

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA
APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DECORRENTES DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Jéssica Sena Peçanha de Souza

Curitiba/PR

2015

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA
APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DECORRENTES DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Jéssica Sena Peçanha de Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Me. Márcia Fernandes Bezerra.

Curitiba/PR

2015

**PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA
APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DECORRENTES DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Jéssica Sena Peçanha de Souza

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

MÁRCIA FERNANDES BEZERRA
Orientadora

ISRAEL RUTTE
Examinador

MARCELO LASPERG
Examinador

Curitiba/PR, 02 de dezembro de 2015

DEDICATÓRIA

Dedico primeiramente este trabalho a Deus, que em sua infinita bondade e amor, me guiou até aqui, para que eu conseguisse finalizar mais esta etapa tão importante da minha vida.

Dedico este trabalho aos meus pais, Claudinete Sena e Alcides Peçanha de Souza, meu alicerce, minha base, minha maior referência de amor e honestidade. Pra vocês todo o amor e gratidão.

Dedico a minha Avó Ernestina Botelho Sena *in memoriam*, que deixou o mais lindo legado de amor e bondade em sua estadia na Terra. Obrigado minha rainha, por todo afeto e sabedoria transmitidos durante sua existência.

E por fim, dedico à razão do meu viver, meu combustível diário, meu anjo em forma de ser humano, minha Lívia, minha filha. Todo o esforço dispensado para concretização deste sonho só foi possível graças a você. Chegar exausta em casa todos os dias e ver o seu sorriso lindo me deram forças para vencer mais esta batalha. Obrigado meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha querida Mestra Márcia Fernandes Bezerra, que me ensinou a ter paixão pelo Direito Administrativo através da sua forma inigualável de lecionar

Obrigada Mestra, pelo tempo dispensado as minhas dúvidas, as correções e sugestões que me auxiliaram a conclusão deste trabalho. Sem sua dedicação como Orientadora, nada disso seria possível.

Agradeço também a sua amizade, que quero levar pro resto da vida. Inspiro-me na profissional que você é, e almejo ter pelo menos metade do seu notório conhecimento e destreza, em minha atuação como profissional.

Impossível também deixar de agradecer a minha prezada Mestra Maria Eugênia Bertoldi, que foi essencial a realização deste trabalho. Obrigada Professora, pelos prazos estendidos, pelas correções, por sempre estar apta a elucidar qualquer dúvida que veio a surgir na elaboração desta pesquisa.

Agradeço também a banca examinadora, que dedicou seu tempo e atenção ao ler o meu trabalho e aceitar o convite de fazer parte deste momento tão fundamental na minha vida acadêmica. A vocês todos, GRATIDÃO.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo uma análise sobre a importância do princípio da proporcionalidade e razoabilidade na imposição de sanções decorrentes de contratos administrativos. Esta monografia apresenta um breve histórico sobre a origem dos contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como explica como se dá sua formação, atendendo a requisitos especiais previstos em lei e o seu regime jurídico diferenciado, ante os demais ajustes celebrados na esfera contratual. No decorrer da análise este trabalho faz menção à existência das cláusulas exorbitantes inseridas nos contratos administrativos, especialmente quanto à prerrogativa da Administração Pública em aplicar sanções ao contratado. Destacam-se aqui as espécies de sanções previstas por legislação especial e a forma e consequência de sua aplicação. Adentra-se posteriormente a observância da proporcionalidade e razoabilidade no processo sancionatório em face do contratado, e os requisitos intrínsecos a imposição das penalidades administrativas, derivadas da inexecução total ou parcial do contrato bem como a ausência de tipificação de conduta para aplicação de penalidade. A principal finalidade é expor a relevância da proporcionalidade e razoabilidade ante a aplicação de uma sanção, que muitas vezes torna-se desproporcional e arrazoada ao caso concreto, quando não evidencia-se descabida, levando o contratado a buscar o amparo do Poder Judiciário, para a reformar ou anulação da sanção imposta.

Palavras – chave: Contratos Administrativos. Cláusulas Exorbitantes. Sanções Contratuais. Lei 8.666/93. Razoabilidade. Proporcionalidade.

“O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.”

Gilmar Ferreira Mendes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: BREVE RELATO HISTÓRICO	11
2.1 Conceito	13
2.1.1 Exigência Prévia de Licitação	15
2.1.2 Finalidade.....	17
2.2 Regime Jurídico dos Contratos Administrativos	19
2.2.1 Cláusulas Exorbitantes	20
2.2.2 Espécies de Cláusulas Exorbitantes	21
2.2.3 Alteração Unilateral	22
2.2.4 Rescisão Unilateral	25
2.2.5 Exceptio Non Adimplenti Contractus	27
2.2.6 Fiscalização	29
2.2.7 Ocupação Provisória.....	30
2.2.8 Aplicação de Sanções.....	31
3 SANÇÕES CONTRATUAIS PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A SUA APLICAÇÃO	33
3.1 Advertência	35
3.2 Multa.....	36
3.3 Suspensão Temporária.....	36
3.4 Declaração de Inidoneidade	37
3.4.1 Distinção Fundada na Competência para Imposição das Sanções de Suspensão e Declaração de Inidoneidade	38
3.5 Incidência das Penalidades do artigo 87, inciso III e IV no Âmbito Administrativo	40
3.5.1 Incidência Restritiva da Sanção de Suspensão Temporária e Incidência Extensiva da Declaração de Inidoneidade	40
3.5.2 Incidência Restritiva das Sanções de Suspensão Temporária e Declaração de Inidoneidade.....	41
3.5.3 Incidência Extensiva das Sanções de Suspensão Temporária e Declaração de Inidoneidade	42
3.6 Outras consequências Derivadas da Inexecução Contratual	45
3.7 Processo Administrativo	49
3.7.1 Conceito	50
3.7.2 Finalidade.....	51
3.7.3 Fases do Processo Administrativo.....	52
3.7.4 Impugnação da Decisão	56
4 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CONTRATUAIS ..	59
4.1 A Discricionariedade Conferida pela Lei 8.66/93 na Aplicação de Penalidades Contratuais	59
4.2 Necessidade de Tipificação de Conduta nos Contratos Administrativos	62
4.3 A Razoabilidade e a Proporcionalidade como Princípios Basilares na Aplicação das Sanções Contratuais.....	66
4.3.1 O Princípio da Razoabilidade	67
4.3.2 O Princípio da Proporcionalidade	69

4.4 Aplicação Jurisprudencial da Razoabilidade e Proporcionalidade na Atividade Sancionatória Contratual	73
5 CONCLUSÃO	77
6 REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo geral expor a importância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções decorrentes nos contratos administrativos em que o particular é parte.

Dessa maneira, temos como problema de pesquisa as consequências geradas ao particular contratado, quando da inobservância por parte da Administração Pública, destes dois princípios basilares ante a aplicação da sanção contratual.

Tem-se como justificativa, o método utilizado pelo Estado ao aplicar determinada penalidade. Nem sempre é respeitada pela Administração a aplicação da sanção compatível com a eventual infração cometida pelo contratado. Não pode o Estado na atribuição de seus poderes, punir o contratado sem instaurar o devido processo administrativo para apuração da falta cometida.

De início, o trabalho se faz uma breve síntese histórica a respeito da origem do contrato administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, e o seu conceito amplamente dito.

Destacam-se as condições preliminares a celebração do contrato administrativo, como por exemplo, a exigência prévia de realização de licitação.

Ainda nesta linha, apresenta-se o regime jurídico administrativo adotado pela Lei Federal 8.666/93 – Licitações e Contratos Administrativos, e a presença das cláusulas exorbitantes dispostas nos contratos.

No decorrer do trabalho, abordaremos as espécies de cláusulas exorbitantes existentes em nosso ordenamento bem como, o manuseio destas pela Administração Pública, na execução do contrato administrativo.

Ressalta-se neste ponto, a divergência doutrinária quanto ao alcance da aplicação de algumas penalidades administrativas.

Ainda neste viés, apresentaremos os requisitos legais à aplicação das sanções, que garantirá ao interessado o direito de defesa e instauração de processo administrativo.

No terceiro e último capítulo, trataremos do conceito de proporcionalidade e razoabilidade, da diferença destes dois princípios e da relevância destes, ao determinar qual será a sanção adaptável ao contratado no caso concreto.

Outro aspecto importante referente a esta acepção, é a da falta de tipificação de conduta das sanções do artigo 87 da Lei 8.666/93, bem como o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Para o desenvolvimento e elaboração do presente trabalho foram utilizadas como metodologia pesquisas bibliográficas, legislações, especialmente da Lei 8.666/93, jurisprudência, doutrinas levantadas em obras jurídicas, sites de busca, artigos científicos, além de outros métodos de estudos.

O estudo pretende revelar as circunstâncias que levam a Administração Pública a punir o particular que enseje a inexecução total ou parcial do contrato, e a forma de adequação adotada pelo Estado, para aplicação da sanção mais coerente, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade imprescindivelmente inerentes a formação da decisão da autoridade administrativa.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: BREVE RELATO HISTÓRICO

“Como negócio jurídico que exige a participação do Poder Público, o contrato administrativo deve sempre buscar a proteção de um interesse coletivo, o que justifica a aplicação do regime público e um tratamento diferenciado para a Administração.”
Loester Ramires Borges

A doutrina e a jurisprudência brasileira constituem notável conhecimento a respeito da formação dos contratos celebrados pela Administração Pública.

Porém, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (208, p. 606) a ideia propriamente dita da teoria do contrato administrativo originou-se na França, tendo sido adotada mais tarde por inúmeros países, incluindo o Brasil. Por meio do Conselho de Estado Francês, foi possível o surgimento das ideias primordiais para resolução de conflitos advindos do Estado. Tais conflitos tinham como pilares dois problemas: a) Quais seriam os poderes e normas pertinentes a celebração dos contratos realizados pelo Estado; b) Quando submeter o contrato ao regime jurídico administrativo?

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 607) contribui para este estudo ao falar sobre o primeiro problema apontado pelo Estado quanto ao tipo de regime que deveria ser aplicado aos contratos (item a): ao primeiro aspecto, não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do “contrato administrativo” giram em torno da supremacia de uma das partes, que a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato.

Ainda, ao falar sobre o segundo problema (item b), o doutrinador também explica:

Com relação ao segundo aspecto de saber-se quando tal ou qual contrato é administrativo-, firmou-se o entendimento de que teria este caráter o contrato firmado pela Administração que atendessem a um dentre estes três requisitos: a) receber tal contratação por lei; b) ter por objeto a própria execução de um serviço público; c) conter cláusulas "exorbitantes".

Com as indagações formadas pela Corte de Estado Francesa, foi dado o passo inicial para o nascimento do contrato administrativo no ordenamento jurídico. Foi a partir dos aspectos supramencionados que foi possível a celebração dos contratos entre Estado e particular e a criação de um regime jurídico próprio aplicável a tais avenças.

Destaca-se, que o Brasil adotou de forma integral a teoria do contrato administrativo criada pela França.

No que tange a adoção desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 608):

A doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo a figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhes as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês.

Com a iniciativa dos juristas e doutrinadores franceses, as portas se abriram para aplicação do direito administrativo a estes ajustes, servindo de modelo e exemplo a outros países que aderiram ao conceito e regime franceses.

2.1 CONCEITO

A fim de desempenhar suas diversas atribuições o Estado se vale da técnica contratual.

Quando se fala em contrato, logo vem à mente o conceito básico seguido em nosso ordenamento: contrato nada mais é, que o acordo de duas ou mais pessoas com intuito de instituir uma relação jurídica.

Para Hely Lopes Meirelles (2008, p. 213), “Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos.”

Este conceito é amplamente válido para os contratos celebrados entre particulares. Porém, o que ocorre, quando uma das partes desta relação contratual é a Administração Pública?

No momento em que há um acordo de vontades realizado entre a Administração Pública e o particular em geral ou com outra entidade pública, há uma fuga da esfera contratual regida pelo Código Civil Brasileiro, e passa-se a observar outro conceito de contrato, denominado preliminarmente de contrato administrativo.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro auxilia a compreensão (2012, p. 259):

A expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, seguindo regime jurídico de direito público.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles (2011, p. 221):

Contrato administrativo 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.

Tem-se ainda, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 259):

Pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público.

Em que pese vulgarmente todos os contratos em que o Estado é parte serem denominados de contrato administrativo, a doutrina nos revela a subdivisão desta modalidade contratual.

Para auxiliar neste entendimento, Cretella Júnior (2002, p. 354) explica:

Celebram-se, nesses casos, ou contratos privados, contratos de direito comum, sujeitos as regras do direito civil ou comercial, ou então, contratos públicos, contratos administrativos, submetidos as regras que exorbitam do âmbito do direito comum. Ambos os contratos, contratos da Administração, são, antes de tudo, contratos da Administração, diferenciando-se, porém, quanto ao regime jurídico a que se submetem.

Quando pensa em uma relação contratual em que a Administração Pública é parte, pode-se delinear tal relação especificamente em duas modalidades. A primeira trata-se do Contrato Privado, que como o próprio nome induz nesta variante, vem do direito privado, regido especialmente pelo Código Civil Brasileiro. Alguns doutrinadores intitulam também como contratos semipúblicos, pode se indicado a título exemplificativo, o contrato de locação, onde o Estado figura na qualidade de locatário.

É esta a conclusão que se extrai do artigo 62, §3º da Lei 8.666/93 (que institui normas para licitação e contratos da Administração Pública) que derroga parcialmente a aplicação deste diploma aos contratos de seguro, financiamento e locação firmados pela Administração Pública. *In verbis*:

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

A segunda modalidade prevista é o contrato administrativo propriamente dito, também classificado como contrato administrativo clássico. Neste tipo de contrato, regido quase que exclusivamente pelo direito público, é a Administração que maneja toda a tratativa contratual como ocorre, por exemplo, com o contrato de obras, que encontra-se inclusive inserido da Lei 8.666/1993 Licitações e Contratos da Administração Pública.

2.1.1 Exigência Prévia de Licitação

Para a celebração do contrato administrativo, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, inciso, XXI, exige a realização prévia de licitação.

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

Assim, aponta Hely Lopes Meirelles (2008, p. 214):

Além dessas características substanciais, o contrato administrativo possui uma outra que lhe é própria, embora externa, qual seja, a exigência de prévia licitação, só dispensável nos casos expressamente previstos em lei valendo notar que, em face da legislação ambiental, a contratação com base em projeto básico só pode ocorrer após a obtenção da licença prévia ambiental.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 274), corrobora esse entendimento ao mencionar que a lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

A Autora também aborda a previsão constitucional da determinação de realização de licitação pública:

A própria Constituição Federal contém algumas exigências quanto ao procedimento; o artigo 37, XXI, exige licitação para contratos de obras, serviços, compras e alienações [...] A mesma exigência é feita por leis ordinárias, dentre as quais a Lei n. 8.666/93.

Conforme exposto, o contrato só será celebrado mediante anterior realização de licitação pública, salvo os casos de dispensa, inexigibilidade e licitação dispensada previstos nos artigos 24, 25 e 17 da Lei 8.666/93, respectivamente.

2.1.2 Finalidade

A celebração de qualquer contrato pressupõe um objetivo. Nos contratos administrativos, o objetivo será sempre de finalidade pública.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 265), “a finalidade, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder”.

Nesta mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho ajuda a assimilar o tema (2013, p. 180):

Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direito e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo curso do ajuste. O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração.

Quando se fala de finalidade pública, está-se falando de interesse coletivo, algo que deverá beneficiar em todo ou em parte a população de determinado local.

Não pode o Estado celebrar um contrato a fim de atender interesse particular, isso confrontaria a essência dos contratos administrativos e desviaria sua função social.

Assim, partindo do pressuposto que a celebração de um contrato em que a Administração é parte tem como finalidade atender a sociedade, existe a necessidade da proteção desse objeto, gerando então a inserção das denominadas cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos.

Nesta acepção, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 181) auxilia a compreender, que é congruente então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere a Administração posição de supremacia em relação ao contratado.

Importante se faz observar a lição de Lucas Rocha Furtado (2013, p. 417):

Os contratos administrativos têm como sua maior particularidade à busca constante pela realização do interesse público. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (Administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocadas em situação de igualdade. Embora o contrato somente vincule as partes se elas concordarem com a sua celebração, fato é, uma vez firmado o acordo, são conferidas a Administração Pública, com fundamento na supremacia do interesse público, prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata. Essa supremacia irá manifestar-se por meio de determinadas cláusulas contratuais denominadas cláusulas exorbitantes.

Nos contratos administrativos, diferentemente dos contratos privados, não vige o princípio da igualdade entre as partes, mas sim a preponderância da Administração sobre o particular, intitulada em nosso ordenamento jurídico de princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público consiste basicamente na ideia de que, havendo confronto entre o interesse privado e o interesse público, prevalecerá o público que poderá se manifestar então, através das cláusulas exorbitantes.

Em que pese o interesse coletivo se sobrepor sobre o privado, há de ser usado com cautela nos ditames contratuais com o particular.

Interesse público não pode tudo comportar. Ao se falar em interesse público, necessidade pública, pretende-se, reiteradas vezes preencher o conceito de qualquer maneira. Não se pode dizer que o interesse público é o escolhido pelo administrador. Interesse público só pode ser o qualificado pela norma. Interesse público nada tem a ver com o interesse do administrador (FIGUEIREDO, 2006, p. 531).

Além de o intuito do contrato ser necessariamente público, a Administração deve se ater ao real cumprimento deste interesse. Não pode o

Estado, através de seus administradores, ignorar o efetivo interesse público, razão pela qual a Administração é obrigada a motivar seus atos indicando inclusive a finalidade dos contratos administrativos.

2.2 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao falar sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, Odete Medauar (2008, p. 219) explana:

Ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo, emergiram suas características, que o diferenciavam do contrato de direito privado. Sendo órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. A defesa do interesse público levou a atribuição de prerrogativas a Administração, que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos pecuniários do particular contratado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 615), o regime do contrato administrativo, prevê o conjunto de prerrogativas em prol da Administração, dantes mencionadas e que são exercitáveis nos limites e termos da lei.

Também é importante apresentar o ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo, (2006, p. 525) quanto a não existência da autonomia da vontade no regime jurídico dos contratos administrativos:

De qualquer sorte, claro está que aos contratos chamados administrativos se atribuem traços especiais, traços conotadores. Trazemos a contexto, desde logo, o desnivelamento das partes a Administração Pública tem o dever de somente celebrar contratos cujo fim imediato seja de interesse público. Ademais, tem o dever de não dispor da coisa pública, que é indisponível. Portanto, não pode pactuar com autonomia da vontade.

Pode-se constatar a necessidade do Estado quanto à criação e aplicação de um regime jurídico próprio aos seus contratos, a fim de alcançar uma finalidade pública.

Este regime diferenciado apresenta-se na relação contratual através das cláusulas exorbitantes.

No próximo item, serão abordadas de forma profunda a definição destas cláusulas bem como suas especificações.

2.2.1 Cláusulas Exorbitantes

Furtado (2013, p. 417) aponta a definição das cláusulas exorbitantes, como sendo aquelas que extrapolam as regras do direito privado e conferem poderes de certa forma imoderados à Administração contratante em face do particular contratado.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 612) aborda a existência das prerrogativas especiais a Administração:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes denominadas de "exorbitantes, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Igualmente, Odete Medauar (2009, p. 219) explica:

Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se aos contratos administrativos. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art. 58 da Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração.

A criação de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é essencial ao seu cumprimento e finalidade social. Não poderia o Estado, simplesmente deixar suas relações contratuais vinculadas às normas de direito privado, isso geraria uma gigantesca insegurança jurídica da população para com a Administração no decorrer da execução e demais ocorrências oriundas da relação contratual.

Em que pese para muitas pessoas tais cláusulas conferirem à Administração um poder ilimitado, a existência destas torna-se imprescindível ao atendimento das atribuições estatais, não podendo o Estado obstar-se de introduzi-las em seus instrumentos contratuais.

2.2.2 Espécies de Cláusulas Exorbitantes

A Lei 8.666/1993 dispõe sobre a realização das licitações e contratos da Administração Pública, estabelecendo em seu artigo 58 a incidência das denominadas cláusulas exorbitantes. Veja-se:

O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere a Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – **modificá-los**, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos contratados; II – **rescindir-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. (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – 8.666/1993). (grifo nosso)

Em atenção à previsão legal supramencionada, é possível visualizar as prerrogativas conferidas a Administração durante a execução de um contrato.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 615) aborda de uma forma didática os privilégios conferidos na Lei 8.666/93 ao Poder Público:

O conjunto de prerrogativas em prol da Administração, a saber: a) de modificá-lo, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados ao disposto na lei; b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei; c) fiscalizar-lhe a execução; e d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Pode-se perceber que a Administração, no gozo de suas atribuições e por força de lei, pode modificar, rescindir, fiscalizar e aplicar sanções ao particular, durante o andamento do contrato administrativo. Para que melhor se entenda a abrangência das prerrogativas da Administração, no próximo item será explicada a incidência de cada cláusula na efetivação do contrato.

2.2.3 Alteração Unilateral

O artigo 58, inciso I, da Lei 8.666/93 estabelece a prerrogativa da Administração em modificar unilateralmente o instrumento contratual para

melhor adequação as finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

Para Lucas Rocha Furtado (2013, p. 417): “O interesse público é não só o fundamento da mutabilidade nos contratos administrativos, como também o critério de definição do seu real limite”.

Odete Medauar (2009, p. 219) aborda a alteridade, facultada ao Estado:

O regime jurídico público dinâmico do contrato administrativo permite que a Administração o modifique unilateralmente, portanto, sem depender do consentimento do particular contratado, com o fim de melhor adequá-lo as finalidades de interesse público.

Na mesma acepção, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 201) explica:

Ao contrário do que ocorre nos contratos privados, a Administração Pública pode alterar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos para melhor efetivação do interesse público, respeitados os limites legais e de forma justificada.

A hipótese de alteração unilateral do contrato por parte da Administração visa o atendimento a um interesse puramente público. Tal cláusula já se encontra previamente inserida no instrumento contratual anteriormente a assinatura das partes.

A modificação contratual unilateral garante à Administração o poder de remodelar aquele contrato anteriormente realizado, a fim de atender de forma satisfatória uma finalidade pública.

Ainda, a Lei 8.666/93 preceitua outra hipótese de alteração contratual unilateral por parte da Administração:

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; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei. (grifo nosso)

Para Odete Medauar (2009, p. 220), ao se examinar o artigo acima mencionado, se faz necessária a observância de dois prismas:

O primeiro diz respeito ao chamado equilíbrio econômico financeiro, também denominado equação financeira do contrato. O equilíbrio econômico-financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 277) vê no inciso I, alínea a do artigo 65 da Lei 8.666/93 a possibilidade de alterações qualitativas, quando surge a necessidade de modificar o próprio projeto ou as suas peculiaridades.

Assim, a Administração visando à melhor adaptação técnica a um determinado planejamento, pode modificar unilateralmente o contrato anteriormente ajustado para alcançar seu objetivo.

Partindo da análise da segunda parte do artigo 65, Odete Medauar (2009, p. 220) explana:

Outro prisma refere-se aos limites de acréscimo e supressão do objeto do contrato fixados na lei. Assim, o contratado fica obrigado a aceitar nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões nas obras, serviços e compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até 50% para seus acréscimos (§ 1.º do art. 65).

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 277), a previsão do inciso I, alínea b, prevê a modalidade denominada quantitativa “porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto”.

Portanto, quando se faz imperiosa a alteração do valor contratual devido à derivação de acréscimo ou diminuição na quantidade de seu objeto, poderá a Administração modificar unilateralmente o contrato, respeitados os limites estabelecidos em lei.

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 216) ainda aponta:

Nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito a imutabilidade do contrato ou a sua execução integral ou, ainda, as suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

Em que pese o Estado poder modificar o contrato sem oposição do particular, haja vista a previsão legal desta cláusula, a Administração deve observar os direitos do contratado, não podendo o particular sair prejudicado na relação contratual diante de uma eventual modificação.

Considerável se faz a lição de Lucas Rocha Furtado (2013, p. 418) quanto à alteração do contrato administrativo:

Devemos observar que em hipótese alguma, em nome de se alterar quantitativa ou qualificativamente contrato administrativo, pode ocorrer a transmutação do objeto contratado. Não pode ser transformada, por ilustração, a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria.

É facultado legalmente à Administração modificar seu contrato unilateralmente, de forma a atender um interesse público, porém, de maneira alguma, pode utilizar esta alteração contratual com o fim de desvirtuar o objeto do contrato. Neste caso, não se poderia referir a uma modificação contratual, mas sim a um novo contrato, com outro objeto.

2.2.4 Rescisão Unilateral

A rescisão unilateral do contrato administrativo está prevista no artigo 58, inciso II, da Lei 8.666/93, juntamente com os artigos 79, inciso I e 78, incisos I a XII e XVII da mesma Lei.

Para Odete Medauar (2008, p. 216), “a rescisão é a cessação da eficácia do contrato antes de encerrado o término do seu prazo de vigência.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 279), divide os motivos que ensejam a rescisão unilateral do contrato, em quatro grandes grupos, a saber:

I – inadimplemento com culpa (incisos I a VIII e XVIII do artigo 78): envolve pressupostos como não cumprimento ou cumprimento desnivelado das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (exceto se permitidas no instrumento convocatório e no contrato), não atendimento a determinações legais de autoridade responsável para acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, cometimento reiterado de faltas;

II – inadimplemento sem culpa, que abrange hipóteses que caracterizem o desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou o comprometimento a execução do contrato (incisos IX a XI do artigo 78): a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil, a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado, a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato. Ressalta-se que, no caso de concordata, a Administração é autorizada a dar continuidade ao contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais, em obediência ao artigo 80, § 2.º da lei.

III – razões de interesse público, em conformidade com o inciso XII do artigo 78;

IV – caso fortuito ou de força maior, consoante ao inciso XVII, do artigo 78;

Nas hipóteses de a rescisão contratual se dar por inadimplemento com culpa ou sem culpa do contratado, nada deve a Administração ao mesmo, eis que a rescisão ocorreu por atos realizados pelo próprio contratado. Nestas duas modalidades de rescisão, o contratado poderá sofrer consequências

quanto ao inadimplemento contratual. Havendo culpa do contratado, o mesmo deverá ressarcir os prejuízos causados à Administração, bem como estará sujeito a aplicação das sanções administrativas.

2.2.5 “Exceptio Non Adimplenti Contractus”

A exceção do contrato não cumprido, utilizada nos contratos particulares e consubstanciada no artigo 1092 do Código Civil Brasileiro, permite às partes a suspensão da execução contratual enquanto a outra parte não adimplir suas obrigações.

Assim explica Cláudio Cairo Gonçalves (2007, p. 117) ao abordar o tema:

No que concerne a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimplenti contractus*), instituto tipicamente do direito privado, previsto no Código Civil no seu artigo 1.092, tem-se a possibilidade de só poder exigir o implemento da obrigação da outra parte após o cumprimento da sua obrigação estatuída no contrato.

Seria possível então invocar o “*exceptio non adimplenti contractus*” nos contratos administrativos?

Em regra, não seria praticável utilizar tal faculdade na relação contratual em que a Administração é parte, haja vista não ser lícita a interrupção da execução do contrato em virtude do princípio da continuidade, mesmo na hipótese de a Administração se tornar inadimplente com o contratado.

A fórmula latina *exceptio non adimpleti contractus*, significa a possibilidade, conferida a uma parte, de invocar o descumprimento de cláusulas contratuais, pela outra parte, para deixar de cumprir obrigações contratuais que lhe cabem. Tal exceção vigora nos contratos privados. Na teoria clássica do contrato administrativo

firmou-se diretriz inversa, ou seja, o contratado não poderia invocar o descumprimento, pela Administração, de cláusulas contratuais, para eximir-se do cumprimento de seus encargos (MEDAUAR, 2008, p. 221).

Em que pese preliminarmente não ser aplicável o instituto da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos, a Lei 8.666/93, em seu artigo 78, prevê de forma expressa as hipóteses de aplicação do *exceptio non adimplenti contractus*. Vejamos uma das hipóteses previstas pelo legislador:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – 8.666/1993).

Nesse viés, Matheus Carvalho (2015, p. 537) explica:

Sendo assim, por expressa dicção legal, a exceção do contrato não cumprido poderá ser aplicada aos contratos administrativos, todavia, o direito de paralisar a execução do contrato somente surge ao particular caso a Administração Pública seja inadimplente por mais de noventa dias.

Desta forma, vislumbra-se que o contratado sustentará o inadimplemento público por até noventa dias, podendo apenas invocar a exceção do contrato não cumprido depois de escoado este prazo

Conclui-se que, como preceito geral, não poderá o contratado interromper a execução do contrato, em obediência ao princípio da continuidade do serviço público, podendo apenas apelar à exceção do contrato não cumprido nos casos especificamente permitidos em Lei, em decorrência do inadimplemento da Administração.

2.2.6 Fiscalização

A prerrogativa estabelecida pela lei quanto à fiscalização por parte da Administração na execução do contrato soa mais como um dever do que propriamente um direito.

Para Odete Medauar (2008, p. 221) “a Administração é conferido o direito, que é principalmente dever, de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III).

Matheus Carvalho (2015, p. 538), complementa o estudo ao explicar:

A Administração Pública deve designar um agente público que ficará responsável pela fiscalização na execução contratual, aplicando penalidades e exigindo o cumprimento das obrigações da contratada. Neste sentido, a lei 8.666/93, em seu art. 67 determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

A fiscalização pela Administração na execução do contrato é imprescindível ao seu cumprimento, tendo em vista tratar-se de uma finalidade coletiva realizada através de dinheiro público.

É dever do contratado manter um preposto aceito pela Administração no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato, consoante o disposto no artigo 68 da lei.

Importante destacar neste tópico a decisão prolatada na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16/2010, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1.º da Lei 8.666/93, afastando a responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas da

empresa. Porém, caso o pagamento aos funcionários não seja fiscalizado pela Administração, surge então a responsabilidade por omissão.

2.2.7 Ocupação Provisória

Para Matheus Carvalho (2015, p. 539) a ocupação provisória “trata-se de cláusula exorbitante que visa a garantia do princípio da continuidade do serviço”.

Fernanda Marinela (2015, p. 494) corrobora ao estudo ao explicar:

Há a ocupação provisória de móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato visando à proteção da continuidade dos serviços públicos. Verificado o inadimplemento do contrato por parte da empresa contratada, a Administração poderá rescindir o contrato. Tal providência também é possível por razões de interesse público.

Verifica-se, que o Estado poderá apropriar-se de forma temporária de bens móveis e imóveis a fim de garantir a ininterrupção do serviço público.

Em consonância com o artigo 58, IV, consiste na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na circunstância da rescisão do contrato administrativo.

Em que pese Administração possuir a prerrogativa de ocupação temporária de bens, deve ser garantido ao contratado o direito de defesa.

Nesse viés, Matheus Carvalho (2015, p. 539) explica:

A ocupação temporária deve ser precedida de processo administrativo no qual sejam assegurados o contraditório e ampla defesa ao particular contratado, sendo garantido ainda, o direito de indenizações por eventuais prejuízos causados.

Contudo, deverá a Administração instaurar devidamente o processo administrativo, para valer-se de sua prerrogativa de ocupar temporariamente determinado bem, propiciando ao particular o seu direito constitucional do contraditório e ampla defesa.

2.2.8 Aplicação de Sanções

Entre os poderes inerentes à Administração está o de aplicação de sanções administrativas, motivadas pela inexecução total ou parcial do contrato, conforme regula o artigo 58 em seu inciso IV da Lei 8666/93.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 513) a aplicação das penalidades administrativas pela Administração Pública, em caso de descumprimento por parte do particular na execução do contrato independe de prévia manifestação do Poder Judiciário.

Neste sentido, também explica a doutrinadora Odete Medauar (2008, p. 222):

Dentre as prerrogativas da Administração está a imposição de sanções ao contratado, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato (art. 58, IV), sem necessidade de pronunciamento de qualquer outro poder ou órgão.

A existência destas sanções visa coibir o contratado de inadimplir com o pactuado. Destaca-se que, conforme exposto pelos doutrinadores acima citados, a aplicação destas penalidades administrativas independem da anuência ou intervenção do Poder Judiciário, eis que a Administração goza

desta prerrogativa decorrente do princípio da autoexecutoriedade, que permite ao Estado executar seus próprios atos.

O artigo 87 da Lei 8.666/93 prevê as espécies existentes de sanções e sua forma de aplicação.

No próximo capítulo, serão abordadas as modalidades de sanções decorrentes dos contratos administrativos e os requisitos inerentes a sua aplicação.

3 SANÇÕES CONTRATUAIS PREVISTAS NA LEI 8.666/93 E O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA SUA APLICAÇÃO

“A Administração Pública no exercício de sua função administrativa poderá aplicar sanções de natureza punitiva, sanções estas que decorrem de inobservância das condutas desejadas pelo ordenamento jurídico.”

Wania Brito

A Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, disciplina as espécies de sanções que incidem no caso de descumprimento parcial ou total das obrigações assumidas pelo contratado.

Nos termos do art. 87 da Lei 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: 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. (grifo nosso)

Ao falar das sanções previstas no artigo 87, Marçal Justen Filho (2008, p. 813) explica “que ela contemplou um elenco de sanções, mas não definiu de modo razoavelmente preciso, as hipóteses de sua aplicação.”

Neste sentido, Odete Medauar (2014, p. 236) afirma:

Com efeito, a previsão das conseqüências legais não foi precedida da descrição dos fatos que, se verificados, dão azo a aplicação das sanções previstas. O caput do artigo limita-se a dizer que as sanções previstas devem ser aplicadas “**pela inexecução total ou parcial do contrato**”, sem elucidar, por exemplo, quando a Administração deve aplicar pena de advertência ou quando deve proibir que o contratado celebre novos contratos com o poder público. (grifo do autor)

Percebe-se uma crítica dos doutrinadores ao abordarem a maneira como o legislador dispôs sobre a aplicação das penalidades administrativas, eis que o artigo 87 não prevê a forma de aplicação das sanções e nem as respectivas hipóteses de incidência. Assim, resta à Administração pública uma grande margem de discricionariedade em sua aplicação.

A competência punitiva é da própria entidade interessada, o que exige uma observância de garantias em favor do sujeito privado. O regime sancionatório contempla diversas figuras punitivas, cuja aplicação é vinculada a dimensão objetiva da ilicitude. Afinal, certas condutas são destituídas de potencial nocivo mais intenso e a sanção apropriada deve ser mais branda (FILHO, 2014, p. 577).

Nota-se que com o preceito de inexecução total ou parcial do contrato o particular fica à mercê da Administração, que irá decidir quais fatos resultam nesta inexecução e qual tipo de sanção seria aplicável ao caso concreto.

Passa-se, então, a analisar quais seriam as sanções que incidem em caso de inexecução total ou parcial do ajuste por parte do contratado.

3.1 ADVERTÊNCIA

Para Marçal Justen Filho (2014, p. 578), “a advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade”.

Ainda, Matheus Carvalho (2015, p. 539), corrobora o estudo ao falar que a advertência deverá ser sempre por escrito a fim de sancionar infrações de menor potencial gravoso praticadas pelo particular.

A previsão do inciso I, do artigo 87, remete-se então a faltas de natureza leve realizadas pelo contratado e que não ensejem prejuízo a Administração.

Em que pese a sanção de advertência enquadrar-se como uma infração de menor gravidade, sua aplicação exige forma escrita, garantindo o direito ao contraditório e ampla defesa ao interessado. Isto porque a existência de uma penalidade de advertência aplicada poderá ser levada em consideração como situação agravante em aplicações futuras de penalidades.

3.2 MULTA

Ao passo em que se avança no estudo das sanções elencadas no artigo 87, vislumbra-se a ordem crescente na aplicação sancionatória, conforme a gravidade da infração cometida.

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 (FILHO, 2014, p. 577).

A multa, por exemplo, poderá ser aplicada baseada em uma conduta reiterada do contratado, referente ao acontecimento de ínfimos descumprimentos.

A Lei também prevê no §1º do artigo 87, que se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, o contratado além de perdê-la, irá responder pela diferença remanescente, sendo descontados do pagamento eventualmente devidos pela Administração ou cobradas via judicial.

Já o § 2º, do mesmo dispositivo, garante à Administração o poder de aplicar as sanções de advertência, suspensão e impedimento, e a declaração de inidoneidade cumulativamente com a sanção de multa, garantido ao contratado o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação de defesa prévia.

Além disso, a incidência da multa não afasta a possibilidade de rescisão unilateral do contrato (a ser adiante analisada), conforme dispõe o art. 86, §1º da Lei 8.666/93:

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração **rescinda unilateralmente** o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. (grifo nosso)

Percebe-se, que o legislador ao prever esta regra, buscou pela efetivação concreta do contrato, ao passo que o contratado, não terá apenas a sanção de multa imposta, mas poderá também sofrer com a rescisão do contrato, bem como estar sujeito a outras penalidades dispostas na Lei.

Assim, a Administração decide quanto à aplicação da sanção de multa e exige o cumprimento do pagamento ao particular sem necessitar de intervenção judicial para tal, tendo em vista o seu poder de autoexecutoriedade.

3.3 SUSPENSÃO TEMPORÁRIA

Importante se faz observar a lição de Márcio Fernando Elias Rosa (2011, p. 65) ao abordar a aplicação da sanção de suspensão temporária:

A penalidade importa a proibição de o contratado participar de licitação ou de vir a ser contratado por prazo não superior a dois anos. Depende de regular processo de apuração da responsabilidade administrativa pela inexecução contratual e fica restrita ao âmbito do órgão competente. Pode ser aplicada conjuntamente com advertência e multa.

Para Lucas Rocha Furtado (2013, p. 427) “sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária”.

Conclui-se que justificativa para a aplicação da sanção de suspensão, consiste no cometimento de falta grave por parte do contratado. Ao aplicar esta sanção, o Estado deverá levar em conta o dano causado ao erário e o atendimento ao objeto final do contrato. Destaca-se ainda que a duração da pena administrativa não poderá ser superior a 2 (dois) anos, podendo a Administração estipular o tempo de vigência da sanção em tempo inferior, observados a gravidade da inexecução.

3.4 DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Observe-se a lição trazida da Revista de Direito Público da Economia (2013, p. 110)

A sanção de declaração de inidoneidade – penalidade mais gravosa que pode incidir nos licitantes e nos contratados, devendo ser reservada para situações graves, que denotem comportamentos

dolosos e orientados pela má-fé por parte dos licitantes ou contratados.

Nesta acepção, Matheus Carvalho (2015, p. 540) auxilia o estudo ao explicar:

Declaração de inidoneidade enseja proibição de licitar e 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 de sanção aplicada que, também não pode ultrapassar dois anos.

Nítida se faz a compreensão de que aplicação da sanção de declaração de inidoneidade funda-se no cometimento de falta gravíssima pelo particular na execução do contrato. Logo, por se tratar de uma penalidade dura, a falta cometida pelo contratado deverá se adequar a tipicidade da sanção imposta.

O peso desta sanção é tão grande que a lei estabelece a exigência de autoridade competente a sua aplicabilidade. A competência exclusiva da aplicação da penalidade está incumbida ao Ministro do Estado, ao Secretário Estadual, ou Municipal, conforme o caso, garantindo para tanto o direito de defesa do interessado no prazo de 10 (dez) dias, podendo ser requerida pelo contratado a reabilitação após escoado o prazo de 2 (dois) anos de sua aplicação.

3.4.1 Distinção Fundada na Competência para Imposição das Sanções de Suspensão e Declaração de Inidoneidade

Ao se observar os incisos III e IV do artigo 87, percebe-se que o legislador utilizou uma nomenclatura diferente ao tratar da Administração Pública, levando a crer que seria distinto o órgão competente para aplicação das sanções.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 285) aduz que: “Os incisos III e IV do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem a Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades.”

Nesse viés,

O inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/93 estabelece que a suspensão temporária do direito de licitar é aplicável somente pela Administração. Apesar de a doutrina não fazer distinção entre Administração e Administração Pública, o legislador quis considerar, para os fins da Lei n. 8.666/93, que o sentido da palavra Administração é o descrito no inciso XII do art. 6º e o sentido de Administração Pública é aquele previsto no inciso XI do mesmo artigo (REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS, 2011, p. 238).

Entende-se que, quando a lei mencionar tão somente Administração estará se reportando ao órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já no caso da menção de Administração Pública, prevista no inciso IV, do artigo 87, tem-se a impressão que o legislador objetivou dar maior abrangência a aplicação da sanção, no caso, da declaração de inidoneidade, definindo então a Administração Pública, em consonância com o inciso XIII, do artigo 6º, a administração direta e indireta da União, dos Estados e Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

3.5 INCIDÊNCIA DAS PENALIDADES DO ARTIGO 87, INCISO III E IV NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Muito se discute a respeito da extensão das penalidades de suspensão temporária e declaração de inidoneidade na esfera administrativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, vigoram três distintas correntes em relação a incidência destas sanções.

3.5.1 Incidência Restritiva da Sanção de Suspensão Temporária e Incidência Extensiva da Sanção de Declaração de Inidoneidade

Destaca-se a lição trazida por Márcio Fernando Elias Rosa (2011, p. 65):

Enquanto a suspensão temporária (de até dois anos), que somente impede a contratação ou a participação de licitação pelo órgão ou entidade que a realizou (por exemplo, uma Secretaria de Estado), não se estende a outros (como a outras Secretarias), a declaração de inidoneidade, que sempre pressupõe conduta mais gravosa, estende-se a toda a Administração contratante (a todas as Secretarias de Estado, por exemplo). Nesta hipótese, a reabilitação é possível depois de passado dois anos.

No mesmo viés, José Torres Pereira Júnior (2011, p. 860) explica:

A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida

perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública.

Apreende-se da lição doutrinária citada que, quando da aplicação da suspensão temporária de licitar, esta incide somente no âmbito do órgão aplicador da sanção, eis que a redação do inciso III do artigo 87 menciona tão somente Administração. Já quanto à aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, a mesma abrange toda Administração Pública, em concordância com o texto do inciso IV, do artigo 87, haja vista também ser a infração mais gravosa adotada pelo legislador.

3.5.2 Incidência Restritiva das Sanções de Suspensão Temporária e Declaração de Inidoneidade

A segunda corrente invocada pela doutrina define que a penalidade de suspensão temporária e a declaração de inidoneidade possuem caráter restritivo.

Assim explica José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 222):

Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no artigo 3º, § 1º, I, do Estatuto.

Neste mesmo sentido Marcos Juruena Villela (2005, p. 355) explica:

A pena de declaração de inidoneidade, assim como a suspensão do direito de licitar, se restringe a Administração que a aplicou, por força do princípio federativo, contido nos arts. 1 a 18 da Constituição Federal, que assegura a autonomia as entidades federadas; só assim pode ser entendida o crime previsto na Lei de Licitações de contratar com pessoa declarada inidônea perante a Administração; afinal, as normas de rejeição social, como as penais não podem ter interpretação ampliada.

Deste modo, esta segunda corrente defende que a aplicação de suspensão temporária ou de declaração de inidoneidade imposta ao contratado, não produz efeitos em outras esferas do âmbito administrativo, tendo somente sua extensão sancionatória ao ente que aplicou a sanção.

3.5.3 Incidência Extensiva das Sanções de Suspensão Temporária e Declaração de Inidoneidade

Na terceira e última corrente existente, há o entendimento que ambas as sanções alcançam todas as licitações e contratações levadas a efeito por quaisquer dos órgãos dos três Poderes de todos os entes federativos.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 225) auxilia no estudo do tema:

As sanções possuem efeitos extensivos e podem ser invocadas por todos os Entes federados, pois, se uma empresa foi punida em razão do cometimento de faltas graves, sua contratação pelos demais Entes colocaria em risco o interesse público.

Na mesma linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 223) afirma que:

Não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é uma, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha SUS própria estrutura.

Conclui-se que a incidência extensiva, visa à aplicação da sanção de suspensão e declaração de inidoneidade no âmbito de toda a Administração Pública. Nesta corrente, não importa se o contratado foi sancionado com a suspensão temporária de licitar, por exemplo, pela Prefeitura de determinada localidade, tal sanção irá produzir efeitos em todo âmbito da Administração.

Salienta-se, que este vem sendo o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à extensão da sanção da declaração de inidoneidade:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. 1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo. 2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. Nesse sentido: EDcl no REsp 1021851/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009. 3. "Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública" (art. 87 da Lei 8.666/1993). 4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à "Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público

e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. 5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. **Dessa maneira, conseqüência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União.** 6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. 7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. **8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.** 9. Recurso Especial provido (REsp 520.553/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 10/02/2011) (grifo nosso).

Sobre a suspensão temporária de licitar, o Superior Tribunal de Justiça adotou o mesmo ajuste quanto à incidência extensiva da sanção:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. 1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido. (REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 294) (grifo nosso).

Percebe-se a preocupação do Judiciário com relação à conduta dos particulares frente à celebração do contrato administrativo.

Se um contratado deixa de cumprir com suas obrigações perante determinado ente da administração, ensejando então a inexecução parcial ou total do contrato, não se pode permitir que este mesmo contratado, celebre um novo contrato com outro órgão da Administração Pública. Isto porque, conforme

relatado na decisão supramencionada, a eficácia da sanção se perderia, haja vista que o sujeito penalizado iria poder contratar com qualquer outro ente federativo.

Por fim, interessante se faz mencionar a criação do CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, criado pelo Governo Federal. O CEIS é composto por um banco de informações mantido pela Controladoria-Geral da União que tem como objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, visando dar mais facilidade ao administrador ao contratar com determinada empresa, podendo verificar através deste canal, se a empresa possui ou não alguma das sanções com a Administração (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL, 2015).

3.6 OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DERIVADAS DA INEXECUÇÃO CONTRATUAL

Além da multa prevista no artigo 87, a Lei 8.666/93 estabelece outro tipo específico de multa, denominada multa de mora, listada no artigo 86 da mesma legislação:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Fernanda Marinela (2015, p. 511) aduz:

Na hipótese de atraso injustificado: (artigo 86 da referida Lei) aplica-se multa de mora prevista no edital, ou no contrato, que após o devido procedimento administrativo, deve ser descontada da garantia. Entretanto, dependendo do caso, o atraso pode dar causa à rescisão e a aplicação das outras sanções previstas em lei.

Revela-se, que a multa de mora tem como objetivo punir o contratado quando o mesmo acarretar a procrastinação na execução do contrato. Trata-se de uma forma de a Administração dizer ao contratado que não irá tolerar, por exemplo, o atraso na entrega de uma obra. A multa de mora é de extrema importância na relação contratual, ela inibe o particular de inadimplir suas obrigações frente ao Estado, visando à satisfação da entrega do objeto no tempo acordado entre as partes.

Ademais, consoante ao já afirmado, a Administração Pública possui a prerrogativa de rescindir seus contratos de forma unilateral, conforme prevê o artigo 58 da Lei 8.666/93, sem necessitar de qualquer intervenção judicial para tal.

Além das hipóteses já estudadas na presente pesquisa, a Lei regula outras circunstâncias que configuram a inexecução do contrato administrativo, ensejando então sua rescisão.

O artigo 77 e seguintes da legislação fazem menção a estas hipóteses:

A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento. Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII -

o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; (...) Parágrafo único. Os casos de **rescisão contratual** serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (grifo nosso).

Atente-se à lição trazida por Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 207):

As hipóteses que podem justificar a rescisão unilateral dos contratos administrativos estão elencadas no artigo 78 da Lei 8.666/1993 e podem ser divididas em dois grandes grupos: (i) rescisão com culpa do particular (ex: não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, subcontratação sem autorização da Administração); e (ii) rescisão sem culpa do particular (ex: caso fortuito ou força maior). A rescisão unilateral deve ser motivada, bem como precedida, de ampla defesa e de contraditório (art. 78, parágrafo único, da Lei).

Ainda, Marçal Justen Filho (2014, p. 565) auxilia a compreensão do conteúdo abordado:

Os casos de inadimplemento imputável ao contratado estão contemplados nos inc. I a XVIII do art 78. Examinando o elenco referido, é possível anotar que existem situações bastante distintas. Há condutas de inadimplemento propriamente dito, em que se configura a inexecução das prestações contratuais, tal como se vê nos casos referidos nos inc. I a VIII do art. 78, mas também se admite a rescisão por inadimplemento do particular em vista de eventos que fazem presumir a impossibilidade de cumprimento das prestações contratuais, situações referidas nos inc. IX a XI.

Ao observar o disposto no artigo 78, vislumbra-se as inúmeras possibilidades que ensejam a inexecução total ou parcial do contrato e sua consequente rescisão por parte Administração.

Destaca-se que ao se observar o disciplinado na doutrina supracitada, há um fracionamento destas hipóteses de rescisão em duas vertentes, a primeira caracteriza-se basicamente pela culpa do contratado, que motivou a inexecução do contrato, e por outro lado, há as circunstâncias em que o particular age sem culpa, por fatos alheios a sua vontade.

Ademais, o artigo 79 da Lei 8.666/93, preceitua que a rescisão do contrato poderá ser proposta por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos previstos nos incisos I a XII e XVII do artigo 78, como por exemplo, nos casos de descumprimento de cláusulas contratuais por parte do contratado no que tange ao não atendimento de prazos convenionados.

Importante ainda salientar as consequências dispostas na Lei 8.666/93 ao contratado inadimplente, independentemente da rescisão do contrato. A saber:

Art. 80. **A rescisão** de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei; III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração. § 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta. § 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais. § 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. § 4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

Matheus Carvalho (2015, p. 536) aborda as consequências da rescisão contratual ao explicar:

Se o particular é inadimplente, normalmente, ele deverá indenizar a Administração Pública pelos danos causados em virtude do

inadimplemento. De fato, em caso de inadimplemento do particular contratado, o Poder Público deverá assumir imediatamente o objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, ocupar, utilizar o local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato necessárias a sua continuidade, executar a sua garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a elas devidos, retendo os créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados a Administração. Todas essas medidas independem da aplicação das penalidades cabíveis em virtude do descumprimento contratual.

Depreende-se, que Lei visa de todas as maneiras proteger o cumprimento do objeto do contrato, de forma que atinja sua finalidade.

Os efeitos causados ao contratado que descumpriu o ajuste, ocasionando sua inexecução, são rígidos e onerosos. A mão pesada do Estado, ao exercer o disposto no artigo 80 da Lei, possui como pressuposto princípios chaves já estudados na elaboração desta pesquisa, tais como a supremacia do interesse público sobre o particular, bem como a indisponibilidade do interesse público.

Desta forma, é obrigação do Estado aplicar minuciosamente o disposto em Lei diante de eventual descumprimento contratual, visando atender uma finalidade coletiva.

3.7 PROCESSO ADMINISTRATIVO

A fim de resguardar o direito constitucional do contraditório e ampla defesa, prevista no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, inciso LV, o caput do artigo 87, assegura a defesa prévia ao contratado preliminarmente à aplicação de sanção.

Assim, aponta Matheus Carvalho (2015, p. 541)

A aplicação de quaisquer uma das sanções previstas na Lei 8.666/93 deve ser precedida de processo administrativo em que se garantam ao particular a ser sancionado o contraditório e a ampla defesa.

No ano de 1999, foi criada a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito federal.

Apesar da norma mencionar aplicabilidade da Lei a esfera da Administração Pública Federal, utiliza-se na maioria dos processos administrativos contidos na esfera estadual e municipal, a referida lei como parâmetro.

Tendo a Administração a intenção de aplicar determinada penalidade ao contratado, deve se ater ao requisito principal a aplicação da sanção, qual a seja a instauração do processo administrativo.

3.7.1 Conceito

Para Odete Medauar (209, p. 167) “o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, ante a Administração”.

Diógenes Gasparini (2012, p. 1082) explica o conceito amplo de processo administrativo:

Destarte, processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e deus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses públicos e privados a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

Conclui-se, que o processo administrativo constitui um método de apuração de determinados atos, garantindo ao sujeito o contraditório e ampla defesa, a fim de solucionar um impasse.

A doutrina traça diferenças entre a definição de processo e procedimento administrativo.

Para Matheus Carvalho, (2015, p. 1113) “procedimento administrativo se traduz na forma pela qual os atos do processo se desenvolvem.”

Neste mesmo sentido, Odete Medauar (2009, p. 167) explica:

Procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, autuação dos sujeitos sob o prisma contraditório.

Verifica-se que o procedimento nada mais é do que o rito a ser seguido na abertura do processo administrativo. Assim, o procedimento englobaria as fases do processo administrativo como, por exemplo, a instauração ou instrução, que serão abordadas no decorrer deste trabalho.

3.7.2 Finalidade

Salienta-se a lição de Diógenes Gasparini (2012, p. 1087) com relação à finalidade do processo administrativo:

Pode-se dizer que, precipuamente, o processo administrativo tem por finalidade específica o registro de ato da Administração Pública, o controle da conduta dos seus agentes e administrados, a

compatibilização do interesse público e privado, a outorga de direitos e a solução de controvérsias entre a Administração Pública e seus agentes ou administrados.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 487) a observância do processo administrativo visa atender dois objetivos. O primeiro refere-se à proteção aos administrados e o segundo a atuação administrativa.

O resguardo dos direitos dos administrados citado pelo doutrinador consiste na ideia de estabelecer o controle da própria Administração ao longo da formação do processo, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade conferida à Administração na tomada de decisões.

Já a atuação administrativa levantada como segundo prisma, corresponde à tomada de decisão mais correta por parte da Administração, para a solução do conflito objeto do processo administrativo.

Assim, depreende-se que o processo administrativo possui dupla finalidade: a resolução de determinado impasse, observando o interesse público propriamente dito, bem como garantir ao particular o exercício de seu direito de defesa.

3.7.3 Fases do Processo Administrativo

A abertura do processo administrativo no decorrer de sua execução é sucedida por etapas até a decisão final do processo.

Neste sentido, Diógenes Gasparini (2012, p. 1087) esclarece:

Os atos ordenados e cronologicamente praticados no desenrolar do processo administrativo são, em razão da finalidade que têm agrupados em fase. Estas não indicam um espaço de tempo previamente determinado nem tem momento certo de início e término.

Como preceito geral, o processo administrativo possui três fases, sendo elas a instauração, instrução, e decisão, obedecendo cronologicamente esta ordem.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2014, p. 697) “quanto a instauração, estabelece que pode dar-se de ofício (em atendimento ao princípio da oficialidade) ou a pedido do interessado”.

A fase de instauração do processo administrativo, também pode ser denominada como fase introdutória ou inicial, conforme leciona Odete Medauar (2009, p. 177):

Fase introdutória ou inicial, integrada por atos que desencadeiam o procedimento – o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou por iniciativa de interessados (particulares, individualmente ou em grupo, e servidores para pleitear direito, por exemplo).

Vê-se então, que o processo administrativo pode ser instaurado tanto por iniciativa da própria Administração, quanto do particular contratado.

À instauração, segue-se a instrução. A fase instrutória no processo administrativo consiste na mais importante etapa do processo, eis que nesta fase serão colhida as provas pertinentes a solução do caso.

Nesta acepção, Matheus Carvalho (2015, p. 1132) explica:

A fase instrutória é a fase de dilação probatória nos procedimentos administrativos, em busca da verdade dos fatos, com vistas a obter uma decisão justa e devidamente fundamentada. Em decorrência do princípio da oficialidade, a produção de provas em processo administrativo pode ser feita pelo interessado ou pela própria administração pública, de ofício, independentemente de provocação do particular.

Pode a Administração Pública nesta fase realizar as diligências necessárias, bem como produzir outros meios de prova tal como a testemunhal

ou documental a fim de buscar a verdade real dos fatos para solucionar o objeto do processo administrativo instaurado.

Assim, em consonância ao disposto no artigo 29 da Lei 9784/99, as atividades e instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

Vislumbra-se que tanto a Administração quanto o contratado, possuem o direito de produção de provas no processo administrativo. Nada mais justo, eis que através de tais provas, que será possível averiguar o ocorrido no caso concreto para o conseqüente desfecho.

É também durante a fase de instrução que o administrado terá direito à apresentação de defesa prévia mencionada no artigo 87 da Lei 8.666/93 como requisito para a aplicação de quaisquer das sanções dispostas no mesmo artigo.

Nesta acepção, Luciano Elias Reis, (2012, p. 7) explica:

Ao exercer seu direito de apresentar defesa prévia, o licitante ou o contratado estará fornecendo subsídios capazes de contribuir para a formação da convicção da autoridade, a qual em razão de seu dever-poder de natureza vinculada deve decidir quanto à aplicabilidade das medidas sancionatórias. A necessidade de oportunizar a defesa prévia para que o interessado no processo administrativo sancionador possa exercer o seu direito à contraditório e à ampla defesa antes de qualquer decisão é considerada como condição de validade dos processos, tanto que os Tribunais Pátrios são unânimes em assegurar tal direito, bem como em declarar a invalidação de processos que inobservam tais direitos.

Vislumbra-se que a garantia de defesa prévia decorre de lei e deverá ser obrigatoriamente observada pela Administração quanto à aplicação da sanção.

A inobservância da Administração quanto à realização da defesa prévia ao interessado enseja a nulidade do ato, conforme se evidencia na decisão abaixo.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE SANÇÃO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - Não obstante a parte agravada não tenha cumprido devidamente contrato administrativo, **a aplicação da penalidade deve ser precedida do devido processo legal, pois não se concebe um processo administrativo que, antes mesmo de formado o contraditório, já impõe sanção ao administrado.** - Agravo de Instrumento improvido.(TRF-5 - AGTR: 58062 CE 0027484-72.2004.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 12/07/2005, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 14/09/2005 - Página: 1131 - Nº: 177 - Ano: 2005) (grifo nosso).

Isto posto, verifica-se que a Administração deve respeitar o contraditório e ampla defesa, garantindo o direito de apresentação de defesa prévia, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contadas a partir do recebimento da notificação ao interessado e respeitando o devido processo legal.

Ressalta-se, que no caso da aplicação de declaração de inidoneidade, o prazo para apresentação de defesa prévia será maior, de 10 (dez) dias.

Encerrada a instrução, o art. 44 da Lei 9.784/99 prevê que o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

Apresentadas as alegações, terá lugar a elaboração de relatório, conforme dispõe o art. 47 da Lei 9.784/99:

Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

Encerrada a instrução, tem lugar a fase decisória.

Nota-se o dever de decidir da Administração expresso no artigo 48 da Lei 9784/99 que determina que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 697) explica:

Quanto à decisão, a lei impõe a Administração o dever de decidir (art. 48), estabelecendo o prazo de até 30 dias para fazê-lo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49)

Ainda, Diógenes Gasparini (2012, p. 1090) explana que:

Nesta última fase do processo administrativo, a autoridade ou órgão competente profere uma decisão sobre o objeto do processo. Para essa ação não há nenhuma faculdade para Administração Pública, por tratar-se de dever-poder de proferir decisão.

Visualiza-se nesta última fase do processo administrativo a obrigatoriedade da Administração em proferir uma decisão, apurada desde a etapa de instauração, observadas as provas trazidas ao Autos na fase de instrução, para a formação de um parecer final.

3.7.4 Impugnação da Decisão

As Leis 9784/99 e 8.666/93 disciplinam em seus dispositivos o direito do interessado de recorrer, bem como outros mecanismos de insurgência contra as decisões prolatadas no âmbito do processo administrativo.

Marcelo Alexandrino (2011, p. 920) auxilia nesta compreensão:

A Lei 9784/99 consagra, para os processos por ela regidos, o que podemos chamar de "direito ao duplo grau de jurisdição administrativa". Com efeito, o art. 56 estabelece como verdadeiro direito ao administrado o recurso das decisões administrativas, por razões de legalidade e de mérito administrativo. Trata-se de recurso hierarquicamente superior a que proferiu a decisão recorrida.

Neste mesmo viés Matheus Carvalho (2015, p. 1137) explica:

O artigo 56 da Lei 9784/99, já garante no âmbito federal, o direito a interposição de recursos administrativos, seja para combater uma decisão por motivo de ilegalidade, seja por motivo de mérito.

Constata-se que o recurso administrativo previsto na Lei 9784/99, tem por objetivo reformar a decisão anteriormente proferida pela Administração.

Sobre a interposição do recurso administrativo, se faz necessário observar as peculiaridades trazidas pela lei a respeito de seu trâmite. O parágrafo primeiro do artigo 56, por exemplo, define que o recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior. Ou seja, o recurso primeiramente será recebido pela autoridade que proferiu o parecer final, facultado a ela reconsiderar ou não sua decisão. Mantendo a autoridade a mesma decisão, então o recurso será encaminhado a autoridade hierarquicamente maior.

O artigo 59 estabelece o prazo de 10 (dez) dias para a interposição do recurso administrativo contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

Existe ainda, a previsão de interposição de recurso administrativo na Lei 8.666/93:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inabilitação do licitante;b) julgamento das propostas;c) anulação ou revogação da licitação;d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal,

conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato (grifo do autor).

Percebe-se que Lei traz de forma taxativa os motivos que justificam a interposição do recurso administrativo, dentre deles estão as hipóteses algumas já estudadas no presente trabalho, como a rescisão do contrato, a aplicação de penalidades administrativas e o pedido de reconsideração da decisão que declarou a inidoneidade do contratado ou/e sua empresa.

Além da hipótese de interposição de recurso, a Lei 8.666/93 prevê a existência da representação contra qualquer decisão relacionada ao Contrato, contra a qual não caiba o recurso hierárquico.

A terceira modalidade de insurgência refere-se ao pedido de reconsideração contra decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 da Lei 8.666/93. Em que pese à menção ao §4º, a doutrina entende que aqui o correto seria a alusão ao inciso IV do mesmo dispositivo, ou seja, às hipóteses de aplicação da penalidade de 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. O pedido de reconsideração, neste caso, tem cabimento no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato

Da mesma forma que a Lei 9784/99, a Lei de Licitações também prevê que caberá a autoridade administrativa que proferiu a decisão reconsiderá-la e, caso isto não ocorra, o recurso será remetido a órgão superior para análise e consequente decisão.

No próximo capítulo, serão analisados alguns limites a serem observados na aplicação das sanções contratuais.

4 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CONTRATUAIS

“Princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta e indiretamente, normas de comportamento.”
Karl Larenz

A autoridade administrativa competente, ao proferir sua decisão em processo administrativo que vise à aplicação de uma das sanções dispostas no artigo 87 da Lei 8.666/93, deve observar além de todos os preceitos legais, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade a imposição da penalidade.

Impor sanção ao contratado revela uma das prerrogativas mais controversas concedidas à Administração Pública: a discricionariedade.

4.1 A Discricionariedade Conferida pela Lei 8.666/93 na Aplicação de Penalidades Contratuais

A prerrogativa conferida a Administração em aplicar penalidades ao contratado está intrinsecamente ligada à idéia da discricionariedade da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 221) auxilia no estudo ao abordar:

Para desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça a sua atividade, sob pena de ilegalidade. Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nestes casos o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja contrária a lei (grifo do autor).

José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 51) explica o conceito de poder discricionário:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz a maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento ao interesse da coletividade.

Nota-se, que a discricionariedade se baseia na liberdade atribuída à autoridade administrativa competente ao tomar decisões, observados os critérios de oportunidade e conveniência

Em um processo administrativo que tenha por finalidade a aplicação de qualquer sanção, o poder discricionário é indissociável. O agente administrativo que decidir pela aplicação de determinada penalidade ao particular, estará utilizando a discricionariedade propriamente dita, haja vista que em razão desta prerrogativa que lhe é atribuída, muitas vezes terá um certo grau de liberdade na escolha do tipo e na gradação da penalidade a ser

imposta. Ou seja, terá uma margem de liberdade ao tomar uma decisão quanto ao tipo da sanção aplicável ao caso e sua dosimetria.

Em que pese o Estado possuir o poder de discricionariedade, esta prerrogativa possui limitação e está diretamente ligada ao princípio legalidade. Desta forma, a Administração ao tomar decisões deve estar sempre pautada na Lei, sendo que a inobservância de qualquer preceito legal poderá causar a invalidade do ato praticado.

A discricionariedade conferida à aplicação de sanções contratuais decorre, em grande parte, da amplitude do art. 87 da Lei 8.666/93.

Ao fazer a leitura do artigo 87 da Lei 8.666/93, vislumbra-se que o legislador dispôs que ocorrendo a inexecução total ou parcial do contrato, sofreria o contratado, a aplicação das penalidades ali elencadas. Porém, a Lei é omissa quanto a hipótese de incidência de cada uma destas penalidades, bem como à sua gradação. Isso se faz notar, por exemplo, na ausência de parâmetros mínimos e máximos a serem considerados na incidência da multa.

Imperioso se faz observar a lição trazida por Marçal Justen Filho (2014, p. 580) quanto à ausência de especificação das sanções:

Como não existe tipificação de condutas, surge o risco de a Administração exercitar um juízo discricionário sobre o cabimento da punição e a extensão do sancionamento. Assim, abre-se oportunidade para tratamento diferenciado para sujeitos em situação idêntica. Tal se passará porque, ausente um elenco definido de pressuposto de punibilidade, surge à possibilidade de somente serem punidos alguns dos sujeitos infratores. Afinal, é extremamente difícil o controle da ausência de punição a quem atuou mal. Isso ofende o sistema jurídico vigente, gerando um sistema em que a punição é reservada para os inimigos.

Nesse mesmo viés, José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 35) explica:

A crítica que desde já deve restar consignada é quanto à ausência de previsão clara e específica para a aplicação da pena de declaração de inidoneidade, assim como para aplicação das demais penalidades, quais sejam, advertência, multa e suspensão do direito de licitar ou

contratar com a Administração Pública. Deixa-se, pois, repita-se, ao exclusivo arbítrio do administrador a análise do “quanto” de inexecução contratual para a aplicação de uma sanção mais leve ou mais grave, o que parece inadmissível (grifo do autor)

Em análise da doutrina supramencionada, percebe-se uma dura crítica por parte dos doutrinadores quanto à falta de uma especificação pormenorizada de conduta a aplicação das penalidades relacionada no artigo 87 da Lei.

A falta de uma tipificação legal quanto ao regime sancionatório destas penalidades amplia o exercício do poder discricionário por parte da Administração Pública, possibilitando que ela estabeleça por conta própria a regência da adequação destas sanções.

4.2 NECESSIDADE DE TIPIÇÃO DE CONDUTA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao identificar a omissão legislativa quanto a um regimento para a imposição de sanções, adentra-se em um dos princípios chave da atividade sancionatória da Administração, qual seja a tipicidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 2010) auxilia na compreensão conceitual de tipicidade:

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas em lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Para Matheus Carvalho (2015, p. 268) a tipicidade “nada mais é senão a exigência de que todo ato administrativo esteja previsto em lei, ou seja, corresponda um tipo legal previamente definido”.

Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 134) auxilia no estudo ao explicar a tipicidade do direito administrativo sancionador:

A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente. Por força do princípio da tipicidade é garantida aos particulares a precisa e exata identificação da conduta que é vedada pelo ordenamento jurídico, bem como da consequência que pode advir da sua prática.

Neste sentido ainda, Fábio Medina de Osório (2009, p. 212):

Não basta portanto, nem mesmo para a Administração Pública, quando estiver esta no exercício de suas funções punitivas, o mero descumprimento da norma habilitante inscrita no art. 37, caput, da CF/88 (quando o administrador age em desacordo com uma autorização legal ou ao desamparo de um permissivo legal) ou a observância de uma legalidade geral fundamentadora do Estado de Direito, pois necessária a tipificação da infração e da sanção correspondente a conduta proibida, além de uma correta e adequada especificação do conteúdo da norma proibitiva, dentro do esquema garantista do direitos fundamentais. .

Observa-se que o princípio da tipicidade inerente ao poder sancionatório da Administração consiste em traçar hipóteses de incidência e parâmetros para a aplicação das penalidades.

O artigo 87 preceitua tão somente a incidência da norma punitiva em descumprimento do ajuste de forma total ou parcial, deixando vaga e imprecisa a utilização das sanções ali previstas para cada caso.

Constata-se uma enorme insegurança jurídica administrativa ao particular, que por inexistência de um ditame legal que regule esta prática, estará sujeito a vontade da autoridade administrativa competente que julgará a ocorrência da aplicação sancionatória sem um regulamento específico disposto por Lei.

Visando a limitar tal margem de discricionariedade, a própria Lei 8.666/93 em seu art. 55 estabelece dentre as cláusulas necessárias em todo contrato administrativo aquelas que disciplinem:

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão;

Assim, é imprescindível que os contratos administrativos estabeleçam regras mínimas que permitam ao contratado conhecer de antemão suas obrigações e as consequências de seu descumprimento.

A par disso, alguns entes da Administração, utilizando-se de seu poder discricionário e atendendo o princípio da legalidade e tipicidade, criaram seus próprios regulamentos, quanto à imposição de sanções ao contratado.

Tome-se aqui como exemplo a Resolução 3259/2014 instituída pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, que dispõe sobre a fiscalização e procedimento sancionador em matéria de sua competência:

Art. 46. As infrações à legislação do setor aquaviário e correlacionadas à regulamentação e aos instrumentos contratuais sob regulação da ANTAQ sujeitarão o responsável às penalidades previstas nesta Resolução, observado o devido processo legal, sem prejuízo da responsabilidade de natureza civil e penal. **Art. 47 As infrações administrativas serão punidas com as seguintes sanções: I – advertência; II – multa; III – suspensão; IV – cassação; V – declaração de inidoneidade; e VI – declaração de caducidade.** §1º. A advertência e a multa poderão ser impostas isoladamente ou em conjunto com outra sanção. §2º. As penalidades de suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e declaração de caducidade devem ser aplicadas em caráter excepcional, quando os antecedentes do infrator, a natureza ou a gravidade da infração indicarem a ineficácia de outras sanções para a correção das irregularidades, observado o disposto nos artigos 78-G, 78-H, 78-I e 78-J da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. (grifo nosso).

Vê-se que os artigos 46 e seguintes da Resolução disciplinam as penalidades a que estão sujeitos os particulares contratado pela ANTAQ, caso cometam infrações correlacionadas à regulamentação e aos instrumentos contratuais em que a Agência Reguladora é parte.

A Resolução 3259/2014 disciplina de forma detalhada e clara quais serão as penalidades administrativas aplicáveis, quando serão impostas, e a forma e as hipóteses de sua aplicação.

Dentre outros aspectos, a norma estabelece parâmetros a serem considerados na aplicação das penalidades, tais como a gravidade da infração administrativa, circunstâncias atenuantes e agravantes:

Art. 52 . A gravidade da infração administrativa será aferida pelas circunstâncias agravantes e atenuantes previstas neste artigo, cuja incidência pode ser cumulativa, sem prejuízo de outras circunstâncias que venham a ser identificadas no processo. §1º São consideradas circunstâncias atenuantes: I – arrependimento eficaz e espontâneo do infrator, pela reparação ou limitação significativa dos prejuízos causados à segurança e à saúde pública, ao meio ambiente, ao serviço, ao patrimônio público, aos usuários ou ao mercado; II – confissão espontânea da infração; III – comunicação prévia pelo infrator do perigo iminente contra a segurança ou o meio ambiente; IV – prestação de informações verídicas e relevantes relativas à materialidade da infração; e V – primariedade do infrator. §2º. São consideradas circunstâncias agravantes, quando não constituírem ou qualificarem a infração: I – exposição a risco ou efetiva produção de prejuízo à segurança e à saúde pública, ao meio ambiente, ao serviço, ao patrimônio público, aos usuários ou ao mercado; II – o abuso do direito de outorga; III – obtenção, para si ou para outrem, de quaisquer vantagens, diretas ou indiretas, resultantes da infração cometida; IV – facilitação ou cobertura à execução ou à ocultação de outra infração; V – a prática de infração em ocasião de incêndio, inundação ou qualquer situação de calamidade pública; VI – produção de incidentes diplomáticos ou constrangimento ao Governo Brasileiro; VII – reincidência genérica ou específica; e VIII – dolo. §3º Verifica-se o dolo quando restar comprovado que o infrator agiu de forma intencional e deliberada ou assumiu o risco de produção do resultado infracional e/ou dos prejuízos dele advindos, bem como induziu a erro ou assumiu conduta protelatória ou temerária para impedir ou prejudicar a detecção da infração ou seu respectivo processo administrativo. §4º Verifica-se a reincidência genérica quando o infrator comete nova infração de tipificação legal ou regulamentar distinta daquela aplicada nos três anos anteriores em função de decisão administrativa condenatória irrecorrível. §5º. Verifica-se a reincidência específica quando o infrator comete nova infração de idêntica tipificação legal ou regulamentar aplicada nos três anos anteriores em função de decisão administrativa condenatória irrecorrível. §6º. Serão consideradas continuadas as infrações quando se tratar de repetição de falta de mesma espécie

ainda não apurada ou objeto do processo, de cuja instauração o infrator não tenha conhecimento por meio de intimação.

Isto posto, percebe-se que o particular que pactuar um contrato administrativo com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, já tem à sua disposição o regulamento que define como será a apuração de alguma falta que este vier a cometer, bem como estabelece parâmetros que devem nortear a aplicação das penalidades.

É nítida a maior segurança jurídica que é passada ao contratado, quando existe uma norma que tipifica a conduta de aplicabilidade da sanção.

4.3 A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIOS BASILARES NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CONTRATUAIS

Dada a margem de liberdade conferida ao administrador na aplicação das sanções contratuais, é importante considerar os princípios que regem a atuação da Administração Pública no exercício da atividade sancionatória.

Para José Santos Carvvalho Filho (2015, p. 19) estes princípios revelam diretrizes fundamentais da Administração, de maneira que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.

Nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil:

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:

O art. 2º da Lei 9.784/99 também prevê que

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Assim, com base nestes dispositivos legais, é possível afirmar que a Administração Pública deverá obedecer em sua atuação, aí incluída a aplicação de penalidades contratuais, os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Sem desconsiderar a incidência e relevância de cada uma destes princípios na aplicação das penalidades contratuais, dois deles merecem especial destaque no presente estudo: a proporcionalidade e a razoabilidade.

4.3.1. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Para Fernanda Marinela (2015, p. 87) “a razoabilidade proíbe a atuação do administrador de forma despropositada ou tresloucada, quando, com a desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom senso”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 73) contribui com o estudo ao explicar:

A razoabilidade é importante parâmetro de controle do poder discricionário. No âmbito da oportunidade, ainda que a Administração Pública disponha de espaço para escolher quando agir, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as mais elementares regras técnicas. A grave inoportunidade transparece, principalmente, por seus efeitos, como um vício capaz de levar à anulação do ato, surgindo como uma variedade de traição da intenção da lei.

Vislumbra-se, que a razoabilidade funciona como uma medida essencial ao critério de apreciação da arbitrariedade por parte da Administração Pública. É uma espécie de limite da discricionariedade do administrador.

O agente administrativo ao proferir decisão que estabeleça a imposição de penalidade administrativa, está de certa maneira compelido a atentar-se ao princípio da razoabilidade. Não pode a Administração aplicar uma sanção ao contratado, de forma desarrazoada, imprópria.

Ressalta-se que a inobservância deste princípio por parte da Administração, poderá tornar o ato ilícito, conforme explana Matheus Carvalho (2015, p. 84):

Quando uma determinada decisão administrativa for proferida, sob a alegação de análise de critérios de oportunidade e conveniência, de forma desarrazoada, esta conduta será ilegal e ilegítima, por ofender a lei em sua finalidade e, neste caso poderá o Poder Judiciário corrigir a violação, realizando o controle de legalidade da atuação viciada.

No mesmo viés, Celso Antônio Bandeira de Mello, (2012, p. 99) aborda:

Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração as situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e

disposição de acatamento as finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Assim, no caso de instauração de um processo administrativo, que tenha como objeto a aplicação de penalidade, o agente deverá buscar a providência mais adequada ao caso concreto. Não é lícito a este agente extrapolar os limites legais desta prerrogativa, sob pena de nulidade da punição ao contratado.

Para Maysa Abrahão Tavares Verzola, (2011, p. 77) dentro no processo administrativo legal, para ser razoável, é necessário haver compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador, e os fins visados, que devem ser legítimos.

No que tange à razoabilidade na aplicação da sanção administrativa, José Santos Carvalho (2015, p. 41) explica:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocam a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa. A razoabilidade vai se atrelar a congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, parece-nos que a falta da referida congruência viola, na verdade, o princípio da legalidade, porque no caso, ou há vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo de inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calça em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade, ou da impessoalidade.

Logo, no âmbito do processo administrativo para apuração da falta pelo contratado, a razoabilidade se caracteriza pela coerência entre o fato ocorrido que levou á sua instauração e a decisão a ser tomada pela Administração ao conhecer deste acontecimento.

4.3.2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para Marçal Justen Filho (2014, p. 167) “o princípio da proporcionalidade é fundamental e indispensável para a existência do sistema jurídico e a preservação dos valores fundamentais.”

Fernanda Marinela (2015, p. 89), aborda o conceito de proporcionalidade nos seguintes moldes:

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. [...] Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público, tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar finalidade legal, e conseqüentemente a própria lei.

Constata-se, que a utilização do princípio da proporcionalidade destina-se a impor ao Estado moderação no seu modo de atuação, especialmente em situações que o particular será atingido.

Rafael Munhoz de Mello, (2007, p. 171) divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, a saber: (a) adequação, (b) – da necessidade e (c) da proporcionalidade em sentido estrito.

- a) Adequação: tal princípio exige que os atos da Administração Pública tenham inclinação para atingir o resultado que se busca.
- b) Necessidade: por este princípio, ao buscar seus propósitos, o Estado deve adotar a medida menos gravosa aos particulares. Existindo duas maneiras para atingir determinado fim, a Administração deve se valer daquela que se represente menos danoso ao interesse privado.
- c) Proporcionalidade em sentido estrito: visa à proibição da utilização excessiva ou desproporcional da competência atribuída à autoridade administrativa.

Assim, nota-se que a adequação mira o alcance da de uma finalidade específica, de modo que o meio utilizado pelo agente da Administração, deverá ser idôneo, para que esta finalidade seja atingida.

A necessidade busca de certa forma amparar o particular. Cuida-se de um limite estabelecido ao Estado, que lhe o impõe a escolha da medida que atenda o interesse público envolvido com o menor prejuízo possível ao interesse privado.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, prevê que o meio empregado deverá ser proporcional ao fim desejado.

A proporcionalidade em sentido estrito possui um papel relevante no direito administrativo sancionador.

Neste sentido, Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 173) explica:

Em seu sentido estrito, o princípio da proporcionalidade veda a imposição de sanções administrativas excessivas e desproporcionais a situação fática que serve de motivo para imposição da punição. É preciso que a competência punitiva seja exercida na justa medida.

Nítida se faz a compreensão de que este princípio visa combater desconformidade a aplicação de uma determinada penalidade, ante a infração cometida pelo contratado.

A justa medida citada pelo doutrinador, visa buscar a correta adequação da sanção à falta cometida. De modo que a autoridade administrativa aplique uma sanção proporcional a infração praticada pelo contratado.

Para melhor elucidação, traz-se o seguinte exemplo: uma empresa que tenha ganhado uma licitação que tinha como objeto a aquisição de materiais de escritório. Esta empresa assina o contrato com a Administração, no qual fica estabelecido o prazo de entrega destes materiais em 30 (trinta) dias, após a emissão da nota fiscal de compra. Imagine-se que nos 10 (dez) dias anteriores à entrega do objeto, houve uma greve geral de todos os caminhoneiros do Brasil, impossibilitando a entrega no prazo estipulado no contrato. A empresa então, na qualidade de contratada, elabora um ofício demonstrando a necessidade de uma dilação de prazo de mais 10 (dez) dias, a fim de cumprir a

entrega dos materiais. Ressalta-se que para maior comprovação do ato, foi colacionado ao ofício cópia de reportagens jornalísticas que demonstram que a greve dos caminhoneiros é geral. A autoridade administrativa recebe este ofício e mesmo sendo de conhecimento notório a greve iniciada, decide pela não concessão da prorrogação do prazo de entrega, justificando que a entrega no prazo pactuado visa atender uma finalidade pública. Conseqüentemente, a empresa não consegue cumprir com o prazo contratual, e acaba entregando o objeto do contrato com 2 (dois) dias de atraso. A Administração instaura processo administrativo contra esta empresa, que culmina na aplicação da penalidade de suspensão temporária de licitar pelo prazo de 6 (seis) meses cumulada com multa moratória, por entender que houve inexecução parcial do contrato.

Ao analisar a situação hipotética mencionada, vislumbra-se claramente, a ilegalidade praticada pela autoridade administrativa, que não observou a razoabilidade nem tampouco a proporcionalidade no caso em tela.

Suspender e impedir uma empresa de licitar pelo prazo de 6 (meses) cumulada com o pagamento de multa moratória se faz razoável no caso hipotético apresentado? É proporcional?

Evidente que não. Este é um dos motivos, que revelam a grande importância destes dois princípios basilares dentro do direito administrativo sancionador.

É arbitrária a sanção aplicada sem consideração às peculiaridades do caso concreto, essenciais a definição da intensidade da medida sancionadora a ser aplicada e, de conseqüência, a observância do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. A importância da avaliação das particularidades da situação fática aumenta na mesma proporção que a discricionariedade do agente administrativo na definição da sanção (MELLO, 2007, p. 175).

A intensidade da sanção administrativa deve corresponder à gravidade da conduta supostamente ilícita praticada pelo infrator. Assim, quanto mais grave a conduta, mais intensa deverá ser a sanção.

4.4 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA CONTRATUAL

O contratado que tenha sido prejudicado por sanção aplicada de forma desproporcional ou desarrazoada, ou que não fazia jus à aplicação da penalidade, deverá recorrer ao Poder Judiciário, a fim de pleitear a reforma da decisão administrativa ou sua anulação.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, previstos no art. 2º da Lei 9.784/99, além de serem basilares em uma decisão que enseje a aplicação de uma sanção, , servem de parâmetro para o Poder Judiciário avaliar a legalidade destas decisões.

Imperioso se faz destacar decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, a respeito de aplicação de sanção incompatível com a infração supostamente cometida pelo contratado. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança ajuizado pela Siemens com o objetivo de ver suspensa decisão proferida em processo administrativo pela ECT, que determinou que a Siemens fique impedida de licitar com a Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) anos. (...) 39. **Os artigos 2º e 26 da Lei nº 9.784/1999 consagram, no âmbito do processo administrativo, os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório, que foram flagrantemente violados pela ECT na aplicação de sanções à Siemens, ferindo seu direito líquido e certo de defesa também em sede de processo administrativo. (...) 45. A pena de suspensão temporária de participação em licitação prevista pelo art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, foi equivocadamente aplicada à Siemens. 51. Tendo o v. acórdão de origem permitido a perpetração de penalidade totalmente desarrazoada, deve intervir esse E. STJ, caso por hipótese não se decrete a nulidade da penalidade aplicada à**

Siemens, para ao menos tornar a sanção adequada ao fato, conforme permissão já assentada pela sua jurisprudência. (...) **53. A sanção aplicada à Siemens é flagrantemente ilegal.** A continuidade da prestação de serviços pela Siemens se encontreguinte, da manutenção da ilegítima, ilegal, exagerada e extemporânea imposição de sanção à Siemens, impedindo-a de licitar com toda a Administração Pública por cinco anos, fato que necessariamente trará enormes consequências ao país, diante da relevância da atuação da empresa. (...) **63. A ilegal, exagerada e arbitrária sanção aplicada à Siemens impede que a empresa participe de licitações em todos os âmbitos da Administração Pública,** o que por si só já implica em prejuízos à saúde pública, se levado em consideração o fato de que a Siemens é uma das maiores empresas do setor, detentora de tecnologia de ponta para equipamentos utilizados para diagnóstico e atendimento da população, sendo uma das fortes concorrentes no âmbito das licitações. V - Ante o exposto para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte, que, pela visão que ora se tem, maneja bons fundamentos nesta cautelar e no seu recurso especial, defiro o pedido liminar e concedo efeito suspensivo ao agravo em recurso especial. Determino a suspensão da eficácia do acórdão proferido pelo TRF - 1, nos autos do Mandado de Segurança 1892515.201.4.01.3400/DF, até o julgamento final do recurso especial. Para os devidos fins, oficie-se, com urgência, comunicando o deferimento da liminar. Intimem-se. Brasília, 09 de julho de 2015. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) Relator (Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), 04/08/2015) (grifo nosso)

Da análise da decisão supramencionada, percebe-se a ilegalidade cometida pela Administração Pública ao aplicar uma penalidade sem observar o direito do contratado ao contraditório e ampla defesa, bem como de estipular sanção totalmente desacertada e arbitrária a infração provavelmente cometida pelo contratado. Desta forma, E. Tribunal decidiu corretamente pela concessão da liminar pleiteada pelo contratado, concedendo o efeito suspensivo ao Agravo em Recurso Especial, bem como determinou a suspensão da eficácia da decisão anteriormente prolatada pelo Tribunal Regional Federal, que havia mantido a decisão administrativa.

Neste mesmo viés, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À ANULAÇÃO DE ATO IMPOSITIVO DE MULTA POR INEXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROCEDÊNCIA. Quer por força de preceitos legais, quer pela criteriosa **aplicação dos princípios da razoabilidade e, sobretudo, da proporcionalidade, é inegável o direito da autora ao desfazimento do ato administrativo que lhe cominou a penalidade pecuniária objurgada.** (TRF4, APELREEX 2006.70.00.017094-3, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 27/10/2008) (grifo nosso)

Ainda, neste mesmo sentido o Tribunal Regional da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO PARCIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. VALOR. **RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.** 1. Apesar de ser lícito à Administração impor sanções ao contratado, nos termos do art. 87, II, da Lei 8.666/93, não menos verdadeira **é a necessidade de que se observem nesse ato os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 2. Hipótese em que há de ser mantida a multa imposta à ré, em face do descumprimento parcial da avença firmada com o TRE/SE, em 15% (quinze por cento) sobre o valor mensal do contrato, pois, **além de ser razoável a fixação em tal patamar e proporcional à falta cometida, existe previsão contratual para a sua aplicação naquele percentual, a qual deve ser observada.** 3. Apelação provida. (TRF-5 - AC: 50250920124058500 Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Data de Julgamento: 25/07/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 06/08/2013) (grifo nosso)

Ao examinar as decisões expostas, vislumbra-se o rigor da jurisprudência em observar a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação de qualquer sanção administrativa. A Administração Pública, não pode exercer sua discricionariedade aliada às prerrogativas dispostas na Lei 8.666/93, de forma descabida e ilimitada. Tanto o princípio da razoabilidade quanto da proporcionalidade servem como um marco divisor entre o que é adequado e lícito e o que se torna excessivo e ilegal.

Torna-se cada vez mais corriqueiro e necessário a busca pelo particular prejudicado ao Judiciário, com intuito de que seja respeitado o devido processo legal na esfera administrativa, principalmente no que tange a imposição de

alguma penalidade. Dificilmente se vê a Administração valer-se de um de seus poderes mais elevados, a autotutela, que guarda a Administração o poder de rever seus próprios atos.

Em um processo administrativo sancionador, sendo demonstrado pelo contratado por meio de provas cabais, sua inocência assim pretendida, ou sua culpa de forma moderada, e sendo este processo remetido a autoridade administrativa superior para análise de recurso administrativo, tal autoridade diante das provas expostas, poderia utilizar-se do poder de autotutela da Administração, para rever a decisão administrativa proferida em primeira instância, deixando de aplicar a sanção, ou aplicando-a de forma razoável e proporcional, conforme prevê a lei.

Sem dúvida se utilizados estes critérios legais, deixaria o Poder Judiciário de receber centenas de processos que buscam a anulação de atos administrativos ilícitos e arbitrários, e traria uma segurança jurídica maior ao particular que contrata com o Poder Público.

5 CONCLUSÃO

O Estado com o objetivo de exercer seus diversos encargos necessita utilizar-se da modalidade contratual para a execução de suas atividades.

Neste sentido, os argumentos expostos ao longo da pesquisa acadêmica, no que tange a formação do contrato administrativo entre o particular e Administração Pública exposto no primeiro capítulo, demonstram que o Estado, visando garantir maior efetivação de seus serviços, cria para tal, um regime jurídico diversificado para a celebração de seus ajustes. A necessidade da criação deste regulamento próprio por parte da Administração tem por escopo proteger o erário, e assegurar a efetivação do serviço contratado.

Nos parece justa a adoção de um regime jurídico contratual próprio pelo Estado, haja vista que todo contrato realizado pela Administração, objetiva atender um interesse puramente público, custeado pelos cidadãos contribuintes.

Desta maneira, adentramos a existência das cláusulas exorbitantes, que evidenciam-se pelo regime jurídico diferenciado. Estas cláusulas estão atreladas aos contratos celebrados entre Administração Pública e o contratado e visam garantir a finalidade do contrato administrativo, que será sempre coletiva.

A cláusula exorbitante mais temerosa pelos contratados, e que é objeto desta pesquisa, é a prerrogativa da Administração, em aplicar sanções aos contratados que ensejem a execução total ou parcial do contrato.

O artigo 87 da Lei 8.666/93 elenca as sanções que poderão ser impostas aos contratados, sendo elas a advertência, multa, suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, e a declaração de inidoneidade. Em que pese à legislação não tratar especificamente das hipóteses de aplicação destas penalidades, a doutrina e a jurisprudência entendem que a ordem disposta no artigo 87 possui um caráter cronológico,

desta maneira, a advertência revela-se a sanção mais branda e a declaração de inidoneidade a mais rigorosa.

Destaca-se neste ponto, a divergência doutrinária que encontramos quanto à extensão das penalidades de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, em síntese questiona-se se possuiria natureza restritiva, produzindo efeitos apenas ao órgão que aplicou a sanção, ou se teria caráter extensivo, aplicando-se então os efeitos da sanção a toda Administração. Buscamos a posição do Judiciário, a resolução deste impasse, e concluímos que o Superior Tribunal de Justiça, possui entendimento pacificado em sua Corte que ambas as sanções estendem-se a todo âmbito da Administração, tratando-se então de efeitos extensivos.

Ainda, a Lei dispõe que a aplicação de qualquer penalidade, exige a instauração prévia do devido processo administrativo que deverá obedecer todas as suas fases, assegurando ao contratado o direito constitucional do contraditório e ampla defesa. Abordamos ainda neste tópico a previsão legal quanto ao direito do contratado em impugnar a decisão final do processo administrativo que ensejou a aplicação de alguma das sanções, tal impugnação revela o direito do contratado em recorrer, disposto tanto na Lei 8.666/93, quanto na Lei 9784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal.

De antemão, no último capítulo trazemos um breve relato do poder discricionário da Administração, que esta intimamente ligado a sua prerrogativa de sancionar o contratado. Diante da ausência do legislador em tipificar uma conduta para a imposição sancionatória, o contratado fica a mercê da autoridade administrativa competente que irá valer-se da discricionariedade para puni-lo, ante a escassez de uma norma que regularize tal medida.

O artigo 87 da Lei 8.666/93, não disciplina qualquer procedimento para a aplicação da sanção, prevendo tão somente a imposição da penalidade em relação à inexecução total ou parcial do contrato.

A falta de uma regulamentação específica, abre margem para atuação sancionatória do Estado, sem um limite regulatório. Ao nos aprofundarmos nesta questão, trazemos ao presente trabalho o papel relevante do princípio da tipicidade, que determina que qualquer ato administrativo deverá possuir uma previsão devidamente legal.

Por força do princípio da tipicidade no direito administrativo sancionador é assegurada ao contratado a precisa e certa identificação da conduta que é vedada pelo ordenamento jurídico, tal como a consequência que poderá resultar da sua prática. A tipificação deste procedimento, além de nortear o contratado lhe garante uma maior segurança jurídica em contratar com a Administração.

Passamos a examinar então a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação das sanções contratuais. A razoabilidade decorre de uma idéia lógica, e deve ser usada como um parâmetro no direito administrativo sancionador. Este princípio consiste na compatibilidade entre o meio empregado pela autoridade administrativa, e o a finalidade visada a aplicação da sanção.

Quanto à proporcionalidade, esta se baseia em três subprincípios, quais sejam: a adequação para atingir o fim desejado, necessidade da aplicação a atingir o propósito da Administração da forma menos gravosa ao particular contratado e a proporcionalidade em sentido estrito, que proíbe à imposição de medida desproporcional a falta cometida.

Tanto a razoabilidade, quanto a proporcionalidade são essenciais em um processo administrativo sancionatório. São estes princípios que norteam e limitam a Administração em sua atuação punitiva.

Conclui-se, portanto, que a Administração ao utilizar sua prerrogativa em aplicar uma penalidade não poderá valer-se tão somente de sua discricionariedade para penalizar o contratado. O Estado deve observar obrigatoriamente a razoabilidade e a proporcionalidade no processo administrativo sancionador. A supremacia do interesse público sobre o particular, a discricionariedade, bem como a falta de tipicidade de conduta nas sanções da Lei 8.666/93, não legitimam a autoridade administrativa a agir maneira como achar pertinente.

Quando o Estado age de maneira arrazoada e desproporcional, leva o contratado a pleitear o esteio ao Poder Judiciário para que reforme a decisão administrativa proferida, ou a anule ao depender do caso. Parece-nos então mais interessante, a utilização do princípio da autotutela administrativa no processo administrativo sancionador, onde é permitido a Administração rever seus próprios atos e adotar então a medida justa e pertinente a falta cometida.

6 REFERÊNCIAS

VEZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo Editora Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia na Atualidade**. 17ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DE MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 5ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GONÇALVES. Cláudio Cairo. **Contrato Administrativo: Tendências e Exigências Atuais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo Parte II**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Ed. Editora JusPodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Gen, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo Esquematizado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Método, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. **Controle Judicial da Administração Pública da Legalidade Estrita a Lógica do Razoável**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

REIS, Luciano Elias. **Licitações e Contratos**. 3ª Ed. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2012.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Editora Gen, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FILHO, José Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito federal. Brasília

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Resolução 3259 de 30 de janeiro de 2014. Dispõe sobre o procedimento sancionador em matéria da ANTAQ. Brasília

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 520553 – RJ (2003/0027264-6). Recorrente: União. Recorrido: Conservadora de Limpeza Ferlim Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 03 de novembro de 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 174274 – SP (1998/0034745-3). Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Maria Beatriz

Amaral Santos Kohnen e Outros. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 22 de novembro de 2004.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Agravo de Instrumento n. 58062 – CE (2004.05.00.027484-3). Agravante: União. Agravado: Conservadora Amazonas Ltda. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. Recife, 14 de setembro de 2005.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação em Reexame Necessário n. 2006.70.00.017094-3. Apelante: União Federal. Apelado: WJ Companhia de Alimentos Ltda Me. Relator: Desembargador Valdemar Capeletti. Curitiba, 27 de outubro de 2008.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Cível n. 556782 – SE (00050250920124058500). Apelante: União. Apelado: Impacto Mão de Obra Ltda. Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel. Sergipe, 25 de julho de 2013.