

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

RAFAEL MENDES DANI

**A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA
PENALIDADE DE MULTA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISTRITAL**

BRASÍLIA – DF

2014

A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISTRITAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BRASÍLIA – DF

2014

A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISTRITAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção _____(_____).

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, a minha mãe Silvia Dani e aos meus irmãos Rodolfo, Renan e Dimitri, pois são o meu núcleo familiar.

AGRADECIMENTOS

Ao IDP, pela oportunidade de qualificação e crescimento que me fora proporcionada, no que me sinto orgulhoso e prestigiado por ter tido a convivência e o aprendizado proporcionado pelos Professores e demais integrantes.

RESUMO

A Administração Pública, quando da contratação de empresas na esfera distrital, está sujeita a ter cláusulas contratuais violadas por parte dos contratados, o que pode ocasionar a instauração de um processo administrativo, nos termos do Decreto Distrital Nº 26.851/2006, no qual a empresa pode ser penalizada, entre outras sanções, com uma multa, que tem a sua gradação variada de acordo com o tempo e/ou tipo de violação. A autoridade competente, conhecido como Ordenador de Despesas, precisa ter sempre o foco no Princípio da Proporcionalidade, de forma que a sanção não seja demasiada, acarretando injustiça. Desta forma, este princípio constitucional implícito vêm estampado tanto na Lei de processo administrativo federal, quanto na distrital, necessitando que a pequena margem discricionária, qual seja, a sobreposição de penalidades, seja utilizada com parcimônia pelo agente público, pois caso contrário ocorrerá uma extrapolação da medida, que fatalmente será reformada pelo Judiciário. A proporcionalidade é essencial na aplicação da penalidade de multa.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Processo administrativo. Multa. Decreto Nº 26.851/2006.

ABSTRACT

Public administration, when hiring companies at the district level, is subject to contractual clauses have raped by contractors, which may lead to the establishment of an administrative procedure under the District Decree No. 26,851 / 2006, in which the company can be penalized, among other penalties, with a fine, which has its varied gradation according to the time and / or type of violation. The competent authority, known as expenses Sorter, always need to focus on the principle of proportionality, so that the penalty is not too much, causing injustice. Thus, this implicit constitutional principle are stamped on both the federal administrative procedure law, as in the district, requiring little discretion, that is, the overlapping of penalties, should be used sparingly by the public official, otherwise there will be an extrapolation of the measure, which is bound to be reformed by the judiciary. Proportionality is essential in the application of the penalty of a fine.

Keywords: Principle of proportionality. Administrative process. Fine. Decree No. 26,851 / 2006.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....14

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISTRITAL.....21

3 A APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA.....27

CONCLUSÃO.....36

BIBLIOGRAFIA.....38

INTRODUÇÃO

O Decreto Nº 26.851, de 30 de maio de 2006¹ regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais números 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão) e 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e dá outras providências. Por intermédio deste Decreto, as empresas que contratam com a Administração Pública do Distrito Federal, em caso de descumprimento de alguma cláusula contratual, podem vir a sofrer sanções administrativas: advertência; multa e suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração do Distrito Federal e declaração de inidoneidade:

Vale repetir, entretanto, que iniciar processos administrativos não é uma faculdade exclusiva dos administrados. De forma alguma. O direito de iniciativa dos administrados não exclui a prerrogativa que a própria administração detém para, de ofício, iniciar processos administrativos de um modo geral, quando tal medida for necessária ao exercício do poder de autotutela².

Ocorre que o Administrador não tem grande discricionariedade quando da aplicação da sanção de multa, gerando margem para que existam penalidades desproporcionais caso o Decreto seja aplicado rigorosamente e as sanções sejam sobrepostas. Daí a necessidade de aplicação da discricionariedade para maximizar o princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, como já vimos, indica que nenhum gravame imposto ao indivíduo deve ter dimensão maior do que a exigida pelo interesse público. Se é bastante para o atendimento ao interesse público a incidência de determinada restrição ao administrado, desnecessária será a imposição de outra que não aquela que satisfaz os fins do Estado. A não ser assim, teremos

¹ BRASIL. **Decreto Nº 26.851, de 30 de maio de 2006**. Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências. Endereço: < http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=52985>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 871.

restrição sem causa eficiente, o que se configura como abuso de poder³.

O presente trabalho abordará principalmente o artigo 4º do decreto distrital nº 26.851, de 30 de maio de 2006 e se tal dispositivo legal respeita ou não o princípio constitucional da proporcionalidade na aplicação da multa. Segundo Cardoso:

Os princípios têm como conteúdo valores, devendo ser empregados com graduação na aplicação do caso concreto. (...)

O Princípio da proporcionalidade possui natureza mista tendo como conteúdo características de princípio e de regra.⁴

Trabalhando como Assessor Técnico Jurídico do Departamento de Logística e Finanças (ATJ/DLF) da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF), nos deparamos cotidianamente com o tema, por intermédio dos Processos Administrativos nos quais empresas que contratam com a Corporação e eventualmente venham a violar cláusulas contratuais, por muitas vezes são sancionadas com multa. Daí advêm a grande relevância deste tema, pois a Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) vêm mitigando o entendimento Administrativo na aplicação das sanções administrativas do Decreto Distrital Nº 26.851, por demais draconiano, quando feito de forma simplesmente positiva e isolada, pois o princípio constitucional da proporcionalidade deve ser sempre observado e respeitado⁵:

Seja como for, certo é que, no âmbito do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade encontram aplicação especialmente no controle de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas. Deve ser esclarecido desde logo que se trata de controle de legalidade ou legitimidade, e não de controle de mérito, vale dizer, não se avaliam conveniência e oportunidade administrativas do ato – o que implicaria, se fosse o caso, a sua revogação -, mas sim a sua validade. Sendo o ato

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**, Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999. 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71.

⁴ CARDOSO, Pedro Bezerra. **O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988, 2008**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12100/o-principio-da-proporcionalidade-na-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 26 mar. 2014.

⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 214/215.

ofensivo aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, será declarada sua nulidade; o ato será anulado, e não revogado.

É diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela administração pública são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público: se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado.

A pesquisa foi viável, pois além de ser um tema técnico, com o qual trabalhamos diariamente, existe farta bibliografia para os aspectos mais gerais, porém, na falta de uma bibliografia específica para o caso do Decreto 26.851 e devido à originalidade do tema, existem os entendimentos da PGDF e do TJDF, para subsidiar a construção científico-acadêmica. Este estudo contribuirá para o entendimento da aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais números 8.666/93 e 9.784/99, temas estes de Processo Administrativo/Direito Administrativo. Na construção teórica serão utilizados principalmente livros de doutrina:

Quanto à aplicação da Lei 9.784/1999 aos processos administrativos federais, aspecto relevante a observar é o seu caráter supletivo ou subsidiário. Com efeito, a Lei 9.784/1999 não revogou nem alterou nenhuma lei específica disciplinadora de processos administrativos determinados. Conforme expressamente estabelece o seu art. 69, os processos administrativos que sejam regulados em leis específicas permanecem regidos por essas leis, sendo apenas subsidiariamente aplicáveis a eles os preceitos da Lei 9.784/1999⁶.

Será observado se esta discricionariedade/gradação existe ou não no artigo 4º do Decreto 26.851, o que, em caso positivo, requer uma interpretação mais flexível e contextualizada do mesmo, sem a qual o tornaria, em tese, inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, tema este extremamente relevante para a Administração Pública e para a sociedade em geral, pois uma empresa quando vai à falência (excesso de multas/suspensão de participar de licitações), gera todo um efeito econômico nefasto, principalmente a mazela social do desemprego, o que de forma alguma é interessante. O artigo 4º do Decreto nº 26.851, tem o seguinte texto:

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 980.

SUBSEÇÃO II

DA MULTA

Art. 4º A multa é a sanção pecuniária que será imposta à contratada, pelo ordenador de despesas do órgão contratante, por atraso injustificado na entrega ou execução do contrato, e será aplicada nos seguintes percentuais: (...)

Na aplicação da multa do artigo 4º do Decreto Distrital Nº 26.851, em que medida a pouca discricionariedade do administrador fere o princípio constitucional da proporcionalidade. Será que quando da aplicação do artigo 4º do Decreto Distrital, considerando determinados parâmetros discricionários, existe a possibilidade de harmonizar o princípio da proporcionalidade/razoabilidade. A solução deste problema vai auxiliar o entendimento e a aplicação por parte do Administrador Público, do Decreto nº 26.851, da melhor forma possível, respeitando a Constituição e aplicando a sanção justa às empresas, buscando harmonizar o ordenamento jurídico. A proporcionalidade/razoabilidade tem:

Extrema importância na limitação e atuação da Administração Pública (...).

No arcabouço principiológico constitucional, a proporcionalidade, ocupa papel de destaque, na proteção dos direitos fundamentais e também na harmonização de interesses (...).

(...) a proporcionalidade é constituída pela máxima da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.⁷

Livros de Direito Constitucional e de Direito Administrativo serão utilizados, além do posicionamento prático da PGDF e do TJDFT, para tentar perceber a ligação entre o princípio da proporcionalidade e a aplicação efetiva da sanção de multa, de forma que não seja muito elevado o valor da multa, ou que a empresa não sofra várias multas consecutivas, vindo neste último caso a ocasionar a caracterização de um enriquecimento ilícito da administração, o que de forma

⁷ KONCIKOSKI, Marcos Antonio. **Princípio da proporcionalidade**. Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9>. Acesso em 26 mar. 2014.

alguma pode ocorrer. A Lei, no caso específico, principalmente a Constituição Federal de 1988, Leis Federais 8.666 e 9.784, além do Decreto Distrital nº 26.851 serão analisadas em conjunto com a Doutrina e a Jurisprudência.

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 e toda a parte jurídica são estudados por intermédio da Legislação e da doutrina especializada, principalmente a encontrada em livros de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. Neste contexto:

Lembramos dois importantes dispositivos legais que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade (que, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva – art. 5.º, LIV): art. 2º, VI, da Lei n. 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (incluído pela Lei n. 11.690/2008).⁸

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade está implícito na Constituição Federal e de acordo com Hely Lopes Meirelles:

Ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.⁹

⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p.151.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 94 e 95.

O processo administrativo (PA) é o instrumento hábil para que a administração possa sancionar o contratado, no caso de inexecução total ou parcial do contrato. As fases do processo administrativo são:

Instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. A instauração pode decorrer de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade competente. A portaria deverá conter, sempre que possível, a precisa indicação do fato que constitui objeto do processo administrativo e não pode conter lacuna capaz de inviabilizar o exercício das garantias do contraditório e ampla defesa. (...) ¹⁰

Sanções administrativas podem ser aplicadas ao contratado em caso de violação contratual:

A Administração goza da prerrogativa de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. Aplicação das sanções disciplinadas pelo Art. 87, da Lei nº 8.666/93, as quais podem ser: advertência, multa, suspensão temporária, declaração de inidoneidade. A supremacia da Administração na aplicação das sanções consiste no fato de que a própria Administração que aplica a sanção tem o poder de executar-lhe diretamente. Sempre assegurando ao contratado a ampla defesa e o contraditório. Em ambos os casos, sanções para o agente público e para o contratado, a lei de licitações reserva os arts. 89 a 99, para tratar de sanções na esfera penal, sujeitando o infrator a penas de detenção e multa. ¹¹

A multa está prevista no inciso II do artigo 87 da lei 8.666, podendo ter natureza moratória ou compensatória:

A multa pode ser de natureza moratória ou compensatória. A multa moratória é aplicada em razão da mora, isto é, da demora no cumprimento das obrigações contratuais.

A multa compensatória, também de natureza sancionatória, tem por finalidade compensar a outra parte pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do contratado. Essa multa é fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença. ¹²

¹⁰ ROSA, Márcio F. E.. **Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 282 e 283.

¹¹ SOUSA, Arllington C.. **Licitações e Contratos Administrativos passo a passo para municípios**. Belo Horizonte: Líder, 2010. p.56.

¹² MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1312.

As Leis Federais 8.666 e 9.784, nos seus artigos que tem conexão com o tema, serão especialmente observadas no que se refere à aplicação de sanções administrativas, que são reguladas, no Distrito Federal, pelo Decreto Nº 26.851, em tela o artigo 4º que trata da multa.

Um Parecer da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF) será utilizado como um suporte:

A aplicação da mencionada multa requer detida apreciação da autoridade administrativa competente para apreciar as razões de defesa lançadas para decidir se mantém ou não a penalidade e, assim, DE FORMA FUNDAMENTADA (art. 50 da Lei n. 9.784/99, aplicada no Distrito Federal por força da Lei Distrital n. 2.834/01) e com base nas prescrições editalícias e contratuais contrapor ou não os argumentos trazidos pela empresa em sua peça de defesa administrativa. Assim, a autoridade administrativa, diante das circunstâncias em concreto, deverá investigar e aferir as alegações de defesa, conforme as prescrições do edital e do contrato, norteando-se pelos princípios gerais do direito administrativo, destacando-se entre eles: legalidade, proporcionalidade/razoabilidade, ampla defesa e contraditório.¹³

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) também traz material importante para o presente trabalho:

Por outro lado, no que pertine ao *quantum* da multa, é importante salientar que esta deve observar o princípio da proporcionalidade e da legalidade, não sendo possível à Administração aplicar penas pecuniárias excessivas ou não previstas na lei ou no contrato. (...)

Portanto, não poderia a apelante aplicar multa maior que 20% sobre o valor total porque não previsto em lei ou no contrato. Muito embora tenha ocorrido atraso de 177 dias na entrega do material, a multa de 88,5% aplicada é excessiva e não encontra respaldo legal ou contratual.¹⁴

¹³ DISTRITO FEDERAL. **Parecer 653/2012-PROCAD/PGDF**. Disponível em < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2012/PROCAD.0653.2012.pdf>> Acesso em 26 mar. 2014.

¹⁴ DISTRITO FEDERAL. TJDFT. **Apelação Cível nº 48.087/98**, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Campos Amaral, DJU 05.08.1998. Disponível em < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 26 mar. 2014.

A proporcionalidade só será possível no uso dos limites da discricionariedade do Administrador Público:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha ou conveniência, oportunidade e conteúdo.

Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.¹⁵

O princípio da proporcionalidade, em que pese ser mencionado com bastante frequência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, reiteramos, não está expresso na Constituição, porém é nela que devemos fundamentar a nossa análise, pois “os títulos fundamentais do Direito Administrativo se alojam no Direito Constitucional”¹⁶. Citaremos a título de ilustração outra situação em que o mencionado princípio é observado na Lei nº 9.784, de 29.1.1999:

PROPORCIONALIDADE – A Administração, quando na atividade de coligir dados para o processo precisa da atuação do interessado, deve proceder de modo a que tal atuação seja para ele o menos onerosa possível. A exigência emana do art. 29, § 2º, da lei.

Observa-se no dispositivo nítida aplicação do princípio da proporcionalidade, porquanto, se a Administração deseja alcançar determinado fim, deve valer-se dos meios necessários para isso, não devendo agravar a situação do administrado, nem deixar de impor a exigência condizente, se esta se afigurar necessária.

Desse modo, caso determinado elemento de instrução do processo reclame a atuação do interessado, não pode este sofrer ônus irrazoável, se com exigência menos gravosa pode ser alcançado o mesmo objetivo. Afinal, exigências descabidas e desproporcionais são ofensivas ao devido processo legal e ao contraditório e ampla defesa¹⁷.

Tendo-se em vista o conteúdo do regime jurídico-administrativo; no qual a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 121 e 122.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014. p. 28.

¹⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal, Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.184.

Administração, dos interesses públicos; devam prevalecer, o Estado não pode agir como algoz arbitrário e desmedido:

uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações e decorrências; a saber: princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado¹⁸ (...).

O entendimento adotado neste trabalho é o que não adota como sinônimos os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99) questão essa que, por outro lado, não é crítica, tendo-se em vista que ambos princípios tem o mesmo espírito e são “exigíveis tanto para os atos administrativos como para as demais manifestações do Estado – e, pois, igualmente para as leis”¹⁹

Seguindo então o conceito do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua clássica obra, Curso de Direito Administrativo:

a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa *mais extensa* ou *mais intensa* do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso.²⁰

Vislumbra-se assim, que quando da aplicação de multa, por parte da Administração Pública, a dose da penalidade deve ser medida e justa, conforme a nocividade da infração, não podendo extrapolar além do dano que fora sofrido pelo

¹⁸ Idem, p.77.

¹⁹ Idem, p.82.

²⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal, Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.82.

Estado, em decorrência do descumprimento de cláusula contratual por parte da Contratada.

A Lei 9.784, de 29.1.1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz em seu artigo 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.²¹

A positivação do princípio da proporcionalidade explicita o que já era implícito constitucionalmente, a idéia de que

as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas²².

O princípio da proporcionalidade é subdividido em: adequação (a medida adotada tem que ser apropriada), necessidade (menor ingerência possível) e proporcionalidade em sentido estrito (justa medida). A sua matriz constitucional encontra-se nos seguintes dispositivos²³:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²¹ BRASIL, **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 01 fev. 1999. 2007. Endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 20 outubro 2014.

²² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal, Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.113.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 outubro 2014.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Conforme leciona Carvalho Filho²⁴:

Como o nosso regime de federação outorga autonomia às unidades que o compõem (art. 18 da CF), a lei federal não poderia mesmo incidir sobre as demais esferas. Estas, por força de sua autonomia constitucional, são dotadas do poder de autoadministração, dentro do qual se situa a competência para editar as leis que regulem seus processos administrativos.

Resulta que, se um Estado ou um Município pretendem disciplinar essa matéria, devem providenciar suas próprias leis, mas não estarão vinculadas a todas as normas contidas na Lei nº 9.784/99; sua vinculação, porém, será exigida em relação aos princípios e normas constitucionais.

Uma penalidade de multa aplicada pelo Estado a uma Empresa que viola uma cláusula contratual, se desproporcional, é ilegal e passível de ser revista pelo Judiciário. Os parâmetros utilizados para escalonar o *quantum* da multa, são encontrados, na esfera Distrital, no Decreto Nº 26.851/06. Em suma

O princípio obriga a permanente adequação entre os meios e os fins, banindo-se medidas abusivas ou de qualquer modo com intensidade superior ao estritamente necessário.

A Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, expressamente adota o princípio em seu art. 2º, parágrafo único, VI. Assim como o princípio da razoabilidade, o da proporcionalidade interessa em muito nas hipóteses de atuação administrativa interventora na propriedade, no exercício do poder de polícia e na imposição de sanções.²⁵

²⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.37.

²⁵ ROSA. Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo:Saraiva, 2013, p. 52.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISTRITAL

Para a Administração manifestar a sua vontade, atos administrativos são necessários, tendo o processo administrativo (vínculos jurídicos) e o procedimento administrativo (rito), importância fundamental. A proporcionalidade na aplicação da penalidade de multa tem base legal, devendo a Administração fundamentar qual foi a medida adequada ao caso concreto e o dispositivo legal que foi utilizado.

Conforme Carvalho Filho²⁶:

O termo processo indica uma atividade para a frente, ou seja, uma atividade voltada para determinado objetivo. Trata-se de categoria jurídica caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica caracterizada pelo fato de que o fim alvitrado resulta da relação jurídica existente entre os integrantes do processo. Na verdade, pode definir-se o processo como a relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim. De fato, a ideia de processo reflete função dinâmica, em que os atos e comportamentos de seus integrantes se apresentam em sequência ordenada com sentido teleológico, vale dizer, perseguindo o objetivo a que se destina o processo.

Como na via administrativa as autoridades não desempenham função jurisdicional, poderia supor-se não ser muito técnica a denominação processo administrativo. Contudo, tanto quanto o processo judicial, que visa a uma decisão, o processo administrativo tem igualmente objetivo certo, no caso a prática de ato administrativo final. Não bastasse esse fator de identificação, a expressão está consagrada, é reconhecida pelas mais diversas camadas da população e a esta altura não há qualquer razão para ser alterada. A própria Constituição Federal, para exemplificar, faz, por mais de uma vez, referência à expressão processo administrativo (ou simplesmente processo), reafirmando a aceitação geral da nomenclatura dispensada aos instrumentos formais pelos quais se exerce a função administrativa (vide arts. 5º, LV; 5º, LXXII, “b”; 37, XXI; 41, § 1º, II, da C.F.).

Instaurado o regular processo administrativo, o Encarregado vai instruir os autos com as provas diversas (documentação/depoimentos), oferecendo à empresa a oportunidade de defesa (ampla defesa e contraditório) e fazendo um

²⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 958-959.

relatório final opinativo, que não vincula a decisão final do Ordenador de Despesas. A decisão, proferida pela autoridade competente, deve ser motivada e fundamentada.

A Lei nº 2.834 de 07 de dezembro de 2001, publicada no DODF nº 234 de 10/12/01, recepciona a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 1º Aplicam-se aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

No conceito novamente do mestre Carvalho Filho²⁷:

Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública.

No Distrito Federal é aplicado o Decreto Nº 26.851, de 30 de maio de 2006, regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências.²⁸

CAPÍTULO I DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 1º A aplicação das sanções de natureza pecuniária e restritiva de direitos pelo não cumprimento das normas de licitação e/ou de contratos, em face do disposto nos arts. 81, 86, 87 e 88, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 7º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, obedecerá, no âmbito da Administração Direta, Autárquica, Fundacional e das Empresas

²⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.21.

²⁸ BRASIL. **Decreto Nº 26.851, de 30 de maio de 2006**. Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências. Endereço: < http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=52985>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.

Públicas do Distrito Federal, às normas estabelecidas no presente decreto.

Parágrafo único. As disposições deste Decreto aplicam-se também aos ajustes efetuados com dispensa e inexigibilidade de licitação, nos termos do que dispõe a legislação vigente, e ainda às licitações realizadas pelas Administrações Regionais, até o limite máximo global mensal estabelecido no art. 24, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666.

Colacionaremos um julgado que demonstra um caso da aplicação da proporcionalidade no emprego da multa, além da exigência do processo administrativo:

Contratação pública – Contrato – Sanção – Multa – Proporcionalidade – TJ/DF

1. Contrato Administrativo. Atraso na entrega de material. Aplicação de multa pela apelante. Ação para liberação de multa. Sentença que julga procedente o pedido. Apelação. 2. A multa somente pode ser imposta ou descontada das faturas da fornecedora após o processo administrativo específico e não nos próprios autos do processo de licitação. Este é o processo prévio que se encerra com a publicação do despacho homologatório. O § 2º do art. 86 da Lei nº 8.666/93 exige 'regular processo administrativo' para a aplicação da multa. Observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 3. A utilidade da prestação do contratante, embora tenha ocorrido atraso, não justifica a aplicação de multa de 88,5% sobre o valor do contrato. Multa desproporcional. Apelação desprovida". (TJ/DF, Apelação Cível, Acórdão nº 106302, DJ de 05.08.1998, Rel. Campos Amaral.)²⁹

O Decreto Distrital Nº 26.851/2006 traz a penalidade de multa no inciso II de seu artigo 2º. Vale ressaltar que a multa pode ser aplicada em conjunto com as outras sanções, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, trata-se de penalidade oriunda de um processo administrativo punitivo externo:

SEÇÃO II

Das Espécies de Sanções Administrativas

Art. 2º As licitantes que não cumprirem integralmente as obrigações contratuais assumidas, garantida a prévia defesa, estão sujeitas às seguintes sanções:

I - advertência;

II – multa;

III - suspensão temporária de participação em licitação, e impedimento de contratar com a Administração do Distrito Federal:

²⁹ MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1306.

a) para o licitante e/ou contratado através da modalidade pregão presencial ou eletrônico que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução do seu objeto, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; a penalidade será aplicada por prazo não superior a 5 (cinco) anos, e o licitante e/ou contratado será descredenciado do Sistema de Cadastro de Fornecedores, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, aplicadas e dosadas segundo a natureza e a gravidade da falta cometida;

b) para os licitantes nas demais modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666, de 1993, a penalidade será aplicada por prazo não superior a 2 (dois) anos, e dosada segundo a natureza e a gravidade da falta cometida.

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.

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

A sanção de multa quando aplicada, levando em conta o contraditório e a ampla defesa, é gerado um DAR (documento de arrecadação avulso). Caso a empresa não pague dentro do prazo estipulado pela Administração, normalmente sofre uma nova penalidade, qual seja, a suspensão de contratar com a Administração:

Contratação pública – Licitação – Sanção – Suspensão temporária – Abrangência – Discricionariedade do administrador – TCE/SP

O TCE/SP apreciou, em sede de representação, cláusula de edital que proibia a participação no certame de empresas suspensas de licitar em decorrência de penalidade aplicada por qualquer órgão da Administração Pública, e não apenas pelo órgão que aplicou a sanção. De acordo com a manifestação do Conselheiro Revisor Cláudio Ferraz de Alvarenga, em pedido de vista no TC nº 001032/006/09, “se o próprio texto do artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93 não é claro a respeito da abrangência da suspensão temporária, dando margem a dúvidas, e ensejando decisões tão díspares, a opção do administrador por uma ou outra interpretação não pode ser considerada flagrante de ilegalidade. E se não há ilegalidade manifesta, não vejo razão para que seja repelida, ainda mais em sede de exame prévio de edital, medida excepcional que é justamente para prevenir hipóteses em que haja evidente e concreto prejuízo à correta formulação de propostas ou à ampla participação de interessados. Nestes termos, seria de todo oportuno, até a edição

de norma legal expressa, que esta Corte de Contas adotasse diretriz clara a respeito, em franca homenagem ao princípio da segurança jurídica. Bem assim, submeto ao elevado crivo de Vossas Excelências sugestão de que deixemos ao alvedrio do Administrador optar pela interpretação que melhor atenda à sua necessidade na persecução do interesse público almejado”.³⁰

O art. 68 da norma federal elenca:

CAPÍTULO XVII
DAS SANÇÕES

Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.

A esse respeito³¹, leciona a doutrina:

Sanções são atos de natureza punitiva praticados em decorrência de comportamento ofensivo a preceito legal. O pressuposto dos atos sancionatórios consiste na violação à norma legal. Se esta enuncia determinado preceito e o indivíduo o infringe, a conduta reveste-se de ilicitude, já que o parâmetro de ilicitude é o que a lei estabelece.

O mesmo se passa com a sanção administrativa, que é a de que trata o art. 68 da lei. Havendo comportamento que viole norma administrativa, o infrator terá responsabilidade administrativa e se sujeitará à aplicação de sanção administrativa.

Observe-se, contudo, que proceder à adequação do ato sancionatório não retrata exatamente atividade discricionária, porque a compatibilização da sanção com a conduta não pode ser processada mediante aplicação de critérios de conveniência e oportunidade, mas, ao revés, estampa obrigação do aplicador que, inclusive, pode ser responsabilizado se tiver agido de forma indevida. A inadequação entre a sanção e a conduta ofende o princípio da proporcionalidade e caracteriza abuso de poder, suscetível de ser corrigido na via administrativa ou judicial.

A empresa pode ficar suspensa, por até dois anos, até que pague a multa atualizada. Esta suspensão é uma forma de punir a empresa que descumpriu o contrato, foi multada e não pagou a multa:

³⁰ MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1316.

³¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.347/349.

Contratação pública – Licitação – Sanção – Suspensão temporária – Inobservância das regras relativas ao acesso às informações públicas – Legislação correlata

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso às informações públicas, determina, em seu art. 33, *caput*, que estará sujeita à sanção “a pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei”. Entre as sanções indicadas, o inc. IV prevê a possibilidade de “suspensão temporária de participar em licitações e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos”³².

Em que pese a ausência de previsão legal, elementos de aferição devem ser levados em consideração, quais sejam: antecedentes, situação econômica, nível de gravidade, entre outros:

Contratação pública – Contrato – Sanção – Multa – Valor ínfimo – Considerações

O texto trata da incidência do princípio da insignificância para fins de não aplicação de multa moratória de valor ínfimo e conclui que “se restar demonstrado que o atraso do particular, nesse caso, não gerou prejuízo ao interesse público (ou seja, que com sua conduta não lesionou o bem jurídico tutelado pela norma), será possível deixar de sancioná-lo com base no princípio da insignificância. Mas ressalte-se: é necessário que haja a devida justificativa de que, nesse caso, o valor a ser cobrado a título de multa é ínfimo e, ainda, que a conduta do particular não prejudicou o interesse público envolvido na contratação, já que se trata de hipótese efetivamente excepcional”.³³

³² MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1314.

³³ *Idem*. p. 1304.

3 A APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA

O nosso objetivo aqui é verificar a proporcionalidade na aplicação da multa. O art. 4º do Decreto 26.851, traz em seus incisos, os critérios de aplicação, para que o Administrador faça a conformação do caso real à previsão. Na subseção II, que fala da multa, o artigo 4º elenca que a multa é sanção pecuniária que é utilizada pela Administração Pública em desfavor do contratado, quando ocorre atraso sem justificativa em entregar ou executar o contratado.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³⁴:

A aplicação de sanções administrativas pela administração pública, em caso de irregularidades do particular na execução do contrato, independe de prévia manifestação do Poder Judiciário. As sanções administrativas previstas na Lei 8.666/1993 são as seguintes:

- a) multa de mora, por atraso na execução do contrato (art. 86);
- b) advertência (art. 87, I);
- c) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, por inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, II);
- d) suspensão temporária da possibilidade de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos (art. 87, III);
- e) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (art. 87, IV).

Tanto a multa de mora quanto a multa decorrente da inexecução total ou parcial do contrato podem ser aplicadas cumulativamente entre si e cumulativamente com as demais sanções administrativas acima enumeradas (art. 86, § 1º, e art. 87, § 2º).

As multas aplicadas pela administração podem ser diretamente descontadas da garantia prestada pelo contratado, quando houver. Ademais, se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela diferença, que será descontada, pela própria administração, dos pagamentos eventualmente devidos ao contratado (art. 86, §§ 2º e 3º, e art. 87, § 1º).

A multa administrativa, sanção pecuniária típica³⁵, pode ser aplicada nos percentuais de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) computado a cada dia

³⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.551/552.

³⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.351

de atraso em entregar algum material ou executar algum serviço. Importante frisar que o valor é calculado em cima das parcelas obrigacionais adimplidas em atraso, tendo como teto o valor de 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento), que é o valor correspondente a até 30 (trinta) dias de atraso.

Sempre frisamos a necessidade da proporcionalidade:

Contratação pública – Contrato – Sanção – Multa – Inadimplemento – Concessão

No artigo, o doutrinador Marçal Justen Filho aborda as concessões de serviços públicos e as multas por inadimplemento do concessionário. Após análise minuciosa do tema, conclui que “não é compatível com o Estado Democrático de Direito, vigente entre nós, a implantação de uma orientação administrativa em que a imposição de penalidades excessivas torna inviável o desenvolvimento pelo concessionário dos serviços adequados – razão e finalidade da outorga da concessão. [...] Ambos têm de buscar a realização de um interesse comum, consistente na prestação do serviço público mais adequado, mediante a menor tarifa possível”.³⁶

A redação deste artigo 4º foi reformulada recentemente pelo Decreto 35.831, de 19/09/2014, DODF de 22/09/2014 p.6. Foi uma mudança interessante, pois ajudou a interpretar tal dispositivo, que antes tinha uma redação confusa.

Fazemos questão de destacar exhaustivamente, a ligação com o princípio da proporcionalidade, citando Carvalho Filho, que quando trata da Revisão, comentando a Lei de Processo Administrativo Federal (art. 65³⁷) explica³⁸:

Quando a lei se referiu a inadequação da sanção teve em mira admitir dois modos de interpretação: 1º) não deveria ter sido aplicada a sanção (embora o tenha sido); 2º) a sanção deveria ter sido aplicada com graduação mais leve.

A segunda indica que o fato gerador da punição ocorreu, mas dele emanaria sanção mais leve do que a aplicada anteriormente. Trata-se aqui de campo fértil para a aplicação do princípio da proporcionalidade, no qual, entre seus pressupostos, avulta aquele que impõe que a pena não seja tão grave quanto o exige a conduta, vale dizer, é vedado que os meios sejam desproporcionais aos fins administrativos. Se determinada conduta exige certa sanção, e outra

³⁶ MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1308.

³⁷ RIDEEL. **Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. – 2. Ed. – São Paulo : Rideel, 2013. (Série Vade Mecum)

³⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.336.

mais grave é aplicada, o gravame sofrido pelo punido não guarda correlação com o objetivo punitivo da lei. Há, portanto, aqui também hipótese de inadequação punitiva.

Nota-se, por tudo o que ficou exposto, que o recurso de revisão visa corrigir erro de julgamento, evitando que o interessado seja vítima de sanção onde esta não deveria ter sido aplicada ou de sanção mais grave do que aquela que merecia. Para que haja revisão, entretanto, cabe a cabal demonstração da existência de fatos novos ou de circunstâncias relevantes comprobatórias da inadequação sancionatória.

O segundo patamar estabelecido, mais gravoso para a contratada, fica em 0,66% (sessenta e seis centésimos por cento) por dia de atraso, em caso de o período de atraso ultrapassar os 30 (trinta) dias previstos no inciso I do artigo 4º. Não pode, o total da suposta multa, ser maior do que o inadimplemento completo da obrigação contratada sob pena de a empresa sofrer uma multa maior do que o valor que deveria receber da Administração Pública. Este inciso II também teve a sua redação atualizada pelo mencionado Decreto 35.831 de 2014. Diferença entre multa moratória e compensatória:

Contratação pública – Contrato – Sanção – Multa – Moratória e compensatória – Diferenças – Critérios para fixação

A multa pode ser de natureza moratória ou compensatória. A multa moratória é aplicada em razão da mora, isto é, da demora no cumprimento das obrigações contratuais. Assim, se o contratado não cumpre os prazos que deve observar, estará revelando atraso que, se injustificado, acarretará a aplicação da multa de mora a que alude o art. 86. A multa compensatória, também de natureza sancionatória, tem por finalidade compensar a outra parte pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do contratado. Essa multa é fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença. Não há critério legal a ser utilizado pela Administração para fixação, no instrumento convocatório, das multas moratória e compensatória. O percentual aplicável a cada caso concreto será alvo de apreciação discricionária, dentro dos limites da razoabilidade e da prática de mercado.³⁹

Pela análise do inciso III do mesmo artigo 4º, fica estabelecido uma multa cumulativa com as mencionadas anteriormente, de 5% (cinco por cento) tendo como base o valor do contrato e/ou nota de empenho:

³⁹ MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1312.

III - 5% (cinco por cento) sobre o valor total do contrato/nota de empenho, por descumprimento do prazo de entrega, sem prejuízo da aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo;

O inciso IV estabelece 15% de multa para: recusa não justificada do adjudicatário em assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, “dentro do prazo estabelecido pela Administração”; recusa parcial ou total para entregar o material; recusa em concluir o serviço; rescisão do contrato e/ou da nota de empenho. Importante destacar novamente, que todas as multas são calculadas sempre sobre a parte inadimplente, o que se não for observado pode gerar multas desproporcionais, pois de valor muito elevado, tendo depois a empresa o direito de ter a multa revista pelo Judiciário. A PGDF em seu parecer nº 278/2013 elucida⁴⁰:

ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATRASO NA ENTREGA DO OBJETO. APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA PREVISTA NO DECRETO DISTRITAL N. 26.851/2006.

1. A aplicação da multa prevista no art. 4º do Decreto n. 26.851/06 requer detida apreciação da autoridade administrativa competente para apreciar as razões de defesa, de forma a decidir se mantém ou não a penalidade e, assim, de forma fundamentada (art. 50 da Lei n. 9.784/99, aplicada no Distrito Federal por força da Lei n. 2834/01), e com base nas prescrições editalícias e contratuais, contrapor ou não os argumentos trazidos pela empresa contratada em sua defesa administrativa.

2. Havendo atraso superior a trinta dias, a regra é a rescisão do contrato e cancelamento da nota de empenho (§ 6º do art. 4º do Decreto n. 26.851/06), exceto se houver justificado interesse da Administração em admitir a demora.

3. Deve ser aplicado como limite total da multa prevista no inciso II do caput do art 4º do Decreto n. 26.851/06 (0,66%/dia) o percentual previsto no inciso IV do mesmo artigo, qual seja, 15%.

4. É possível, a princípio, o acúmulo da multa com outras penalidades, tal como prevê o parágrafo 5º do art. 4º do referido normativo.

5. O percentual da multa moratória de 0,66% por dia de atraso, previsto no inciso II do art. 4º do Decreto n. 26.851/06, deve incidir apenas sobre a parcela não adimplida.

Este parecer da PROCAD/PGDF foi anterior ao Decreto 35.831, de 19/09/2014, que nada mais fez do que harmonizar a legislação ao entendimento da

⁴⁰ BRASIL. PARECER Nº 278/2013 PROCAD/PGDF. Endereço: <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2013/PROCAD.0278.2013.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

Procuradoria Geral Distrito Federal e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. A redação antiga era dúbia e pouco clara. Atualmente, o Decreto Distrital 26.851 está mais didático e técnico. Trazemos outro parecer da PGDF para ilustrar o nosso objeto:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TOMADA DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE MATERIAL EM ATRASO. MULTA SUPERIOR AO VALOR TOTAL DO EMPENHO.

1. O princípio da culpabilidade impõe, ao administrador público, o ônus de examinar as alegações constantes da defesa prévia apresentada pelo fornecedor contratado, devendo esse apontar, de forma motivada, em sua decisão, em que consiste a reprobabilidade da conduta do destinatário da sanção.
2. A irretroatividade do Decreto n. 28.561/06, aliada ao princípio da vinculação ao ato convocatório, impede a incidência do mencionado diploma à espécie.
3. Havendo utilidade do material entregue em atraso para a Administração, mostra-se excessiva a multa fixada em percentual superior ao que fixado em razão de eventual inadimplemento completo da obrigação. Precedente do TJDF (Acórdão 106302, Apelação Cível n. 48.087/98).
4. Eventual multa há de ser calculada sobre o montante das parcelas obrigacionais adimplidas em atraso.
5. Parecer pela impropriedade da fixação da multa pecuniária nos termos da memória de cálculo apresentada à fi. 25 dos autos do PA 080-010658/2007 (apenso).⁴¹

No inciso V do artigo em análise, temos a indicação do percentual de 20% “pelo descumprimento de qualquer cláusula do contrato, exceto prazo de entrega”. Não nos cansamos de destacar que para o respeito ao Princípio da Proporcionalidade, é essencial que o cálculo da multa, o cálculo do percentual indicado em Lei, deve ser feito em cima da parte não adimplida, ou seja, da parte restante e não sobre o *quantum* total, o que ocasiona multas elevadas e que podem comprometer a viabilidade econômica da empresa. Mais um parecer da PGDF que elucida o assunto:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATRASO NA ENTREGA DO OBJETO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DE MULTA. APURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (CULPA). ATRASO INJUSTIFICADO, LIMITAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA

⁴¹ BRASIL. **PARECER Nº 0307/2008 PROCAD/PGDF.** Endereço: <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2008/PROCAD.0307.2008.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

PROPORCIONALIDADE.
307/200B·PROCAD/PGDF.

PRECEDENTE

I - A multa moratória é aquela prevista para os casos de atraso injustificado na entrega do objeto e está prevista nos incisos I e lido artigo 4º do Decreto n. 26.851/2001, bem como no artigo 86 da Lei de Licitações. O inciso I do mencionado decreto se refere às hipóteses em que o atraso se limita a trinta dias e o inciso II quando se ultrapassa esse limite.

II - Para aplicação da multa moratória não basta o critério objetivo (atraso), sendo também necessário apurar o elemento subjetivo da conduta do contratado, qual seja, a culpa. Assim, constatado que o atraso ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia do contratado, caberá a multa moratória. A *contrariu sensu*, demonstrado que o atraso decorreu de fatos alheios à vontade do contratado e inevitáveis, afasta-se a incidência da multa.

IV - Parecer no sentido de que se deverá aferir em primeiro plano a existência do elemento subjetivo (culpa) do contratado. Acaso constatada a presença de tal elemento e mantida a aplicação da multa decisão a ser tomada de forma fundamentada e com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório essa deverá ser aplicada com observância às diretrizes do Parecer n. 307/2008-PROCAD/PGDF, que traz escólios sobre a correta aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para fins fixação do limite da multa por atraso na entrega do objeto da contratação.⁴²

O Ordenador de Despesas é a autoridade responsável por multar a Empresa⁴³:

A função de ordenar despesas na Administração Pública pode ser entendida como aquela atribuída a uma autoridade pública, sobre a qual recai grande responsabilidade, uma vez que é esse servidor público que aprova e ordena o pagamento das diversas despesas necessárias ao funcionamento das atividades, bem como da prestação de serviços de uma determinada instituição pública. Nesse sentido, esse gestor público precisa ter extremo cuidado com os gastos públicos que realizar, pois deverá prestar contas de todos eles. Além disso, ao exercer suas atividades, deverá observar uma extensa legislação a respeito da realização da despesa pública. Durante o exercício de suas atividades o ordenador de despesas deve contar com equipes que possam assessorá-lo quanto à melhor forma de realização da despesa, no entanto, a decisão acerca da

⁴² BRASIL. PARECER Nº 0653/2012 PROCAD/PGDF. Endereço: <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2012/PROCAD.0653.2012.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

⁴³ MARTINS, Disney Luiz. **A Função de Ordenador de Despesas: Atribuições do Chefe do Departamento de Logística e Finanças**. Trabalho de Conclusão do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais do Centro de Altos Estudos e Aperfeiçoamento da Polícia Militar do Distrito Federal, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de especialista, em nível de Pós-Graduação Lato Sensu em Especialização em Gestão em Segurança Pública, na área de concentração de Direito Administrativo. Brasília, 2013, p. 7.

aprovação do gasto público é solitária. Mesmo que esse gestor público seja assessorado por excelentes pareceres técnicos e jurídicos a respeito dos gastos que serão realizados, será ele quem prestará contas regularmente aos órgãos de controle, especialmente os tribunais de contas.

Não é interessante para o Estado levar a empresa à falência, “quebrar” a empresa, pois a atividade econômica capitalista tem como fim o lucro e, bem ou mal, a empresa emprega pessoas, gerando renda e desenvolvimento. Quando uma empresa tem uma multa muito elevada em função de um descumprimento contratual quando da contratação com o Público, uma eventual falência, gera todo um ciclo vicioso e nefasto social, que vai na contramão do ideal imbuído no Princípio da Proporcionalidade, como mencionado no início deste trabalho, muitas vezes considerado indistintamente como ‘razoabilidade’:

Contratação pública – Contrato – Sanções – Critérios para aplicação – Razoabilidade – STJ

(...) 2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contrato pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.⁴⁴

O Encarregado do Processo Administrativo deve ter muito cuidado e responsabilidade na apreciação da suposta quebra contratual e na sugestão de aplicação de penalidade. Devemos lembrar que é vedado o enriquecimento ilícito do Estado e logo, a aplicação da penalidade de multa deve respeitar o princípio da proporcionalidade. O decreto distrital 26.851/06 traz detalhadamente as

⁴⁴ MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 1310.

possibilidades matemáticas de multa, não dando margem a muita discricionariedade por parte do operador do Direito.

Existe um pouco de discricionariedade quando da aplicação cumulativa de sanções. Deve ser sopesado se é interessante para a Administração manter o contrato, sendo justificando as decisões. A empresa deve ter toda a oportunidade de se defender, produzindo provas. O valor a ter os percentuais de multa calculados é o valor que restou da obrigação, sem ser cumprido.

Interessante dispositivo vem inserto no parágrafo 4º do artigo 4º que enuncia:

§ 4º Em despacho, com fundamentação sumária, poderá ser relevado:
I - o atraso não superior a 5 (cinco) dias;
II - a execução de multa cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Quando os custos econômicos administrativos forem maiores do que o valor da multa, quando o valor da multa for irrisório, a sanção pode ser relevada, assim como um atraso de até 5 (cinco) dias. Estes são mais elementos que oferecem uma maior proporcionalidade tanto na aplicação da multa quanto na execução da multa aplicada, pois muitas vezes gasta-se muito mais para tentar cobrar uma multa pequena, tornando antieconômica a atuação Administrativa.

O parágrafo 5º do artigo 4º finalmente traz expressamente o princípio da proporcionalidade, nos termos conforme já fora exposto anteriormente. É o ponto em que existe alguma discricionariedade, qual seja, a sobreposição de sanções, que pode ocorrer como um agravamento da situação da empresa, ao ter multas sobrepostas ou advertência e multa, por exemplo:

§ 5º A multa poderá ser aplicada cumulativamente com outras sanções, segundo a natureza e a gravidade da falta cometida, consoante o previsto no Parágrafo único do art. 2º e observado o princípio da proporcionalidade.

O nosso objetivo aqui não é analisar e comentar todo o decreto distrital, mas apenas confrontar a penalidade de multa com o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se pela análise legislativa e doutrinária e jurisprudencial que o Decreto nº 26.851 observa e respeita o princípio da proporcionalidade, primeiro porque o valor o qual cada multa deve ser calculada é o valor do que não foi fornecido, e não em cima do valor total do contrato, o que é uma aplicação justa. O Administrador pode aplicar penalidades cumulativamente ou não, o que também, apesar de pequena monta de discricionariedade, é mais uma ferramenta à disposição da busca da proporcionalidade:

(...) nem pode o Estado renunciar ao poder de impor restrições quando estas se façam necessárias para o atendimento de demandas da coletividade, nem deve impô-las com gravame para o indivíduo mais extenso do que reclama o interesse público a ser protegido, sob pena de admitir-se o caos no primeiro caso e a tirania e o arbítrio no último.

(...) administradores públicos não atuem com desequilíbrio, desinteresse ou sem bom-senso. Em outras palavras, exige-se que a conduta administrativa seja dotada de proporcionalidade, com o que será mais fácil enfrentar eventual abuso de poder.⁴⁵

⁴⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52/53.

CONCLUSÃO

Além de uma abordagem do Decreto Nº 26.851, dos principais artigos relacionados ao tema encontrados nas Leis 8.666 e 9.784 e do princípio constitucional da proporcionalidade, foi feita uma análise específica do artigo 4º, que trata da sanção administrativa 'multa', confrontando se o mencionado artigo respeita ou não o princípio da proporcionalidade, tendo-se em vista a gradação, as hipóteses e percentuais previstos para a aplicação da sanção de multa, além de eventuais acumulações de sanções, na busca de uma sanção justa.

Foi verificado no corpo do presente trabalho que na aplicação da multa do artigo 4º do Decreto Distrital Nº 26.851, existe uma pequena discricionariedade do administrador, de forma a não ferir o princípio constitucional da proporcionalidade. Desta forma, a aplicação do artigo 4º do Decreto Distrital, considerando estes determinados parâmetros discricionários (aplicação cumulativa ou não com outras sanções), harmoniza-se com princípio da proporcionalidade/razoabilidade. "O processo administrativo reflete uma relação jurídica entre pessoas governamentais e privadas em que ressaí o objetivo da atividade estatal – um ato ou uma conduta administrativa⁴⁶". A empresa contratada, ao descumprir uma obrigação com a Administração, deve sim sofrer alguma punição, mas dentro de um processo específico previsto e jamais descuidando da proporcionalidade da medida. A reprimenda, sempre que desproporcional, será ilegal. Existe a necessidade de aplicação da discricionariedade para alcançar o princípio da proporcionalidade.

A Lei atual não dá margem explicitamente à análise de cada caso, não havendo uma contextualização ampla e uma contextualização histórica da empresa junto à Administração para haver uma medida proporcional. Importante ressaltar que o valor da multa, o percentual, deve ser calculado levando em conta o valor da obrigação inadimplido e não o valor total, o que conduz a multa a ser menor.

⁴⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p.7.

O Administrador Público, dentro da sua margem discricionária, deve observar sempre o Princípio da Proporcionalidade, de forma a graduar a penalidade de multa às empresas que descumprirem cláusulas contratuais. O decreto distrital 26.851/06, traz explícito a observância à proporcionalidade e qualquer excesso deverá ser revisto pela Administração ou pelo Judiciário. Entendemos que o presente trabalho ajudou a esclarecer um tema específico, o qual carece de doutrina especializada.

BIBLIOGRAFIA

- 1 - ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- 2 - BRASIL, **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 01 fev. 1999. 2007. Endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 20 outubro 2014.
- 3 - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 outubro 2014.
- 4 - BRASIL. **Decreto Nº 26.851, de 30 de maio de 2006**. Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências. Endereço: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=52985>. Acesso em: 03 de novembro de 2014.
- 5 - CARDOSO, Pedro Bezerra. **O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/12100/o-principio-da-proporcionalidade-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 26 mar. 2014.
- 6 - DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.834 de 7 de dezembro de 2001**. Publicação DODF nº 234 de 10/12/01. Recepção a **Lei Federal nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=2834&txtAno=2001&txtTipo=5&txtParte=>>. Acesso em 26 mar. 2014.
- 7 - DISTRITO FEDERAL. **Parecer 278/2013-PROCAD/PGDF**. Disponível em < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2013/PROCAD.0278.2013.pdf>> Acesso em 26 mar. 2014.
- 8 - DISTRITO FEDERAL. **Parecer 307/2008-PROCAD/PGDF**. Disponível em < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2008/PROCAD.0307.2008.pdf>> Acesso em 26 mar. 2014.
- 9 - DISTRITO FEDERAL. **Parecer 653/2012-PROCAD/PGDF**. Disponível em < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2012/PROCAD.0653.2012.pdf>> Acesso em 26 mar. 2014.
- 10 - DISTRITO FEDERAL. TJDF. **Apelação Cível nº 48.087/98**, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Campos Amaral, DJU 05.08.1998. Disponível em < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 26 mar. 2014.
- 11 - FILHO, José dos Santos Carvalho. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999, 5ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013.
- 12 - KONCIKOSKI, Marcos Antonio. **Princípio da proporcionalidade**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9>. Acesso em 26/03/2014.
- 13 - LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

- 14 - MARTINS, Disney Luiz. **A Função de Ordenador de Despesas: Atribuições do Chefe do Departamento de Logística e Finanças**. Trabalho de Conclusão do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais do Centro de Altos Estudos e Aperfeiçoamento da Polícia Militar do Distrito Federal, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de especialista, em nível de Pós-Graduação Lato Sensu em Especialização em Gestão em Segurança Pública, na área de concentração de Direito Administrativo. Brasília, 2013.
- 15 - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010.
- 16 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.
- 17 - MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013. 1.584 p.
- 18 - RIDEEL. **Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. – 2. Ed. – São Paulo : Rideel, 2013. (Série Vade Mecum)
- 19 - ROSA. Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. Parte I. Volume 19. Sinopses Jurídicas. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- 20 - ROSA. Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. Parte II. Volume 20. Sinopses Jurídicas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- 21 - SOUSA, Arllington C.. **Licitações e Contratos Administrativos passo a passo para municípios**. Belo Horizonte: Líder, 2010. P.56.