrações administrativas. (OSÓRIO, 2000)

Sendo assim, importa apontar de onde provém a possibilidade do Poder Público punir, bem como os agentes competentes para sancionar o transgressor administrativo.

A configuração da Administração pública brasileira atual tem como uma de suas características a descentralização administrativa, que possibilita o exercício da atividade por diferentes agentes estatais. Nas palavras de MUKAI (1999)

A descentralização se dá quando há a transferência de serviços da Administração central para outros entes ou pessoas de direito público ou privado. Nela o Estado atribui personalidade jurídica a determinado serviço (MUKAI, 1999, p. 21)

Descentralização não se confunde com desconcentração administrativa, sendo ambos mecanismos existentes no direito administrativo brasileiro:

À atividade administrativa pode ser exercida diretamente pela entidade federada, ou por suas pessoas jurídicas (como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações e as autarquias), mas devem ser desempenhadas pela própria pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados, DF e Municípios), por seus órgãos e agentes. Há, no primeiro exemplo, o que se convencionou denominar descentralização administrativa e, no segundo, desconcentração. (GASPARINI, 2004, p. 43)

Nesse espeque, se constata que Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanção administrativa, de forma a criar regras e procedimentos sancionadores próprios, sempre com a intenção de proteger o interesse público. (OSÓRIO, 2000)

Percebe-se que há razões práticas para que a Administração possua competência punitiva, de acordo com DIAS (1997). Nesse sentir, se pode citar: 1) existência de maior celeridade, agilidade e flexibilidade no procedimento punitivo administrativo em comparação ao sistema punitivo judiciário; 2) a tecnicidade necessária para compreender o contrato administrativo, e apurar as condutas infracionais; 3) inviabilidade física e material de concentrar no Poder Judiciário toda a atividade punitiva do Estado; e, 4) a necessária aplicação do princípio da separação dos poderes.

Em sendo assim, resta factível a competência da Administração em punir seus contratados, mormente por que ao contratar com particulares, a Administração não perde suas prerrogativas, de modo que pelos princípios que a norteiam, principalmente o da legalidade, a gênese das sanções não pode ser apenas o próprio contrato, mas a Lei de Licitações e a própria Constituição Federal. (DIAS, 1997)

No entanto, não se pode olvidar de que a decisão de punir não é absoluta e não faz coisa julgada, podendo a questão ser rediscutida perante o Judiciário, principalmente nos casos de violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade. (DIAS, 1997)

Portanto, estando desvestida do predicado da coisa julgada, a punição administrativa se sujeita ao controle jurisdicional, a qual deve ser interpretada na perspectiva da atuação administrativa do Estado, da qual decorre. (DIAS, 1997)

A doutrina apresenta divergência quanto ao dever de penalizar. MELLO (2011) entende que há o dever de sancionar, não cabendo escolha a Administração, como se vê:

Registre-se, por último, que uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não o tal ato. A doutrina brasileira, mesmo em obras gerais, costuma enfatizar tal fato em relação ao dever disciplinar, invocando o art. 300 do Código Penal, que tipifica a figura da condescendência criminosa, mas o dever de sancionar tanto existe em

relação às infrações internas quanto em relação às externas. (MELLO, 2011, p. 757)

Por outro lado, FERNANDES (1998) vai além e entende que há um direito-dever de sancionar:

“É importante observar que é um direito-dever para a Administração e, portanto, omitir-se ou “perdoar”, ser “bonzinho”, é deixar de praticar ato contra expressa disposição de Lei, sujeitando o responsável às penalidades criminais cabíveis;” (FERNANDES, 1998, p. 44)

Independente de qual seja a posição doutrinária a ser adotada, é uníssono o entendimento de que a Administração não pode se imiscuir de aplicar penalidade quando constatado descumprimento contratual. Nesse sentido, é que a intervenção do direito público perpassa por tutelar os valores sociais protegidos pelas normas repressivas, restando ao Direito Administrativo, especialmente em sua modalidade sancionadora, abarcar e coibir os comportamentos contrários às normas reguladoras das atividades profissionais. (OSÓRIO, 2000)

Nessa esteira, surge outra questão a ser debatida em torno do controle exercido pela Administração: o desvio de poder. CRETELLA JUNIOR (2000) assim conceitua desvio de poder:

Desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa, dentro de seu campo de discricionariedade, faz da *potestas* que lhe é conferida para atingir finalidade pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de Poder é o desvio do poder discricionário, é o afastamento da finalidade do ato. É a *aberratio finis legis* Desvio de poder é o uso indevido que o agente público faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere. (CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 224)

Na mesma toada, OLIVEIRA (2007) preceitua:

Em suma, quando se concede a alguém a competência para a prática de determinados atos e o agente o pratica objetivando não o atendimento de interesse público, mas também um interesse particular, para o qual não tem competência, ocorre desvio de poder, já que a norma concede a competência com fim indicado. (OLIVEIRA, 2007, p. 108)

Sendo assim, impende conhecer o sujeito praticante do ato administrativo, tanto no regular uso do seu poder, quanto nas hipóteses de desvio, de modo que ao se falar em sujeito de um ato administrativo, significa dizer que se cuida de agente ou de órgão competente para sua prática. (OLIVEIRA, 2007)

Portanto, evidenciado que são as corporações de Direito Público que possuem competência para punir condutas reprováveis daqueles profissionais que atuam junto à Administração Pública, ou seja, os que estão sujeitos a observância de determinadas normas jurídicas, éticas e profissionais.(OSÓRIO, 2000)

2.1 DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

A discricionariedade pode ser definida como a característica daqueles atos administrativos os quais a Administração pratica com margem de conveniência e oportunidade, conforme preceitua MELLO (2004).

Para MEIRELLES (2004) o poder discricionário é assim estabelecido:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (MEIRELLES, 2004, P.116)

OLIVEIRA (2007) no mesmo sentido, assim complementa:

Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública. (OLIVEIRA , 2007, p. 93)

Já no tocante aos atos discricionários MUKAI (1999) prescreve:

[...] são atos discricionários aqueles em que, para sua produção, o agente público recebe do legislador liberdade (maior ou menor) para atuar de acordo com os seus próprios critérios de oportunidade e conveniência (binômio esse que compõe o que se denomina mérito do ato administrativo, só existente nesse tipo de ato. (MUKAI, 1999, p. 230)

Diante disso, constata-se que as condutas dentro do campo formal e material do direito administrativo estão sujeitas a possíveis proibições e impedimentos, exatamente pela sua íntima ligação com o princípio da legalidade. (OSÓRIO, 2000)

No entanto, embora o ato administrativo possa ser emanado por critérios de conveniência e oportunidade, impende destacar que há diferença entre os institutos da discricionariedade e arbitrariedade. Enquanto a primeira

consiste na liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos pela lei, a segunda é ação contrária ou excede a lei. (MEIRELLES, 2004)

Nesse sentido, MELLO (2011):

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto. (MELLO 2011, p. 401)

Há de se ressaltar, outrossim, o ato discricionário do ato vinculado, eis que enquanto o primeiro possibilita maior liberdade de ação ao administrador público, ao segundo impõe-se a estrita observância da lei em todos os seus elementos formadores. (MEIRELLES, 2004)

Como a lei não traz rol exaustivo de condutas passíveis de punição, os atos administrativos punitivos acabam por trazer alta carga discricionária. Por óbvio, o ideal seria que a lei viesse a regular pormenorizadamente cada ação administrativa. Como isso não é possível por conta da multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais a critério do administrador. (MEIRELLES, 2004)

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência. (MEIRELLES, 2004, p. 168)

Ora, mas a liberdade discricionária também apresenta limites os quais se encontram baseados pelos princípios gerais que regem o Direito e pelas regras

da boa administração, os quais são preceitos de moralidade administrativa. (MEIRELLES, 2004)

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2006, p. 48)

Destarte, uma limitação a ser destacada é o bem comum, que se identifica como o bem social e o bem da coletividade, de modo que toda atividade administrativa precisa tê-lo como parâmetro. Caso não seja realizado dessa maneira, estará havendo desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. (MEIRELLES, 2004)

MEIRELLES (2004) destaca algo inusitado ao discorrer sobre a possibilidade do ato discricionário ser matéria de apreciação do Judiciário, no tocante a sua legalidade e limites dos atos administrativos. O autor ressalta que o juiz deve atuar de forma a apenas proclamar as nulidades e proibir os abusos do administrador, não se portando de modo a simplesmente substituir a discricionariedade do administrador pela sua.

Assim, a aplicação de penalidades administrativas a contratados está estabelecida no quadro de relações especiais de sujeição, mantidas pelo Estado como co-partícipes de sua ação administrativa. (DIAS, 1997)

Outrossim, o poder punitivo-sancionatório da Administração tem como objetivo manter uma gestão eficiente dos serviços públicos, pela qual se exige dos contratados que colaboram com a Administração na prestação de serviços, o adequado cumprimento avençado como forma de afiançar a apropriada resposta às demandas coletivas. (DIAS, 1997)

Sendo assim, a administração, embora faça às vezes de sujeito parcial com interesse na causa é exatamente por isso que possui legitimidade para atuar como interessada na consecução dos fins do Estado tal como positivados na Constituição e no processo punitivo seja penal ou administrativo, de quem quer

que adote conduta diversa. O constitucionalismo busca a limitação do poder estatal, além de estabelecer requisitos para o seu exercício legítimo, como obedecer aos princípios da legalidade, da motivação, da proporcionalidade, do controle judicial entre outros, sempre com o objetivo final de fazer do Estado o fiel intérprete dos anseios da sociedade. (DIAS, 1997)

Indaga-se, portanto, até que ponto a Administração Pública possui discricionariedade para definir os fatos puníveis mediante sanção administrativa, e se existe liberdade para que a Administração defina infrações através do edital, conforme suscita DIAS (1997).

A respeito do tema tratado, CRETELLA JÚNIOR (1999) depreende:

[...] ao passo que a repressão ao ilícito penal é regida pelo princípio da legalidade, a autoridade que exerce o poder disciplinar pode aplicar, discricionariamente, sanções disciplinares, em virtude de infrações aos deveres da profissão, a princípios de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas normas elásticas, flexíveis ou plásticas. (CRETELLA JÚNIOR 1999, p. 337)

No tocante à discricionariedade, DIAS (1997) preceitua:

Também não há discricionariedade no momento da aplicação da sanção. Esta constitui exercício de poder-dever indisponível para o administrador público. A lei, porém, pode vir a prever a possibilidade de não ser aplicada a sanção, da mesma forma ser atenuada ou até agravada se for verificada a presença de fatores como reincidência, boa-fé do administrado, ter este corrigido a falta etc. o administrador somente poderá atenuar, relevar ou agravar a sanção, porém se existir expreso permissivo legal nesse sentido. Não há discricionariedade também quanto à determinação da compatibilidade entre a sanção e a gravidade da infração. Não há discricionariedade quanto ao momento de aplicação da sanção, uma vez que sempre deve ser observada a exigência de prévio exercício do direito de defesa. Finalmente, quando a finalidade da norma empregar conceitos vagos e indeterminados, como "moralidade pública", na definição do objetivo buscado com o sancionamento, também não se estará diante de discricionariedade. Todo conceito carece de interpretação, que deve ser buscada na norma em que ele se encontra e em seguida nos princípios e valores de ordenamento jurídico. No caso concreto, o Judiciário poderá controlar se o administrador, ao aplicar a norma, desbordou das interpretações razoáveis que podem ser dadas ao conceito. (DIAS 1997, p. 71)

JUSTEN FILHO (2000) entende que não pode haver discricionariedade para impor sanções, exatamente pelo fato da lei ser silente quanto aos

pressupostos de aplicação da sanção, de modo que não poderia assim, transferir para a Administração a faculdade de como e quando aplicar cada sanção:

Inexiste discricionariedade para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade se refere, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da “hipótese de incidência” da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através de lei. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 167)

Como se demonstrará mais adiante, o artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, se restringiu a arrolar um elenco de sanções cabíveis em virtude da inexecução total ou parcial do contrato administrativo. Houve também silêncio da Lei no momento de indicar os pressupostos de aplicação de cada sanção. Assim, se tornaria impossível definir os casos de aplicação das diversas sanções, sendo que sequer a penalidade de multa poderia ser aplicada caso não ausente seus pressupostos de aplicação e sua extensão determinados em lei. (JUSTEN FILHO, 2000)

Nesse espeque vale destacar a possibilidade de haver controle judicial dos atos discricionários. Veja-se que DI PIETRO (2010), afirma que o controle judicial é possível desde que sejam respeitados seus limites. Assim, o controle é feito a partir do momento em que a discricionariedade excede o espaço permitido por lei e viola o campo da legalidade, a seguir:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em decidir diante de cada caso concreto. (DI PIETRO, 2010, p. 141)

Deste modo, se pode afirmar que no tocante ao ato discricionário o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e conferir se houve

extrapolação dos limites da discricionariedade pela Administração. (DI PIETRO, 2010).

Como exemplo disso, pode-se citar o desvio de poder, que ao ser constatado, autoriza o Poder Judiciário a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade. (DI PIETRO, 2010)

Não se pode olvidar de que a discricionariedade deve ser feita por meio da valoração subjetiva do que é razoável e proporcional:

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente. (DI PIETRO, 2010, p. 145)

Assim, o controle judicial se mostra de alta relevância, pois se torna mecanismo eficiente para impedir que o administrador extrapole os limites da discricionariedade.

A seguir, importa descrever as particularidades de cada penalidade trazida no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993.

2.2 PENALIDADES DO ARTIGO 87

Como dito alhures, a Administração tem o privilégio de aplicar as penalidades de natureza administrativa, instituídas no artigo 87 pela inexecução total ou parcial contrato administrativo, conforme assevera DI PIETRO (2010).

Deste modo, vale particularizar as penalidades anunciadas no artigo 87 da Lei de Licitação, quais sejam:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o

contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior." (BRASIL, 1993)

A seguir, cada uma das sanções elencadas serão esmiuçadas a partir da letra da lei e da doutrina.

PEREIRA JUNIOR (2003) descreve o conceito de advertência, e assinala os momentos em que é cabível, destacando o caráter preventivo da penalidade:

a advertência cabe em faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretam prejuízo de monta ao interesse do serviço, o qual, a despeito delas, será atendido; prevenir que a falta venha a inviabilizar a execução do contrato ou obrigue a Administração a rescindi-lo é a prioridade da advertência, que não surpreende culpa ou dolo na conduta do contratado; ao contrário do que ocorre no regime disciplinar dos servidores, a advertência verbal (lá importante por seu efeito moral), seria indene no caso de contratado, em geral pessoa jurídica, cuja penalização deverá ser averbada no registro cadastral; quanto à sua natureza e finalidade, a advertência assume feição profissional e corretiva. (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 97)

Resta evidente, portanto, que a advertência deve ser utilizada sempre em casos de descumprimentos brandos, inclusive como forma de alerta ao contratado, e de proteção ao gestor público como fiscal do contrato.

Além disso, embora aplicação de uma advertência não enseje na rescisão contratual, é importante destacar que a reincidência reiterada de faltas que ensejam a aplicação da advertência, pode demonstrar desídia do contratada e culminar na rescisão unilateral do vínculo.

No tocante a multa, é possível dizer que se trata de penalidade que alcança o patrimônio do contratado, a qual deve estar estabelecida no edital e no instrumento contratual, sob pena de tornar inviável sua aplicação.

FERNANDES (1998) assevera que a dimensão da multa deve constar no instrumento convocatório, assim como sua dosimetria que deve estar prevista de modo mais genérico:

[...] a multa deve ser dimensionada no edital ou em outro documento interno da empresa ao qual o edital faça referência. A dosagem da multa em proporção ao número de dias de atraso, a sua indicação genérica

para os demais casos, a fórmula de cálculo, bem como a fixação dos valores máximos – teto da multa-, são importantes e indispensáveis à validade. (FERNANDES, 1998, p. 97)

Deste modo, o debate que se instaura a respeito do tema é a questão da mensuração do percentual pecuniário a ser aplicado. Sobre o tema, MOTTA (2002) depreende:

O instrumento convocatório deverá dispor sobre a multa de mora. Não é aceitável, como entende o Professor Marçal Justen Filho, que a caracterização da inexecução total ou parcial (art.87) fique a critério do contratante. Também os percentuais das multas não poderiam variar a critério do contratante. (MOTTA, 2002, p. 64)

É inequívoca a necessidade dos parâmetros estarem estabelecidos no edital e no contrato, de modo que assim, traz segurança contratual à Administração e ao particular, conforme FURTADO (2001, p. 55), afirma:

É ainda indispensável que sejam indicados os valores das multas a serem aplicados, além, é evidente, dos casos em que será justificável a aplicação de multa. (FURTADO, 2001, p. 55)

MOTTA (2002) prescreve o que ele considera ideal no parâmetro das multas:

a) três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso, sobre o valor do fornecimento, serviço realizado ou etapa de obra não cumprida; b) dez por cento sobre o valor da nota de empenho no contrato, em caso de recusa do adjudicatário em efetuar reforço de garantia; c) vinte por cento sobre o valor do fornecimento, serviço realizado ou obra não realizada, no caso de atraso superior a trinta dias."(MOTTA, 2002, p. 65)

Ainda sobre a fixação dos valores da multa, MOTTA (2002) prescreve:

“O Judiciário já se manifestou contrário à fixação arbitrária ou abusiva do quantum da multa. Um bom exemplo de dosagem ou gradação da aplicação de multa é encontrado no art. 134, §1º ao 7º do Ato da Mesa da Câmara do Deputados 8-, de 7/7/01 (Regulamento dos procedimentos licitatórios da Câmara dos Deputados). A previsão da aplicação de multa submete-se ainda a regular o processo administrativo. Alguns autores invocam a necessidade do que denominam “dosimetria”, relacionando a sanção (tanto a multa com qualquer outra sanção) o grau de inadimplência contratual. Essa dosimetria deve ser apurada em relação a gravidade da falta cometida, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. (MOTTA, 2002, p. 65)

Ao debate, DI PIETRO (2010) acrescenta a possibilidade da retenção da garantia pela Administração, como forma de deduzir o valor devido pelo particular:

“Para cobrança da multa, a Administração pode reter a garantia e, se esta não for suficiente, pode deduzir o seu valor de importâncias devidas ao contratado; trata-se de decisões executórias do poder público, que independem de título fornecido pelo Poder Judiciário. Somente se não forem suficientes os valores assim recebidos, é que a Administração irá a juízo, caso o interessado não pague voluntariamente.” (DI PIETRO, 2010, p. 186)

Outrossim, importa destacar que a multa trazida pelo artigo 87 trata de multa compensatória referente ao contrato como um todo, diferentemente da multa trazida pelo artigo 86, a qual deve ser aplicada no caso de mora. Mais adiante se tratará especificamente dessa distinção, mas desde já se consigna a necessidade de diferenciação entre ambas.

A penalidade de suspensão temporária traz diversos entendimentos divergentes quanto à sua abrangência. Em primeiro lugar, vale trazer a conceituação da penalidade, nas palavras de PEREIRA JUNIOR (2003):

a suspensão temporária é a penalidade que a Administração pode graduar em até dois anos, segundo a gravidade de infração capaz de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízos ao interesse do serviço; é penalidade severa que deve corresponder à conduta do contratado que, por culpa, inviabiliza a execução do contrato e, no mais das vezes, constrange a Administração a rescindi-lo; é dupla a consequência da suspensão, visto que impede o apenado de participar de licitações e de contratar com a Administração pelo prazo que for estipulado, o que significa que tampouco poderá ser adjudicatário direto, se dispensável ou inexigível a licitação; daí classificar-se a medida, quanto à sua natureza finalidade, como pena profissional e expulsiva; ressalve-se que a vedação para contratar diz respeito apenas à Administração, nada impedindo que a empresa prossiga em suas atividades societárias, contratando livremente com outros particulares; (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 99)

De acordo com SUNDFELD (2008), o fato da lei ser quanto à abrangência da penalidade em comento, deve levar à interpretação de que a suspensão do direito de licitar recai apenas em relação ao órgão administrativo que aplicou a sanção: “O fato de uma empresa sofrer a aplicação da sanção prevista no art. 87, inc. III (suspensão temporária da participação em licitações e contratações), só inviabiliza sua contratação pelo mesmo órgão ou pessoa jurídica que a puniu.” (SUNDFELD, 2008, p. 54)

O autor ainda complementa:

A tendência inicial do intérprete, raciocinando por padrões meramente lógicos, é a de, constatando ser a inidoneidade um dado subjetivo, que acompanha a empresa onde ela for, sustentar o caráter genérico das sanções de que se cuida. Deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais. Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo o qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção. (SUNDFELD, 2008, p. 54)

No mesmo sentido, leciona MUKAI (2005)

"A sanção prevista no inc. III valerá para o âmbito do órgão que a decretar e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa. Já aquela (sanção) prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, abrangendo a entidade política que a aplicou, e será justificada se o infrator age com dolo ou se a infração é de natureza grave, dentro do procedimento licitatório ou na execução do contrato" (MUKAI, 2005, p.75)

FERNANDES (1998) ressalta que a suspensão temporária está apenas no âmbito do órgão sancionador, impedindo a empresa de contratar apenas com o órgão ou entidade pública específica, como se pode observar a seguir:

a suspensão temporária de participar em licitação e o impedimento de contratar com a Administração devem ser entendidos na acepção legal e conceitual desse último termo, que abrange tão somente o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Portanto, quem está suspenso num órgão pode participar de licitação promovida em outro. (FERNANDES, 1998, p. 98)

MOTTA (2002) também afirma que o âmbito de aplicação da suspensão está restrito ao órgão sancionador:

"Quanto ao âmbito das sanções, observa o Professor Toshio Mukai que 'a suspensão temporária de licitar ou contratar com a Administração (leia-se órgão que aplica a sanção) restringe-se ao âmbito de órgão em que teria sido cometido o ilícito e ao nível da competência do agente que aplicar a sanção'." (MOTTA, 2002, p. 65)

Em outro sentido, JUSTEN FILHO (2000) apresenta entendimento de que a aplicação da sanção relativa à suspensão do direito de licitar, implica na

perda do direito de participar em certames licitatórios promovidos por qualquer órgão da Administração Pública.

O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta. Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo Administração, enquanto o inc. IV contém Administração Pública. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. 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 suspenso. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 174)

Já a jurisprudência também apresenta entendimentos divergentes, ora entendendo pela restrição a toda Administração Pública, ora entendendo que se restringe ao órgão. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu no sentido da restrição ao órgão sancionador:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. DECISÃO QUE EXPRESSAMENTE RESTRINGIU A SANÇÃO AO ÂMBITO DO ÓRGÃO APLICADOR. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Nos termos do art. 535 do CPC, são cabíveis embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, bem assim para corrigir erro material no julgado. 2. No caso, o acórdão embargado merece correção, porquanto foi negado provimento a recurso de Agravo de Instrumento, à consideração de não ter sido juntada aos autos a decisão administrativa que impôs à Embargante a penalidade de suspensão do direito de licitar com a CONAB, mas apenas uma carta comunicando essa decisão. Todavia, ficou esclarecido que essa carta é o próprio instrumento de punição, não havendo outra decisão nos autos do processo administrativo. 3. Consta da decisão administrativa que "ficará ainda, a Empresa Agrossim, impedida de participar de licitação com a Conab por cinco anos". A decisão, no caso, expressamente limitou o âmbito da penalidade ao órgão que aplicou a sanção, estando incorreto o registro no SICAF de pena mais severa, de impedimento de licitar com toda a União. 4. A aplicação de medidas restritivas de direitos deve ser interpretada de forma restritiva e efetivada nos exatos termos da decisão punitiva. Entender o contrário seria prejudicar o direito de recurso da apenada, em prejuízo à ampla defesa e à

segurança jurídica. 5. Embargos de declaração providos, para determinar a correção do registro da Embargante no SICAF decorrente de penalidade imposta no âmbito do processo administrativo 21200.0014880.2010/20-CONAB, de forma que a suspensão do direito de licitar com a CONAB fique restrita a esse órgão, não se estendendo a outros da União. (EDAG 0006862-31.2014.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.112 de 20/11/2014)

Mas também apresenta entendimento majoritário de que a penalidade se estende em toda a Administração Pública:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PENALIDADE. INSCRIÇÃO NO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES (SICAF). SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR, COM APLICAÇÃO DO ART. 87, INCISO III, DA LEI Nº. 8.666/1993. EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Este Tribunal Regional Federal (TRF), na esteira do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), assentou o entendimento de que a sanção administrativa de suspensão do direito de participar de licitação, por dois anos, prevista na Lei n. 8.666/1993, artigo 87, inciso III, alcança todos os órgãos da Administração Pública, porque ela deve ser considerada como uma unidade, e a ofensa a um de seus órgãos a atinge por inteiro. 2. Remessa oficial provida para reformar a sentença. (EDAG 0006862-31.2014.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.112 de 20/11/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. PENALIDADE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR E CONTRAÇÃO. ART. 87, III, DA LEI Nº. 8.666/93. EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I - A penalidade administrativa de suspensão do direito de licitar, por até 2 (dois) anos, com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº. 8.666/93, surte seus efeitos com relação a todos os órgãos da Administração Pública, e não tão somente com relação ao ente que aplicou a sanção. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região. II - Encontrando-se a decisão agravada em sintonia com esse entendimento jurisprudencial, afigura-se inadmissível o recurso, nos termos do art. 557, caput, do CPC, c/c o art. 29, XXIV, do RITRF 1ª Região. III - Agravo regimental desprovido. (EDAG 0006862-31.2014.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.112 de 20/11/2014)

Verifica-se, portanto, que no tocante à penalidade inserta no inciso III do artigo 87 da Lei Geral de Licitações não há uniformidade de entendimento nem na doutrina nem na jurisprudência.

A declaração de inidoneidade é penalidade mais prevista no artigo 87 da Lei nº 8.666/93. Essa sanção impede por completo o particular de participar de

licitações e de contratar por prazo indeterminado enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

No que se refere ao alcance da penalidade, também há entendimentos divergentes, tal qual a sanção de suspensão temporária. MEIRELLES (2004) preceitua:

constituindo a declaração de inidoneidade uma restrição a direitos, só opera efeitos relativamente à Administração que a impõe. Assim, a sanção aplicada pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com órgãos e entidades de cada um desses entes estatais, e, se declarada por repartições menores, só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subalternos. Por isso, a norma legal que a consigna atribui competência para a aplicação dessa grave sanção administrativa, em regra, exclusivamente aos Ministros de Estado e aos Chefes de Executivo estadual e municipal. (MEIRELLES, 2004, p. 532)

Em mesmo sentido, FERNANDES (1998) afirma que a declaração de inidoneidade é em relação à Administração Pública, ou seja, todos os seus órgãos e entidades, como se vê:

a declaração de inidoneidade, diversamente, abrange a toda a Administração Pública. Se uma prefeitura declara inidôneo um licitante, ele não mais pode participar de licitação promovida na Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (FERNANDES, 1998, p. 99)

Importa esclarecer que para ser aplicada a penalidade de declaração de inidoneidade do particular é importante que seu comportamento se configure como doloso. Nas palavras de PEREIRA JUNIOR (2003):

a declaração de inidoneidade é a mais rigorosa das sanções, posto que afasta o apenado das licitações públicas por prazo indeterminado (até que seja reabilitado por haverem cessado os motivos da inidoneidade); nesses motivos terá forte presença o elemento subjetivo, isto é, se a inexecução do contrato decorreu de violação culposa do contrato pelo contratado, a medida é a de suspensão, mas se a inexecução resultou de comportamento doloso do contrato, impõe-se que lhe seja declarada a inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração; (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 99)

JUSTEN FILHO (2000), por seu turno, descreve minúcias relevantes para a reabilitação e a punição grave de conduta que sequer trouxe dano à Administração:

A Lei 8.666/93 trouxe algumas regras novas sobre a declaração de inidoneidade. Ficou definido que a “reabilitação” poderá ser concedida apenas após decorrido o prazo de dois anos e mediante ressarcimento pelo interessado dos prejuízos derivados de sua conduta. Isso não significa que a sanção seja reservada apenas a casos em que exista prejuízo para a Administração Pública. Existem condutas graves que não produzem danos ao patrimônio público mas que comportam punição severa. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 213)

A questão é mais difícil do que se pode imaginar, de modo que se presume uma variação de gravidade através da leitura do elenco das sanções. Sendo impossível colocar em um mesmo patamar as sanções de advertência e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 2000)

Nesse passo, veja-se que ao interpretar os incisos do art. 87 da Lei de Licitação, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se percebe que há uma nítida e acertada intenção do legislador de estabelecer uma gradação nas penalidades impostas ao particular.

Esta gradação está de acordo com a natureza jurídica das normas sancionatórias, considerando-se a variabilidade do comportamento para aplicação de penalidades distintas, e conforme alerta (JUSTEN FILHO, 2000), toda penalidade restringe direitos fundamentais: os direitos fundamentais são comprometidos por medidas sancionadoras, de modo que o aparente conflito entre o poder de império da Administração e os direitos constitucionais dos particulares, tem de ser solucionado pelo princípio da proporcionalidade:

Não obstante nosso pensamento no sentido de não admitir discricionariedade na eleição da sanção aplicável diante da infração in concreto, nem por isso se faz despidendo o exame da razoabilidade, haja vista ser mais do que necessário, colimando a constatação e valoração, por exemplo, das circunstâncias agravantes e atenuantes, das reincidências, genéricas ou específicas, etc., cujo resultado poderá ser o de proporcional agravamento da intensidade da sanção a ser imposta em cada caso ou — muito pior —, desde que determinado por lei, a imposição de outra, ainda “mais grave”. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 114)

Veja-se que embora haja ausência de tipificação específica das condutas na sanções na Lei nº 8.666/93, isto não significa que o legislador tem ampla liberdade interpretativa para aplicar as sanções nela estabelecidas, eis que

a dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a legalidade do bem protegido.

(...) é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. são inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade.”(JUSTEN FILHO, 2000, p. 116)

Não pode a Lei remeter à Administração a faculdade para escolha de quando e como será aplicada a cada sanção prevista no artigo 87, eis que o princípio da legalidade não pode ser violado em hipótese alguma. Destarte, torna-se impossível aplicar qualquer das penalidades previstas no artigo em questão, ao bel-prazer do gestor, sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas. (JUSTEN FILHO, 2000)

É nesse aspecto que deve ser analisada a dosimetria da penalidade, a qual pode ser delimitada por meio do princípio proporcionalidade, o qual será analisado no capítulo a seguir.

3. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES A PARTIR DE ESTUDOS DE CASOS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

A Administração Pública deve assegurar um mínimo de segurança e estabilidade na relação jurídica com o particular, de modo que é importante sempre manter a relação de lealdade para obter um serviço eficiente e garantir a justa remuneração do contratado.

É sob este ângulo que na condução do procedimento sancionatório alguns aspectos necessitam ser sopesados com cautela, conforme leciona PALERMO (2002):

O aspecto sancionatório disciplinado na Lei nº 8.666/93, sobre os contratos administrativos, vai contra a tendência crescente de descriminalização que vem ocorrendo em outros sistemas jurídicos do mundo. Desta tendência, extrai-se que a administração pública, quando impõe pena ao particular deve, necessariamente, atuar da maneira menos lesiva, pautando-se pelas balizas da necessidade e da adequação. [...] é incontestável que a administração deve observar

sempre, nos casos concretos, as exigências de proporcionalidade, principalmente nos casos em que dispõe de espaços de discricionariedade. PALERMO (2002, p. 33)

Destarte, também deve ser levado em consideração o princípio da culpabilidade que para JUSTEN FILHO (2000):

[...] a infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável. Daí se segue que não se configura infração quando a conduta externa do agente não seja acompanhada de um posicionamento subjetivo imaterial merecedor de reprovação. [...] a reprovabilidade envolve uma avaliação conjugada do posicionamento subjetivo do sujeito e dos efeitos danosos gerados pela infração. JUSTEN FILHO (2000, p. 332)

FURTADO (2006), delimita condutas no momento da aplicação da penalidade:

Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade. De se observar que a aplicação das duas últimas penas, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade podem ser acumuladas com a aplicação de multa." (FURTADO 2006, p.221)

No mesmo sentido, JUSTEN FILHO (2000) indica limites que tornam a conduta sancionável. A previsão das condutas deve ser feita no âmbito legislativo, caso contrário, torna-se inconstitucional:

“À medida que se torna mais grave a sanção, tanto menos se admite a possibilidade de indeterminação da ilicitude. O agravamento da sanção de identifica pela seriedade da punição e pela relevância do bem jurídico afetado. É imperiosa a proporcionalidade entre a sanção e a ilicitude praticada. Logo, é inafastável a definição e delimitação das condutas que caracterizam essa ilicitude. Não é compatível com a ordem constitucional que se preveja que “infração grave na execução do contrato” acarrete “suspensão do direito de licitar” ou “declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública”. É indispensável determinar, com um mínimo de tipicidade e precisão, o que se pode entender por “infração grave”. Deve-se indicar os limites

dentro dos quais se identifica, de modo inquestionável, a conduta apta a conduzir ao sancionamento”.(JUSTEN FILHO, 2000, p. 230)

Assim, não é demais lembrar que o princípio da proporcionalidade é coluna fundamental no desenvolvimento e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, e que tal importância se revela transcendental à atividade estatal penalizadora.(OSÓRIO, 2000)

Destarte, sabendo que a proporcionalidade não significa apenas uma necessária moderação das penas estatais e dos tipos sancionadores, é que se pode afirmar a existência de um campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado uma livre configuração dos ilícitos, dentro de certos limites. (OSÓRIO, 2000)

Portanto, qualquer imputação deve ser sopesada com parcimônia e proporcionalidade, conforme preconiza o Tribunal de Contas da União, onde ressalta a necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

Estipule, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, penalidades específicas e proporcionais a gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais.(BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010)

Outrossim, a observância do princípio da proporcionalidade principalmente no que diz respeito à esfera administrativa, serve para evitar que o meio utilizado seja desproporcional ao fim que se quer atingir, funcionando, assim, como um freio para os excessos de poder. (JUSTEN FILHO, 2000)

Nesse passo, impõe-se que exista uma adequação não só entre a finalidade da lei e o ato praticado, como dos meios escolhidos para alcançar tal fim. Assim deve abranger não só a congruência, adequação ou idoneidade da medida para realizar o fim que a lei propõe como também a proibição do excesso.(JUSTEN FILHO, 2000)

Sempre que a administração pretender a rescisão do contrato por inadimplemento do particular deverá evidenciar não apenas a concretização de uma das hipóteses do art. 78. É fundamental apontar o vínculo entre essa conduta e a lesão aos interesses fundamentais. Quando o inadimplemento for irrelevante ou secundário e não envolver a satisfação de deveres fundamentais, a Administração poderá impor

sanções ao particular. Mas não poderá decretar a rescisão. Observe-se a existência de outras exigências condicionando a promoção da rescisão, especialmente de ordem formal (procedimental). Alguns deles constam dos arts. 78 e 79. Outros são extraídos do sistema jurídico em seu todo. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 575)

É nesse contexto que não se pode olvidar do princípio da supremacia do interesse público, o qual diferencia o regime privado do administrativo. Nessa esteira, o desnivelamento entre o particular e a Administração Pública, do qual decorre o dever de penalizar, é reflexo do próprio interesse público, porém apenas se, quando e como o interesse da coletividade assim realmente exigir. (JUSTEN FILHO, 2000)

Por tal razão é que não se pode confundir interesse público com interesse da administração ou, mais ainda, com interesse do administrador. Veja-se que a doutrina expõe que não é o indivíduo em si o destinatário final da atividade administrativa, mas sim a coletividade como um todo, mormente com surgimento do estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*, cujo objetivo primordial era atender ao interesse público:

Costuma-se confundir interesse público com interesse estatal, entendendo-se que o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. No entanto, a verdade é que não se pode definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. Como o Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos, o correto é entender que o interesse público existe antes do Estado, e não em razão dele.. (JUSTEN FILHO, 2000, p. 225)

É sob este giro que o interesse público não se confunde com o interesse do estado e os sujeitos de administração pública exercem função pública e, conseqüentemente, devem buscar o atendimento do interesse da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo ou, principalmente, o dos agentes estatais. (MELLO, 2011)

O interesse público, portanto, “só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro.” (MELLO, 2011, p. 143)

A partir do arcabouço teórico trazido, como também do conceito de interesse público é que reside a questão central do presente trabalho, qual seja,

analisar se o princípio da proporcionalidade é utilizado quando da dosimetria da aplicação das penalidades nos contratos administrativos.

Para tanto, passa-se a analisar as jurisprudências do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a respeito do tema, objeto do terceiro e último capítulo.

A pesquisa jurisprudencial tem o objetivo de conhecer o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no que se refere ao controle judicial das penalidades aplicadas sob o viés do princípio da proporcionalidade. Destaque-se que a escolha pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região se deu pelo fato de abarcar em sua jurisdição a Seção Judiciária do Distrito Federal.

Nesse espeque vale destacar que o artigo 109, §2º, da Constituição Federal assegura como opção de foro para intentar causas em que a União figure no pólo passivo, a Seção Judiciária do Distrito Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no distrito federal. (BRASIL, 1988)

Nesse diapasão, levando em consideração o maior volume de causas sobre o tema, é que foi elegido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região como fonte da pesquisa jurisprudencial.

O primeiro caso a ser analisado se trata de remessa oficial de sentença que anulou penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração, sob o viés do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a conduta praticada tida como ilícita pela Administração. A sentença foi confirmada em sede de acórdão, conforme ementa colacionada:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATOS. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. SANÇÃO DESPROPORCIONAL. ADEQUAÇÃO DA PENALIDADE APLICADA. POSSIBILIDADE. I - Na espécie dos autos, o impetrante comprometeu-se, no instrumento do contrato de licitação, a fornecer à Amazonas Distribuidora de Energia S/A produtos da marca "Siemens", contudo, o autor entregou produtos de marca diversa da pactuada, a caracterizar, na espécie, a inexecução contratual. II - A todo modo, não se afigura razoável as penas aplicadas de suspensão do Cadastro de Fornecedores da Amazonas Distribuidora de Energia S/A, do Sistema

de Cadastro Fornecedor - SICAF, bem assim, do direito de contratar com a Administração Pública pelo prazo de cinco anos, sob pena de ofensa do princípio da proporcionalidade. Em sendo assim, não merece reparos a sentença monocrática, que anulou a penalidade aplicada, ressalvando a possibilidade da autoridade coatora adequar novo prazo para tanto. III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REOMS 0013702-02.2010.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.529 de 15/06/2012)

O caso trazido constatou inexistência de ilegalidade na conduta da empresa, tendo em vista que o edital do certame em questão não trazia a previsão da exigência imputada como descumprida: " (...) O Edital do pregão em referência (fls. 16/49), de fato, em seu objeto, não previa a exigência de determinada marca no fornecimento dos produtos licitados, apenas discriminando as características técnicas dos mesmos."

Nesse sentir, o julgador entendeu pela necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, como a seguir, transcrição do voto do relator:

Verificou-se, ainda, que o administrador não se encontra jungido apenas ao princípio da legalidade, mas também a todos os princípios constitucionais, o que ampliou a campo da interpretação jurisdicional, em especial no que concerne ao exame da adequação do ato ao princípio da proporcionalidade, que exige a avaliação da adequação e necessidade das circunstâncias fáticas e a razoabilidade da solução aplicada. A questão principal subjacente às perspectivas de controle jurisdicional diz respeito à dimensão deste controle e à capacidade técnica do Poder Judiciário de examinar o acerto das escolhas efetuadas pelo Administrador. Contudo, a atuação jurisdicional, nas hipóteses que tais, não pode implicar indevida substituição do administrador pelo magistrado. Neste contexto, efetuado o juízo de proporcionalidade, extrai-se ser evidente a exacerbação no que concerne ao prazo da penalidade aplicada, qual seja, de 05 (cinco) anos, em relação à falta praticada, mormente quando o valor total do contrato não é extremamente alto, nem foram discriminados prejuízos tão acentuados pela Administração, muito menos a falta envolveu atos com indícios de ilícitos. Saliente-se que sequer há notícia de comportamento anterior que demonstre uma prática reiterada de inadimplência da Impetrante junto à Administração em outros contratos. Não pode, porém, esta julgadora substituir a Autoridade em relação à avaliação de um novo prazo, mas abrir oportunidade para que assim o proceda. (REOMS 0013702-02.2010.4.01.3200 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.529 de 15/06/2012)

Deste modo, restou confirmado a nulidade da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração, tendo como mote a análise da conduta supostamente ilícita, e os prejuízos efetivamente causados à Administração. O Tribunal, portanto, entendeu pela exorbitância na aplicação de penalidade deveras gravosa quando avaliada a adequação entre a conduta e a solução encontrada pela Administração.

O segundo precedente a ser analisado se trata de Apelação interposta com o fito de declaração de nulidade ato administrativo que determinou a imposição de penalidade de multa. Conforme exame do inteiro teor da decisão, se constata que o julgador sopesou o aspecto finalístico da norma, asseverando que os atos administrativos devem atender à sua finalidade, importando no dever de o Poder Judiciário estar atento aos excessos da Administração.

Assim, o entendimento do precedente é no sentido de que o fato da Lei impor penalidade pecuniária por inexecução de serviço, não permite que a sua fixação seja realizada em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos, restando evidenciada a aplicação da proporcionalidade também no percentual da penalidade de multa.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA CONTRATUAL EM VIRTUDE DE MORA NA EXECUÇÃO DE OBRAS. INSIGNIFICÂNCIA DO EXCESSO DE PRAZO. REDUÇÃO DO QUANTUM ESTABELECIDO NO INSTRUMENTO DE CONTRATO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO SUPLETIVA DAS NORMAS DE DIREITO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DEFINIDOS PELOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC. I - A orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a despeito da expressa previsão legal para a imposição de multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, tal fato não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos, aplicando-se, em casos assim, as normas de direito privado, por expressa autorização legal, prevista no art. 54 da Lei nº 8.666/1993, na determinação de que "os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado". II - Na hipótese em comento, o irrisório excesso de prazo na conclusão das obras contratadas - 14 dias, num universo de 580 dias concedidos à empresa contratada - autoriza a redução do valor da multa que lhe foi imposta,

devendo o percentual contratualmente estipulado incidir sobre a parcela da obra pendente de conclusão, no término do prazo concedido - 0,3% (três décimos por cento) por dia de atraso, sobre a quantia de R\$ 2.853.382,83 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e dois reais e oitenta e três centavos). III - No caso em apreço, os honorários advocatícios deverão ser fixados nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, com observância das normas contidas nas alíneas a, b e c do seu § 3º, a fim de se evitar a fixação da referida verba honorária em valor irrisório ou excessivo. Assim, considerando a natureza da demanda e o esforço realizado pelo patrono da parte autora, afigura-se razoável a fixação dos honorários advocatícios no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). IV - Provedimento da apelação da autora. Sentença reformada, em parte. Apelação da União Federal desprovida. Remessa oficial prejudicada. (AC 0023172-93.2011.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.412 de 14/10/2014)

Sob o mesmo entendimento, vale colacionar mais alguns precedentes abaixo ementados, os quais demonstram o controle judicial realizado em face da violação ao princípio da proporcionalidade pela Administração.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PENALIDADE. ADEQUAÇÃO DE VIA PROCESSUAL ELEITA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA MULTA CONTRATUAL APENAS SOBRE O VALOR DA OBRIGAÇÃO CUMPRIDA A DESTEMPO. I - Tendo em vista que os documentos que instruem a inicial são suficientes a amparar a pretensão da impetrante, afigura-se, pois, desnecessária a alegada dilação probatória a inviabilizar o manejo da via processual do mandado de segurança, no caso em exame. II - Na espécie dos autos, embora prevista no contrato, a imposição de multa incidente sobre o valor global contratado, em virtude do atraso na entrega de mercadorias, objeto de termo aditivo de valor significativamente inferior, afigura-se ilegítima, por afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. III - Apelação e remessa oficial, tida por interposta desprovidas. (AMS 0020646-41.2006.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.839 de 30/08/2013)"

Nesse terceiro precedente, o voto do relator foi no sentido de que embora haja vinculação da Administração Pública e dos administrados aos termos contratuais, a observância rigorosa do ajuste não pode ensejar resultado desproporcional e incompatível com a falta cometida pelo particular contratado. Deste modo, o acórdão confirmou a utilização do parâmetro de multa a ser aplicado em cima do valor do serviço que ensejou descumprimento e não ao contrato global, aplicando, portanto, o juízo da proporcionalidade.

Com efeito, embora o Contrato nº 003/2005 preveja a multa de até 10% (dez por cento) do valor global acordado, conforme Parágrafo Segundo da Cláusula Sexta (fl. 38), e sendo incontroverso que o atraso na entrega das impressoras ocorreu somente em relação ao Primeiro Termo Aditivo (fls. 50/51), afronta o princípio da razoabilidade a incidência da referida penalidade também sobre o valor relativo às mercadorias entregues oportunamente. Em casos assim, tenho entendimento firmado no sentido de que, em que pese a vinculação da Administração Pública e dos administrados aos termos contratuais, a observância rigorosa do ajuste não pode ensejar resultado desproporcional e incompatível com a falta cometida pelo particular contratado, redundando, na hipótese dos autos, na aplicação de multa incidente sobre R\$ 1.141.963,00, enquanto o atraso relatado refere-se ao valor de R\$ 227.821,00." (AMS 0020646-41.2006.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.839 de 30/08/2013)

Por fim, traz-se à baila o quarto precedente que passeia por alguns dos assuntos tratados neste trabalho. Em primeiro lugar, o acórdão faz uma análise do princípio da legalidade, lembrando que ao procedimento constitucional foi lido o status constitucional, e redação de lei federal própria que regulamenta as penalidades contratuais possíveis de serem aplicadas.

Deste modo, constata a perda de sentido de se utilizar normativo estranho e superveniente às partes, mormente porque além da lei específica o regramento editalício e contratual também faz lei e obrigação entre as partes.

Assim, o voto condutor do Acórdão faz lembrar os limites que o princípio da supremacia do interesse público possui, fazendo distinção fundamental entre cláusula exorbitante e cláusula leonina:

Em que pesem todas as prerrogativas inerentes aos contratos públicos, concebidas juridicamente para fazer prevalecer o primado da supremacia do interesse público primário sobre o interesse particular, é necessário estabelecer limites em obséquio aos postulados constitucionais que consagram também direitos e prerrogativas aos particulares. Nessa verdadeira ordem de convivência entre postulados fundamentais em rota de colisão constante merece primazia, in concreto e na seara dos contratos administrativos, as prerrogativas que promovem o equilíbrio contratual, dentre eles, o princípio da não surpresa. Ainda que os critérios clássicos dos contratos sofram temperamentos na estrutura contratual administrativa, tais como o "*pacta sunt servanda*", a paridade contratual e a autonomia da vontade, é preciso que tais medidas restritivas estejam previstas expressamente em lei (observada a proporcionalidade) e no contrato administrativo. Assim, não se pode adotar em contrato administrativo cláusula genérica, um verdadeiro cheque em branco, no afã de que aquela

avença se norteie pela superveniência de regras restritivas ao que foi anteriormente pactuado. Condutas desse jaez, tem alto grau de eficácia ao reverso, no sentido de desestimular, no campo da realidade social, os particulares de contratar com o Poder Público. Além de tal aspecto, o valor de R\$ 1.650.000,00 (hum milhão e seiscentos e cinqüenta mil reais) a título de multa em função de supostos quatro meses de atraso no estorno da quantia R\$ 119.320,10 (cento e dezenove mil e trezentos e vinte reais e dez centavos) afigura-se aviltante e manifestamente desproporcional, porquanto a Administração poderia adotar solução menos gravosa e eficaz dentre os instrumentos inerentes ao plexo normativo que rege as contratações públicas. Nessa ordem de considerações, se houve conduta irregular do contratado por certo a Administração detinha instrumentos eficazes para afastar a falta administrativa adotando-se o próprio contrato administrativo e a Lei 8.666/93, sem precisar valer-se de disposição normativa superveniente que estabeleceu falta administrativa e arbitrou multa desproporcional. Ora, o atraso irregular quanto ao estorno de quantia indevidamente glosada na execução da avença configura uma “execução irregular do contrato administrativo”, cláusula genérica e que outorga ao Poder Público o exercício legítimo de cláusulas exorbitantes, que excedem e derogam o direito comum para a salvaguarda do postulado magno da supremacia do interesse primário sobre o interesse particular. Não se pode confundir cláusula exorbitante com cláusula leonina. A primeira é legítima, na medida em que todo contrato administrativo visa à realização do interesse público primário, ao contrário da generalidade das avenças particulares, e, por tal razão, o Poder Público, em face da verticalidade de sua posição contratual, *ex vi legis*, dispõe de um conjunto de prerrogativas para fazer prevalecer os interesses da coletividade quando em manifesto conflito com os interesses particulares contratados. À sua vez, a cláusula leonina é sempre abusiva e ilegal por ferir, de forma desproporcional, os critérios jurídicos consagrados na Teoria Geral dos Contratos. (AC 0018435-08.2001.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.91 de 08/10/2012)

O acórdão traz ainda especial atenção ao fato da Administração ao aplicar a dosimetria, ter de tomar as atitudes necessárias de modo a demonstrar que há nexos entre a conduta e a punição correspondente. Segue abaixo a ementa do precedente:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE NA CONDUTA DA UNIÃO EM ESTABELECEP PUNIÇÃO AO CONTRATADO CUJO FUNDAMENTO FOI A SUPERVENIENTE INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 88/98 DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO SOBRE O PARTICULAR NÃO TEM O CONDÃO DE TRANSFORMAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO EM INSTITUTO DESPROVIDO DE GARANTIAS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS MÍNIMAS AOS CONTRATADOS. NÃO SE PODE CONFUNDIR CLÁUSULA EXORBITANTE COM CLÁUSULA LEONINA. AUSÊNCIA MANIFESTA DE RAZOABILIDADE DO QUANTUM DA MULTA EM FUNÇÃO DA

SUPOSTA FALTA ADMINISTRATIVA. PERTINÊNCIA DE SUA NULIDADE. VERBA HONORÁRIA ÍNFIMA E ARBITRADA EM DESACORDO COM OS CRITÉRIOS OBJETIVOS ELENCADOS ARTIGO 20, §§ 3º E 4º DO CPC. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. APELAÇÃO DO BANCO BRADESCO PROVIDA PARA MAJORAR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Não se reveste de legalidade conduta sancionatória do Poder Público lastreada em Resolução Normativa da Receita Federal (88/98) editada cinco meses após a vigência do contrato administrativo firmado entre as partes. 2. Além de tal aspecto, o valor de R\$ 1.650.000,00 (hum milhão e seiscentos e cinqüenta mil reais) a título de multa em função de supostos quatro meses de atraso no estorno da quantia R\$ 119.320,10 (cento e dezenove mil e trezentos e vinte reais e dez centavos) afigura-se aviltante e manifestamente desproporcional, porquanto a Administração poderia adotar solução menos gravosa e eficaz dentre os instrumentos inerentes ao plexo normativo que rege as contratações públicas. 3. Nessa ordem de considerações, se houve conduta irregular do contratado por certo a Administração detinha instrumentos eficazes para afastar a falta administrativa adotando-se o próprio contrato administrativo e a Lei 8.666/93, sem precisar valer-se de disposição normativa superveniente que estabeleceu falta administrativa e arbitrou multa desproporcional. Ora, o atraso irregular quanto ao estorno de quantia indevidamente glosada na execução da avença configura uma "execução irregular do contrato administrativo", cláusula genérica e que outorga ao Poder Público o exercício legítimo de cláusulas exorbitantes, que excedem e derogam o direito comum para a salvaguarda do postulado magno da supremacia do interesse primário sobre o interesse particular. 4. Dessa forma, a penalidade impugnada padece de pelo menos três vícios que a inquinam de ilegalidade: a) foi fundamentada em dispositivo infralegal e superveniente à contratação administrativa; b) foi arbitrada em completo descompasso com o princípio da proporcionalidade; c) não foi fundamentada nos dispositivos legais e contratuais que regiam a mencionada contratação. 5. Os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), o que se revela um valor irrisório caso fosse aplicado corretamente os critérios elencados no §3º do artigo 20 do CPC, conforme se reporta o § 4º do mesmo dispositivo legal. Ora, o valor da causa foi estipulado em R\$ 119.320,10 e o quantum arbitrado a título de honorários corresponde a menos de 1% sobre tal quantia. Reputo razoável a estipulação de honorários advocatícios no montante de 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa. 6. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento. Apelação do Bradesco provida para majorar a verba honorária ao patamar de 5% sobre o valor da causa. (AC 0018435-08.2001.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MARCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.91 de 08/10/2012)

Diante dos precedentes trazidos, resta constatado que há situações em que a Administração se olvida de aplicar o princípio da proporcionalidade na aplicação de sanções administrativas. Para corrigir tal situação, ao recorrer ao controle judicial os particulares encontram entendimentos que constataam a extrapolação aos limites legais e ao proporcional na dosimetria da penalidade.

Outrossim, os precedentes apontam um caminho pouco utilizado na aplicação das penas: o uso da proporcionalidade em todo contrato administrativo. Isso significa que o gestor público antes de aplicar a penalidade mais gravosa, pode se utilizar de penalidades mais brandas como forma de alertar o particular.

Assim, o interesse público estaria sendo atingido em primeiro plano, de modo que seria alternativa a minorar possíveis prejuízos a *res publica*, e ainda trazer segurança jurídica ao contratado. A análise dos julgados trazidos demonstra que muitas vezes o princípio da proporcionalidade é esquecido pelos gestores no afã de penalizar o particular.

CONCLUSÃO

Após a análise do processo de licitação, com ênfase nos contratos administrativos entabulados com os particulares, resta claro que a possibilidade da Administração penalizar seus contratados decorre do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da legalidade.

Não se poderia afastar o princípio da supremacia do interesse público no tocante às penalidades, exatamente por que ele está presente desde o momento da elaboração da lei até a execução concreta pela Administração, conforme leciona DI PIETRO (2010).

Ao se analisar o contexto em que a lei de licitações surgiu, bem como a particularidade das cláusulas exorbitantes inerentes ao contrato administrativo, é que se justifica a possibilidade da Administração punir seus contratados.

Conforme demonstrado no presente trabalho, a Lei Geral de Licitações apesar de elencar todas as penalidades possíveis de serem aplicadas em rol exaustivo, deixou a critério do gestor público enumerar em sede de edital-contrato as condutas tidas como ilícitas e a pena correspondente.

Essa margem de discricionariedade, entretanto, não pode ser confundida com arbitrariedade e, necessariamente, deve ser sopesada juntamente com outros princípios, dos quais se almejou discutir o da proporcionalidade no presente trabalho.

Nesse diapasão, se verifica que há uma gradação na legislação, embora não expressa, caso contrário não haveria razão de ser para o legislador elencar diferentes tipos de penalidades com conseqüências específicas, o que se pode constatar por meio de uma interpretação lógica.

Destarte, os precedentes trazidos demonstram haver aplicação de penalidades as quais excedem o proporcional, eivando o ato administrativo de ilegalidade, cabendo ao controle judicial reputar o ato como nulo.

A discricionariedade dada ao gestor público, portanto, parece necessitar de ter freio ao excesso, de modo que o interesse público seja de fato alcançado, e não o interesse da Administração ou do administrador.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. São Paulo: Método, 16ª edição, 2007.

BRASIL. Decreto nº 2.962, de 04 de maio de 1862. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2962-25-agosto-1862-555588-publicacaooriginal-74893-pe.html>>

_____. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>

_____. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>

_____. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. Das Licitações Pública: Comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994: redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995, 9.074, de 07.07.1995, 9.472, de 16.07.1997 e 9.648, de 27.05.1998.). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

DELANO, Franklin. Pregão à vela. Artigo online, 2009, disponível em: <<http://www.franklindelanoonline.com/2009/08/origem-da-licitacao.html>. Acesso em 20 fev 2015>

DIAS, Eduardo Rocha. Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados. São Paulo: Dialética, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Compras pelo Registro de Preços: Métodos para Definir Qualidade e Quantidade de Acordo com a Lei n. 8.666/93. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 1998.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos: teoria, Prática e Jurisprudência. São Paulo, Atlas S.A, 2001.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo . 9. ed. ver. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

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

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos: Licitação, Pregão, Contratos, Concessões, Impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUKAI, Toshio. Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Agências reguladoras. IDAF : informativo de Direito Administrativo e responsabilidade fiscal, Curitiba, v.2, n.19, p.597-607, fev. 2002.

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

REGO, Sílvio Roberto Seixas. Processo Licitatório Contraditório e Ampla Defesa. São Paulo: Edipro, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Curitiba: Zênite, 2008.