



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JAIRO MENDES DE ARAÚJO

**Contratos administrativos: sanções administrativas à luz dos princípios da
razoabilidade e proporcionalidade no âmbito do Governo do Distrito Federal**

Brasília – DF

2019

JAIRO MENDES DE ARAÚJO

Contratos administrativos: sanções administrativas à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito do Governo do Distrito Federal

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Pereira de Mello

Brasília-DF

2019

JAIRO MENDES DE ARAÚJO

Contratos administrativos: sanções administrativas à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito do Governo do Distrito Federal

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Pereira de Mello

Brasília-DF, ___ de _____ de 2019

BANCA AVALIADORA

Prof. Me. Rodrigo Pereira de Mello
Orientador

AGRADECIMENTOS

A concretização do sonho do bacharelado em Direito nunca será o resultado de um esforço individual. Este sonho teve início na luta de minha saudosa mãe Isalina, ao lutar com unhas e dentes pela educação de seus filhos. Um esforço conjunto de minha esposa, Grice, e filhas, Isabela e Gabriela, que abdicaram de um precioso tempo em família para que pudesse me dedicar aos estudos. Obrigado pelo constante incentivo.

Agradeço também aos meus colegas de curso pelo apoio, aprendizados e crescimento profissional ao longo destes anos.

Quero agradecer a importante colaboração e paciência do meu orientador, professor Rodrigo Mello, pelas ponderações e intervenções que contribuíram para o aprimoramento do trabalho.

RESUMO

A Administração Pública supre uma parte substancial de suas demandas por meio de contratações junto a terceiros, as quais, em regra geral, são efetivadas por meio de contratos administrativos. Tais contratos possuem, por força tanto da legislação específica quanto da tradição de predomínio da vontade público-administrativa sobre a do particular, cláusulas que mitigam a autonomia de vontades entre as partes, sendo denominadas de “cláusulas exorbitantes”. À luz do estudo realizado, ganha notoriedade a capacidade da própria Administração Pública em sancionar seus fornecedores inadimplentes, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. A União, por meio da Lei de Licitações, cumpriu previsão constitucional e estabeleceu normas gerais nacionalmente uniformes para licitações e contratos administrativos. Porém, também a Constituição, pelo regime jurídico próprio às competências concorrentes (art. 24), também facultou aos demais entes federados legislar sobre aqueles temas. O Distrito Federal, até o presente momento, não aprovou uma lei específica, contudo, editou o Decreto nº 26.851/06, a fim de disciplinar a aplicação das sanções administrativas. Os princípios, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade, são importantes limitadores da pretensão punitiva do Estado. Ao longo da presente pesquisa buscou-se verificar, por meio da análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, a adequação do referido Decreto Distrital a esses princípios. Ao fim do estudo, concluiu-se que há reparos a serem feitos na legislação distrital.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Sanções administrativas. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Decreto Distrital nº 26.851/06.

ABSTRACT

The Public Administration attends a substantial part of its demands by signings with third parties, as a general rule through so-called administrative contracts. Such contracts have clauses that mitigate the autonomy of wills between the parties, by virtue of both the specific legislation and the tradition of predominance of the public-administrative will over that of the individual, being denominated "exorbitant clauses". In light of the study, the Public Administration's gains notoriety itself to sanction their non-performing suppliers, without the need to appeal to the Judiciary Branch. The Union, through the Bidding Law, has complied with constitutional provisions and established nationally uniform general rules for biddings and administrative contracts. However, the Constitution, by virtue of its own legal regime to share competences (article 24), also allowed other federal entities to legislate on such themes. The Federal District, to date, has not approved a specific law, however, has issued Decree nº 26.851/06, in order to discipline the application of administrative sanctions. The principles, especially reasonableness and proportionality, are important limiters of the State's punitive claim. Throughout the present research it was sought to verify, through the analysis of doctrine, legislation and jurisprudence, the adequacy of the said District Decree to these principles. At the end of the study, it was concluded that there are repairs to be made in district legislation.

Keywords: Administrative contracts. Exorbitant clauses. Administrative penalties. Principles of reasonableness and proportionality. District Decree nº 26.851/06.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS SANÇÕES A ELE APLICÁVEIS..	14
1.1 Contrato Administrativo	15
1.2 Inexecução Contratual e Sanções Administrativas	20
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS DESTACÁVEIS	29
2.1 Princípio da razoabilidade	31
2.2 Princípio da proporcionalidade	35
3. AS SANÇÕES CONTRATUAIS NO ÂMBITO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL	41
3.1 Advertência	41
3.2 Multa	42
3.3 Suspensão temporária	48
3.4 Declaração de inidoneidade	50
CONCLUSÃO	51
RECOMENDAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro possui uma forte atuação junto à sociedade por meio da implantação de políticas públicas, seja nas áreas da saúde, educação, segurança, infraestrutura, meio-ambiente dentre outras. Isso e outras ações estatais demandam, em maior ou menor grau, bens, serviços e obras para o seu implemento, os quais, por exemplo, no ano de 2017, as compras do Governo Federal de Entes que utilizaram o Sistema Comprasnet¹, movimentaram R\$ 60,43 bilhões ou 0,92% do Produto Interno Bruto (PIB) ².

Diante de tal cifra, é compreensível a iniciativa privada enxergar o Estado como um importante cliente, entretanto, diferentemente do que ocorre entre particulares, os contratos firmados com o Governo devem ser lastreados por algumas precauções adicionais. Felizmente, a maior parte das contratações transcorrerão normalmente, ensejando a entrega do seu objeto e o recebimento do valor devido. Por outro lado, algumas, por motivos diversos, apresentarão algum tipo de intercorrência, comprometendo a sua conclusão conforme o pactuado.

As diversas aquisições realizadas pelo Setor Público, como regra geral, são formalizadas por meio de contratos específicos, denominados contratos administrativos, os quais se encontram precipuamente regidos pela Lei nº 8.666/93, que instituiu as normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

Assim, os Entes Federados também estão aptos a legislar concorrentemente sobre o tema, desde que respeitados os limites gerais fixados pela Constituição.

Em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, os contratos administrativos contêm diversas cláusulas que exorbitam daquilo que é comumente

1 Sistema de Compras Governamentais, formalmente denominado de Sistema de Serviços Gerais – SISG, tem como objetivo dinamizar o processo de compras públicas, proporcionando maior eficiência, transparência e controle do gasto público, além de benefícios econômicos com ganhos de escala e escopo.

2 Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Boletim de Compras Públicas. Brasília: Enap, 2018. Disponível em https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGIAL/Boletim_de_Compras_Publicas.pdf

pactuado entre particulares, em especial, a possibilidade do ente público, diante de um inadimplemento contratual da parte contrária, diretamente aplicar penalidades.

Nessa esteira, alguns Entes Federados normatizaram procedimentos específicos a fim de uniformizar a sua atuação, tais como, Paraná (Lei nº 15.608/07), Bahia (Lei nº 9.433/05) e Minas Gerais (Lei nº 13.994/01). No âmbito do Governo do Distrito Federal, todavia, buscou-se regular a aplicação das sanções administrativas previstas nas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02 por meio da edição do Decreto Distrital nº 26.851, de 30 de maio de 2006,

A existência do normativo por si só certamente não encerra a discussão sobre o tema, isto porque caberá sempre aprimoramentos, de modo a se alcançar um equilíbrio entre as necessidades do Estado em contratar e, ao mesmo tempo, inibir o inadimplemento contratual de maneira não abusiva. Assim, este trabalho buscou compreender os instrumentos sancionatórios à disposição do Distrito Federal, à luz dos princípios constitucionais-administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os contratos administrativos, estudados no âmbito do Direito Administrativo, revestem-se de importância diante do momento histórico em que vivemos, onde as irregularidades nas contratações públicas são expostas na mídia diariamente, indicando a ocorrência de algum tipo de inadimplemento contratual, o que, em tese, implicaria na aplicação de sanções às contratadas. Os limites desta prerrogativa estatal trazem inquietações, pois é necessário, ou pelo menos deveria ser observado, um equilíbrio entre o caráter punitivo-educativo e a sobrevivência econômica da contratada.

O inadimplemento traz consequências danosas ao Estado e à sociedade, muitas vezes afetando, por exemplo, o acesso digno de milhões de pessoas aos sistemas de saúde e educação, direitos básicos de todo cidadão brasileiro. Por outro lado, o seu sancionamento não possui o condão de impedi-lo, e, se for abusivo, ainda poderá representar um óbice adicional à entrega do objeto contratado, ao submeter seus fornecedores a pesadas e desproporcionais sanções.

O Governo Federal, por exemplo, lançou em novembro de 2017, o “Programa Avançar”, com o objetivo de finalizar 7.439 obras públicas, em diversas áreas, tais como saneamento, creches, unidades básicas de saúde, recuperação de pistas de

aeroportos e duplicação de rodovias, entre outras iniciativas, a um custo estimado de R\$ 130,9 bilhões³. Evidentemente, há inúmeras razões que levam à paralização de uma obra, mas, de certo, o inadimplemento figura como uma das mais importantes, seja do contratado, seja do contratante.

Já no âmbito do Distrito Federal, por exemplo, é recorrente a falta de medicamentos na rede hospitalar, principalmente os de alto custo, comprometendo a perspectiva de vida de centenas de pessoas. Os motivos, conforme exposto pela Secretaria de Saúde, são diversos, mas todos permeiam, além da falta de gestão, algum descumprimento de cláusula contratual⁴.

Como se verifica, é cristalino o alto impacto do inadimplemento contratual no cotidiano das pessoas e na própria rotina administrativa do Estado. Assim, o inadimplemento e o seu posterior sancionamento implicam em um conflito entre o Estado e o particular, no qual a participação do advogado é essencial para a sua solução, a fim de evitar eventuais abusos, principalmente por parte do Ente Estatal.

No Distrito Federal, o processamento das licitações se dá de forma híbrida, ou seja, centralizada e descentralizada. Em 1999 houve uma tentativa do governo em centralizar todas as suas compras governamentais na Central de Compras⁵, entretanto, ao longo do tempo, a legislação sofreu reiteradas alterações, a fim de permitir que diversos órgãos realizassem os seus próprios processos de licitação. Deste modo, atualmente, as licitações são realizadas de forma descentralizada por diversos órgãos (Companhia Energética de Brasília, Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal, Corpo de Bombeiros, etc.) e centralizada, por meio da Central de Compras (até dezembro de 2018, denominada de Subsecretaria de Compras Governamentais), para os demais órgãos e entidades do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal (GDF).

3 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/governo-lanca-programa-para-concluir-mais-de-74-mil-obras-paralisadas>

4 https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/02/interna_cidadesdf,677621/cerca-de-25-dos-medicamentos-de-alto-custo-estao-em-falta-no-df.shtml

5 Lei Distrital nº 2.340, de 12 de abril de 1999. Cria na estrutura administrativa do Governo do Distrito Federal, a Coordenadoria de Seguros do Distrito Federal e a Central de Compras do Governo do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 70, de 13/04/99.

Os valores envolvidos nas compras governamentais locais, por sua vez, não são desprezíveis. De acordo com o Relatório de Prestação de Contas do Governador do Distrito Federal, as despesas da Administração Direta com materiais, serviços e investimentos em 2017 totalizaram R\$ 2,2 bilhões, as quais foram executadas mediante a formalização prévia de um contrato administrativo⁶.

Desta maneira, buscou-se ao longo de todo o trabalho responder ao seguinte questionamento: o sancionamento do inadimplemento decorrente de contratos administrativos, no âmbito do Distrito Federal, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade?

A pesquisa desenvolvida balizou-se pelo objetivo geral de analisar os princípios constitucionais norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade no sancionamento do inadimplemento contratual.

A aplicação das sanções administrativas previstas nas Leis de Licitações e do Pregão, no âmbito do Distrito Federal, foi disciplinado, conforme antes referido, pelo Decreto nº 26.851/06, no entanto, diante da aplicação fática do instrumento, é possível que dúvidas e questionamentos ainda emergjam diante dos parâmetros norteadores adotados.

A contrário, o Tribunal de Contas da União⁷ e outros órgãos, como a Presidência da República⁸ e o Ministério do Planejamento⁹, vêm buscando pautar o sancionamento de empresas inadimplentes pelo princípio da proporcionalidade, impondo sanções pesadas para as condutas gravosas e punições leves para as infrações brandas.

De forma complementar ao atingimento do objetivo geral buscar-se-á atingir aos seguintes objetivos específicos:

⁶ http://www.transparencia.df.gov.br/arquivos/PCA_BALANÇO%20GERAL_2017.pdf

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de Pregão Eletrônico. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/>

⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Instrução Normativa nº 01, de 13 de outubro de 2017. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 out. 2017. Seção 1, p. 05-06.

⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento. Caderno de Logística. Sanções Administrativas. Diretrizes para formulação de procedimentos administrativo específico. Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>.

- Compreender a legislação relativa à aplicação de penalidades administrativas, no âmbito Federal e do Distrito Federal; e
- Identificar os parâmetros adotados pelo Distrito Federal para o sancionamento de eventuais inadimplementos contratuais.

O desenvolvimento de uma pesquisa necessita de um norteamento ao longo de suas etapas e isto se dá por meio da adoção, desde a sua gênese, de um método. Lakatos e Markoni (2003, p. 83) nos auxiliam nesta empreitada, ao definirem método como sendo:

“um conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo- conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.”

O estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, mais adequado ao escopo do trabalho, uma vez que buscou compreender a doutrina e a legislação atinentes à situação problema proposta e, a partir disso, analisar as especificidades existentes no âmbito do Distrito Federal.

O levantamento de dados, primeiro passo de qualquer pesquisa científica, conforme Lakatos e Markoni (2003, p. 174), foi realizado por meio de pesquisas documental e bibliográfica.

A pesquisa documental compreendeu a consulta à legislação disponível, em especial às Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02, ao Decreto Distrital nº 26.851/06, bem como a Portarias e Manuais disponíveis em órgãos da Administração Pública, como o Tribunal de Contas da União e o Ministério do Planejamento.

O presente trabalho foi dividido em cinco partes. A primeira delas consiste na apresentação introdutória da pesquisa, a relevância do estudo, o seu escopo, traduzido pela explicitação do problema de pesquisa e seus objetivos (geral e específicos), a delimitação temática, além da explanação sobre a metodologia utilizada no estudo.

O primeiro capítulo propriamente dito destinou-se ao estudo do contrato administrativo, ao seu inadimplemento e às sanções administrativas dele decorrentes, a partir do olhar doutrinário.

No segundo capítulo buscou-se a compreensão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na tentativa de delimitá-los inclusive quanto à fronteira tênue que os separa.

Posteriormente, no capítulo 3, analisou-se o Decreto Distrital nº 26.851/06, a fim de se compreender sua dinâmica executiva, bem como verificar possíveis inconsistências quanto aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A quinta e última etapa, a partir da análise dos elementos colhidos ao longo de todo o estudo realizado, destina-se ao arremete conclusivo do trabalho e em especial da situação problema proposta.

Ao final, o nosso objetivo é compreender a sistemática de aplicação de sanções administrativas pelo Governo do Distrito aos seus fornecedores de bens e serviços, e assim aferir se a mesma se dá de maneira harmônica com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS SANÇÕES A ELE APLICÁVEIS

O Estado brasileiro é um demandante contumaz de bens, serviços e obras na busca da promoção do bem comum, os quais, em regra, são obtidos por meio de um processo licitatório ou contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação), conforme a situação fática.

Desta maneira, considerando a impossibilidade do Estado ser autossuficiente, conforme discorrem Mastrodi e Brito (2017, p. 91), há a necessidade de se recorrer a terceiros estranhos à Administração Pública, de modo a selecionar, conforme o procedimento adequado, a proposta mais vantajosa para o Poder Público. Vencida esta etapa, a formalização da avença por meio de um contrato é uma consequência natural comum ao cabo deste processo.

Carvalho Filho (2014, p. 173) entende como substrato comum a todos os contratos o acordo de vontades entre as partes visando a consecução de um determinado fim, por meio de um comprometimento mútuo com o intuito de honrar as obrigações ajustadas.

Diante da multiplicidade de objetos e fins a que se destinam, a Administração Pública possui competência para celebrar diversos tipos de contratos com terceiros, observadas as particularidades do objeto e das disposições legais aplicáveis ao caso. Diante dessa diversidade contratual, o contrato administrativo certamente é o mais rotineiro no serviço público, sendo a competência para o seu regramento por meio de normas gerais estipulado na Constituição, conforme o art. 22, XXVII, define como competência privativa da União legislar sobre normas de licitação e contratação, nos seguintes termos:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municipal, obedecido o disposto no art. 37,

[...]

XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;"

Complementa o art. 37, XXI da Constituição Federal:

"Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios [...] e, também ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratos 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".

Assim, atribuiu-se à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais sobre contratação, que assim procedeu por meio da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, facultando implicitamente aos entes federados a possibilidade de legislarem também sobre o tema, desde que em consonância com a norma geral.

Entretanto, essa repartição de competências não está pacificada, pois conforme observa Di Pietro (2014, p. 376), a Lei nº 8.666/93, em seu art. 1º, já define que todas as suas disposições possuem natureza de normas gerais, determinado, conforme no art. 118, que Estados, Distrito Federal, Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de se adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos ao "disposto nesta lei", não possibilitando que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo.

1.1 Contrato Administrativo

Avenças entre particulares e o Estado são algo bastante remoto na história humana, entretanto o contrato administrativo como o conhecemos hoje, diferenciando-se dos demais contratos, é algo um pouco mais recente.

Somente entre os anos de 1870 a 1920, na França, conforme nos auxilia Horbach (2016, p. 57), é que ocorreu o desenvolvimento de uma inovadora jurisprudência pelo Conselho de Estado francês, da qual emergiram diversos institutos do direito administrativo, em especial, o próprio contrato administrativo.

Os posicionamentos deste Conselho, continua Horbach (2016, p. 57), repercutiram pela Europa e países latino-americanos, dando origem a Teoria dos Contratos Administrativos, a qual estabeleceu os pressupostos diferenciadores do

contrato administrativo, apartando-o do direito civil, com vistas a assegurar a supremacia do interesse público na relação contratual.

Atualmente, os contratos celebrados pela Administração compreendem os contratos de Direito Privado da Administração e os contratos administrativos, conforme bem assinala Bandeira de Mello (2008, p. 609). Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e aos efeitos essencialmente pelo Direito Privado e os segundos regem-se pelo Direito Administrativo.

Sendo de nosso interesse o segundo enfoque, resta a pergunta: afinal, o que é um contrato administrativo? Iniciamos com a definição apresentada por Carvalho Filho (2014, 175), no qual trata-se de um “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Na mesma sintonia, Meirelles (2016, p. 239) entende que se trata de um “ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Horbach (2016, p. 57), partindo de premissas semelhantes, formula de uma maneira mais exaustiva o seguinte conceito:

“Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado pela 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 – com terceiros, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, submetido a um regime de direito público que garanta prerrogativas para a Administração e voltado à realização de um interesse público”.

Tais contratos possuem suas peculiaridades, de modo que Di Pietro (2014, p. 273) sintetizou suas características principais nos seguintes termos:

1. Presença da Administração Pública como Poder Público;
2. Finalidade pública;
3. Obediência à forma prescrita em lei;
4. Procedimento legal;
5. Natureza *intuitu personae*;
6. Presença de cláusulas exorbitantes;
7. Mutabilidade”.

Assim, alguns aspectos, como a sempre necessária presença da Administração Pública como uma das partes, sob o manto dos princípios e das normas do Direito Administrativo e dispor de privilégios em relação à outra parte, evidenciam diferenças substanciais entre os contratos administrativos e os contratos firmados entre particulares.

Entretanto, é importante registrar o alerta feito pela própria Di Pietro (2014, p. 268), para a qual nem sempre essa diferenciação poderá ser simples, pois em seu entendimento mesmo os contratos de Direito Privado firmados pela Administração são derogados parcialmente pelo Direito Público, imprimindo-lhes algumas características que também existem nos contratos administrativos propriamente ditos.

Desta maneira, diante de tais características, certamente a de maior relevância ao presente estudo é aquela atinente à presença das cláusulas exorbitantes. O termo "exorbitantes" pode até parecer depreciativo ou abusivo, mas segundo Mazza (2014, p. 449), ao contrário, tais cláusulas recebem tal denominação porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de Direito Privado.

Isto posto, a presença de cláusulas exorbitantes é um diferenciador dos contratos administrativos e implica, segundo Meirelles (2016, p. 241), a participação da Administração em condição de supremacia de poder na relação contratual, permitindo, complementa Horbach (2016, p. 52), a submissão do particular a condições que são estranhas ao Direito Civil.

Por conseguinte, para Meirelles (2016, p. 241), tais cláusulas não seriam lícitas num contrato privado, pois desigualariam as partes na execução, entretanto são válidas no contrato administrativo, desde, ressalta o autor, que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa.

Dois traços essenciais, apontados por Horbach (2016, p. 53), caracterizam uma cláusula exorbitante. O primeiro deles é a existência de prerrogativas, em favor da própria Administração, ligadas ao interesse público, que tiram a igualdade natural entre as partes observada nos contratos privados. O segundo é a verificação de limitações à liberdade contratual, que restringem a atuação do Poder Público.

O interesse público norteia, lembra Carvalho Filho (2014, p. 34), o desenvolvimento das atividades administrativas do Estado, para o benefício da

coletividade. Assim, continua o autor, não é em si o indivíduo o destinatário final, mas sim o grupo social como um todo.

Binenbojm (2005, p. 3) é cético sobre tal entendimento, pois compreende que tal princípio visou tão somente a manutenção do *status quo* existente antes da Revolução Francesa. Para o autor, o que se busca é a quebra da isonomia entre as partes, de modo semelhante como ocorria na França absolutista, onde as relações entre o soberano e seus súditos aconteciam sob o dogma da verticalidade (privilégio) e não da horizontalidade (direito).

Por sua vez, Ferreira (2018, p. 207) reconhece que os contratos administrativos são regidos por princípios e regras de ordem pública colocando a Administração Pública em posição de superioridade, entretanto, alerta que tal situação por vezes prejudica o particular ou até mesmo o bom andamento do serviço público.

No caso da Administração Pública, continua Ferreira (2018, p. 207) não se pode deixar de mencionar que a incidência do princípio da supremacia do interesse público opera como uma “blindagem” à intervenção do Direito Privado nas relações jurídicas de Direito Público, em especial em suas contratações. A doutrina tradicional sempre há de trazer esse princípio como obstáculo à superação da dicotomia entre Direito Público e Privado, mas a doutrina mais moderna, segundo o autor, vem afastando esse entendimento.

Apesar das discussões doutrinárias sobre o tema, o fato é que as cláusulas exorbitantes estão positivadas em nosso ordenamento jurídico, no que tange aos contratos administrativos, enumeradas no arts. 56, 58, 78, XV da Lei nº 8.666/93, compreendendo:

a) Exigência de garantia: com a finalidade de garantir a plena execução do contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público, preservando o interesse público, a Administração Pública poderá - ou seja, é uma faculdade - exigir do contratado, até mesmo na fase de licitação (art. 31, §2º, Lei nº 8.666/93), a apresentação de garantia, a qual, em regra, não poderá ultrapassar o correspondente a cinco por cento do valor do contrato;

b) Alteração unilateral do objeto: essa prerrogativa permite a Administração Pública promover alterações quantitativas ou qualitativas, os termos do inciso I, do art. 65 da Lei nº 8.666/93¹⁰;

c) Rescisão unilateral: a possibilidade da rescisão unilateral do contrato pela Administração está prevista no artigo art. 58, II, c/c arts. 79, I e 78, I a XII, devendo ser motivada e precedida de ampla defesa (art. 78, parágrafo único), podendo para Bandeira de Mello (2008, p. 622), a rescisão ocorrer por razões de interesse público obviamente fundadas e justificadas, sem falta do contratado, caso em que este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido (§2º do art. 79 da Lei nº 8.666/93), ou por falta do contratado, nas hipóteses a que se reportam os artigos mencionados;

d) Fiscalização: trata-se de prerrogativa do Poder Público, prevista no art. 58, III, e disciplinada mais especificamente no seu art. 67, que exige ser a execução contratual acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especificamente designado;

e) Retomada do objeto: para Di Pietro (2014, p. 287), a retomada do objeto tem por objetivo assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente, ao andamento de serviço público essencial - trata-se, neste último caso, de aplicação do princípio da continuidade do serviço público;

f) Restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*): somente a partir de atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração, decorrentes de obras, serviços ou fornecimento já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, é fica assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das suas obrigações, até que seja normalizada a situação, nos termos do inciso XV, do art. 78 da Lei de Licitações. Assim, segundo

¹⁰ Isto não significa, no entendimento de Bandeira de Mello (2008, p. 621), total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, o que implicaria em burla ao instituto da licitação. Estas modificações, segundo o autor, só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, onde novas circunstâncias acabam por impedir a realização do escopo inicial, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações;

Di Pietro (2014, p. 288), no Direito Administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular. Em regra, o que se pode fazer é requerer, administrativamente ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente para paralisá-lo. Frisa a autora, que a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de rescisão unilateral apenas por parte Administração (art. 79, I), sendo que em nenhum outro dispositivo confere tal direito ao contratado;

g) Aplicação de penalidades: a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre as indicadas no art. 87 da Lei de Licitações.

Certos comportamentos agressivos ao interesse público, conforme Bandeira de Mello (2008, p. 634), praticados em relação aos contratos administrativos são qualificados como crime. Na Lei de Licitações, a partir de seu art. 89, encontram-se tipificadas diversas condutas como crime, tais como, de contrato efetuado sem licitação, prorrogação contratual fora das hipóteses admissíveis, fraude, etc. As penas estabelecidas são de detenção, que varia de três meses a seis anos, conforme a figura delituosa, e multa entre dois e cinco por cento do valor do contrato.

1.2 Inexecução Contratual e Sanções Administrativas

O ideal na vida e nos contratos seria que tudo aquilo pactuado inicialmente entre as partes fosse de fato adimplido, mas infelizmente, ao longo da execução, não é raro que fatos novos emergjam e alterem a dinâmica do cumprimento do contrato, levando ao inadimplemento total ou parcial do originalmente ajustado.

O inadimplemento contratual, nos termos de Meirelles (2016, p. 267), compreende a inexecução contratual decorrente do descumprimento de suas cláusulas, seja no todo ou em parte, podendo ocorrer por meio de uma ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado.

Na inexecução culposa, conforme Carvalho Filho (2014, p. 208), em função de toda uma gama de intensidade de conduta, extremam-se o dolo e a culpa, ambos agrupados, no Direito Civil, na culpa civil (art. 186, Código Civil). Assim sendo,

significa dizer que é irrelevante lesar a parte agindo com dolo (ânimo intencional de descumprir) ou culpa (ação ou omissão com imprudência, imperícia ou negligência): sendo desobedecido o ajuste e inexistindo motivo determinante para a exclusão da culpa, a parte poderá ser considerada inadimplente.

Já a inexecução sem culpa, segundo o mesmo Carvalho Filho (2014, p. 212), ocorre quando uma das partes não consegue cumprir o contrato nas condições em que foi firmado, em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do objeto do contrato. Correspondem a situações excepcionais, e a eles não deu causa a parte inadimplente. Por isso tratam-se de excepcionalidades com capacidade para influenciar negativamente a marcha da execução contratual.

A inexecução de um contrato trará sempre transtornos às partes, uma vez que o fim que se pretendia não será alcançado em sua plenitude. Porém, a depender da situação fática o contratado poderá ser responsabilizado de diversas maneiras, como bem sintetiza Madeira (2014, p. 819):

- “a. Responsabilidade civil: que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial; pode provir de lei, do ato ilícito e da inexecução do contrato;
- b. Responsabilidade administrativa: é a que resulta da infringência de norma da Administração estabelecida em lei ou no próprio contrato, impondo um ônus ao contratado para com qualquer órgão público;
- c. Suspensão provisória: é a sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade;
- d. Declaração de inidoneidade: é a pena aplicável por faltas graves do contrato inadimplente, para impedir que continue contratando com a Administração. É sanção administrativa. Só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos. O que caracteriza é o dolo ou a reiteração de falhas”.

Inicialmente, a Lei de Licitações traz em seu bojo o rol das penalidades aplicáveis aos contratados que violarem as obrigações assumidas perante a Administração Pública. Assim, a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa, independentemente de autorização judicial, de aplicar e executar por ato próprio, sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre aquelas indicadas a seguir no art. 87 da Lei de Licitações.

“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”.

Em 2002, a Lei nº 10.520, responsável pela instituição da modalidade de licitação denominada pregão, aumentou, conforme disposto no seu art. 7º, o prazo máximo para a suspensão temporária de dois para até cinco)anos, quando da prática de atos contrários ao certame do pregão e/ou ao contrato decorrente do mesmo, nos termos fixados naquela lei, mas não trouxe previsão para a sanção de advertência e de inidoneidade: porém, trouxe a previsão de descredenciamento do sancionado do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF)¹¹, providência esta não disposta na Lei nº 8.666/93.

Tais sanções são compreendidas por Carvalho Filho (2014, p. 221) como uma série de atos administrativos, de caráter punitivo, sendo as mais leves, as penas de advertência e de multa, e as mais graves, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Portanto, ao observar as sanções administrativas previstas na legislação para o eventual inadimplemento contratual é notório perceber a existência de gradação entre as penalidades, partindo de uma penalidade mais leve, como a advertência, até chegar a uma penalidade mais gravosa, como a declaração de inidoneidade. Entretanto, não há uma vinculação entre a conduta e a sanção aplicável.

¹¹ O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF tem por finalidade cadastrar e habilitar parcialmente os interessados, mediante cadastramento único, pessoas físicas ou jurídicas, em participar de licitações realizadas por órgãos/entidades da Administração Pública Federal, bem como, acompanhar o desempenho dos fornecedores cadastrados e ampliar as opções de compra do Governo Federal. Fonte: <http://www.comprasnet.gov.br/Ajuda/siasg/FaqSicaf_Nov2006.htm#r1>. Acesso em: 20 mar. 2019.

A existência de um rol de sanções na legislação veda à Administração criar novas maneiras de apenar o inadimplente, não sendo possível, por exemplo, como explicitado em decisão do TCU¹², a inserção de cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como punição em si mesma, tendo em vista que as disposições da Lei de Licitações não tratam tal providência como modalidade autônoma de apenação.

Lançado um olhar sobre os tipos de sanções, observa-se que a advertência é aquela que sem dúvida carrega o menor grau de restrição, é a mais branda delas, devendo ser reservada para as infrações mais leves, que não acarretam prejuízo de monta à Administração. Naturalmente, são cabíveis somente aos contratos ainda vigentes, pois segundo o Ministério do Planejamento (2015, p. 26), esta sanção possui um caráter mais educativo, devendo produzir um efeito pedagógico junto ao penalizado, cujo objetivo último é que surta um efeito positivo na qualidade da prestação dos serviços.

No Direito Privado, quando o consumidor quando é mal atendido, o produto entregue é de baixa qualidade, ou simplesmente não é entregue, além das medidas sancionatórias legais, possui o adquirente arbítrio de nunca mais adquirir qualquer coisa daquele estabelecimento. Infelizmente, para a Administração Pública esta não é uma decisão trivial, pois para assim proceder deverá sancionar a contratada por meio da suspensão temporária, a qual é conceituada por Meirelles (2016, p. 274) como sendo a “sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade”.

Em relação à mesma sanção, Meirelles (2016, p. 274) ainda chama a atenção para o seu alcance. Seria restrita ao órgão sancionador ou abarcaria toda a Administração Pública? De maneira breve, o que se verifica é que atualmente o Tribunal de Contas da União tem firmado entendimento de que tal sanção incide apenas sobre a Administração diretamente relacionada, ou seja, somente em relação ao órgão ou à entidade que contratou e penalizou a respectiva empresa, não se

¹² Processo nº TC-012.916/1999-4. Decisão nº 621/01. Relator Ministro Marcos Vinícios Villaça. DOU, Brasília, DF, 11 set. 2001.

ampliando a toda Administração Pública, conforme se extrai a seguir do Acórdão nº 2.962/15-TCU-Plenário¹³.

“9.3.2. a jurisprudência deste Tribunal tem se sedimentado no sentido de que a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, a exemplo dos Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012 e 1.064/2013, todos do Plenário”.

Justen Filho (2016, p. 342) posiciona-se no sentido de restringir a suspensão temporária a esfera federativa de aplicação da sanção, partindo de uma análise do próprio texto legal. O glossário contido no art. 6º (XI e XII) da Lei 8.666/93, define o termo "administração" como todo o conjunto de entidades estatais exercentes de função administrativa, enquanto a "administração pública" indica, no corpo da lei, apenas a entidade que participa da contratação.

Assim, conclui o autor, a suspensão do direito de participar de licitação deve produzir efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar, pois tal interpretação deriva da redação legislativa, uma vez que o inciso II, art. 87 da Lei de Licitações utiliza apenas o vocábulo "administração".

A declaração de inidoneidade está prevista no art. 87, IV da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

“Art. 87. 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 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.

[...]

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

¹³ Processo nº TC 019.168/2015-2. Acórdão nº 2.962/15. Relator Ministro Benjamin Zymler.

É a penalidade aplicável, conforme Meirelles (2016, p. 274), na ocorrência de faltas graves do contratado, em que há dolo ou a reiteração de falhas do profissional ou da empresa, a fim de impedir que continue contratando com a Administração.

O art. 88 da Lei de Licitações especifica algumas condutas passíveis de sancionamento, tanto por suspensão temporária, quanto por declaração de inidoneidade, como se observa a partir de sua redação a seguir.

“Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

O erro para Meirelles (2016, p. 274), é uma contingência humana e, quando não há má-fé ou reincidência decorrente de culpa grave, deve ser punido com penalidade mais branda que a declaração de inidoneidade, que pode acarretar a ruína do infrator, uma vez que pode privá-lo de seu principal cliente. Por isso, em regra, atribui-se competência a autoridades de hierarquia mais elevada, como é o caso de Ministros de Estado, do Secretários Estaduais ou Municipais, conforme o caso.

É importante observar, que se constatando a ocorrência de fraude à licitação, o Tribunal de Contas da União também possui competência para declarar a inidoneidade de empresa licitante para participar de licitação Pública Federal, em razão do disposto no art. 46 de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92):

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Uma outra barreira que se impõem ao particular declarado inidôneo é que a própria Lei de Licitações considera crime a contratação de empresa ou profissional considerado inidôneo, nos termos do art. 97, com previsão de detenção de seis meses a dois anos, além de multa.

Por fim, Carvalho Filho (224, p. 223) chama a atenção para uma questão de ordem prática sobre o alcance do efeito da aplicação dessa sanção administrativa, no que tange aos contratos em vigor celebrados com a sociedade punida. Sob a ótica do

autor, tais contratos não estariam sujeitos à rescisão automática, devendo, se for o caso, ser instaurado o devido processo administrativo para o desfecho contratual. Significa, pois, que os efeitos da punição são *ex nunc*, ou seja, incidem apenas para licitações e contratações futuras. Outro aspecto é o de que nada impede que, a despeito da sanção, os demais contratos sejam regularmente cumpridos pelo contratado.

Assim, a declaração de inidoneidade, segundo Medeiros (2011, p. 3), diferencia-se da suspensão temporária, não pelo conteúdo, mas pela extensão, prazo e competência.

Quanto à multa, é a única que possui natureza pecuniária e ao mesmo tempo cumulável com as demais penalidades, nos termos dos arts. 86 e 87, §2º, da Lei nº 8.666/93.

A Lei de Licitações é regulada pelo Direito Público, mas isso não se dá de maneira estanque, uma vez que o Direito Privado é aplicado de maneira supletiva, nos termos de seu art. 54:

"Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

O art. 389 do Código Civil, conforme assinala Carvalho Filho (2014, p. 201), dispõe que se não for cumprida a obrigação, "responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". A disciplina alcança todos os contratos, inclusive os contratos administrativos, eis que inexistente previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual.

As consequências para o inadimplemento são previstas em cláusula específica denominada cláusula penal, assim definida por Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 361):

"A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposo da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso mora".

Evidente que no contrato administrativo não há que se falar em um acordo sobre a cláusula penal, mas uma imposição da Administração ao particular. Para

Stolze e Pamplona filho (2011, p. 361), a cláusula penal possui dois fins básicos: a pré-liquidação de danos e a função intimidatória. O primeiro, busca estabelecer de modo antecipado como se dará a indenização à parte prejudicada pelo inadimplemento contratual. O segundo, atua mais no âmbito psicológico do eventual devedor, influenciando para que ele não deixe de solver o débito, no tempo e na forma estipulados.

A partir destes fins e da análise do art. 409 do Código Civil, Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 362) identificam duas espécies de cláusula penal:

a) Cláusula penal compensatória (estipulada para o caso de descumprimento da obrigação principal);

b) Cláusula penal moratória (estipulada para o caso de haver infringência de qualquer das cláusulas do contrato, ou inadimplemento relativo — mora).

Retornando à Lei de Licitações, observa-se que a cláusula penal nela prevista contempla as duas espécies referidas¹⁴, a moratória no art. 86 e a compensatória no art. 87, II. Quanto aos percentuais aplicáveis, a lei é silenciosa, remetendo ao disposto no instrumento convocatório ou contrato, o que em prejuízo parece possibilitar uma total discricionariedade do gestor público.

O Tribunal de Contas da União (2010, p. 753) recomenda que o contrato dever observar e especificar as condições e valores, os percentuais e a base de cálculo e o prazo máximo para recolhimento, após a ciência oficial. Ademais, o próprio Tribunal recomenda que na redação de cláusulas contratuais referentes à aplicação de multas, deve evitar-se o uso de expressões imprecisas ou que gerem dupla interpretação, a exemplo da seguinte informação “multa de ATÉ 5%”.

Quanto ao pagamento da multa, o particular fornecedor, após regular procedimento e observado o contraditório e a ampla defesa, poderá ter seu valor descontado da garantia relativa ao objeto contratado e, se superior ao valor desta, o remanescente será descontado dos pagamentos eventualmente devidos pela

¹⁴ "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.

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

[...]

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"

Administração, conforme previsão contida nos §§ 2º e 3º do art. 86 da Lei nº 8.666, de 1993, ou quando for o caso, cobrada judicialmente.

A Lei nº 12.846/13 estabeleceu a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contrários à Administração Pública nacional e estrangeira. Apelidada de “Lei Anticorrupção” (LAC) entrou em vigor 29 de janeiro de 2014.

Nesse sentido, trata-se de uma nova lei que busca combater a prática de condutas fraudulentas graves nas licitações e contratações públicas e a corrupção, de modo que sua aplicação vai muito além daquelas infrações gerais/ordinárias tratadas no âmbito da Lei de Licitações e desta forma, não será objeto de estudo neste trabalho, apesar de contar com alguns dispositivos inovadores, como a possibilidade de se firmar acordo de leniência, que dentre as suas particulares, permite a isenção ou a atenuação das sanções aplicadas decorrentes dos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações.

Ao final deste capítulo compreendeu-se as diversas especificidades que cercam a celebração dos contratos administrativos pelas chamadas cláusulas exorbitantes. Ficou patente a posição de supremacia da Administração Pública frente aos seus fornecedores, em especial naquilo relativo à aplicação de sanções administrativas em virtude de possível inadimplemento contratual.

O rol de sanções previstas nas legislações confere à Administração Pública grandes poderes a fim de garantir o perfeito adimplemento de seus ajustes, entretanto, como ensina a sabedoria popular, a diferença entre o remédio e o veneno muitas vezes é a dose.

Desta maneira, diante da ausência de parâmetros cristalinos para a aplicação de tais sanções, o estudo dos princípios, em especial da razoabilidade e da proporcionalidade, no capítulo a seguir é essencial ao presente estudo, pois buscam conter os eventuais excessos praticados Administração Pública.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS DESTACÁVEIS

Segundo Silva (2005, p. 91) a palavra princípio aparece com diversos sentidos, apresentando uma ideia de começo, de início.

Em uma definição preliminar, abrangente e genérica, Cretella Júnior (1988, p. 7) compreende os princípios de uma ciência, como sendo “proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”. Assim, prossegue o autor, os princípios constituem os alicerces da ciência, a base, ou seja, é a essência que não se pode perder de vista.

Já Bandeira de Mello (2015, p. 54) ao tratar do assunto, e de acordo com Silva (2005, p. 91) sob um olhar sobre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, conceituou princípio da seguinte maneira:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Os princípios possuem uma aplicação ampla no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a Teoria Geral do Direito, conforme Rocha (2015, p. 143), reconhece atualmente como espécies do gênero normas jurídicas, os princípios e as regras.

As normas, segundo Silva (2005, p. 91) são:

“preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

Os trabalhos sobre os princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy tiveram larga repercussão e servem de importante referencial para o entendimento da dinâmica das normas jurídicas.

A distinção substancial entre princípios e regras pode ocorrer a partir, conforme Farias (1996, p. 24), a partir da ideia de peso ou importância dos princípios e a identificação dos princípios como mandados de otimização.

Ronald Dworkin (*apud* Farias, 1996, p. 25) entende que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância ausente nas regras. Essa característica se revela claramente para Dworkin quando dois ou mais princípios entram em colisão entre si. Nessa hipótese, a colisão seria solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio em cada contexto e momento, a fim de escolher qual(is) dele(s) no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o(s) outro(s).

Assim, conforme assinala Carvalho Filho (2014, p. 18), havendo a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, será necessário verificar, após o processo de ponderação de seus valores, qual princípio prevalecerá à hipótese concreta.

Ainda segundo Dworkin, as regras jurídicas não possuiriam tal dimensão, de modo que de um conflito dado entre duas regras, apenas uma delas poderá ser válida, cabendo ao intérprete identificá-la. Para levar a cabo esta decisão, os critérios norteadores devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico, como por exemplo, o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade.

Diversamente, Robert Alexy (*apud* Farias, 1996, p. 26) defende a concepção de que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual, mas qualitativa. Segundo o autor, os princípios são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios seriam “mandados de otimização” que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Ao revés, as regras são normas categóricas que apenas admitem ser cumpridas ou não, neste último caso dar-se-ia uma infração sancional. Se uma regra é válida, contém, portanto, uma ordem peremptória que deve ser cumprida sem admitir graduação sobre ela própria ou outra regra válida pertinente assim o determinar.

Quanto ao Direito Administrativo brasileiro, o mesmo se vale de inúmeros princípios, dentre os quais, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. São princípios que não estão expressos no texto constitucional, mas estão inseridos no art. 2º da Lei nº 9.784/99, dispositivo que compreende um rol exemplificativo dos princípios que devem *a priori* serem observados pela Administração Pública Federal.

Neste sentido, pode-se aferir que os princípios são grandes norteadores da aplicação do Direito, e em especial do Direito Administrativo ao caso concreto, e que inexistem princípios absolutos e, portanto, colisões entre princípios, conforme apresentado por Dworkin, são fenômenos comuns à nossa sociedade presente.

As cláusulas exorbitantes, estudadas no capítulo anterior, implicam em uma supremacia da Administração Pública perante o particular, de modo que os conflitos são inerentes neste campo. A solução muitas vezes perpassará por diversas questões de ordem técnica ou jurídica, porém, na busca da solução mais adequada, dois princípios são indispensáveis, a razoabilidade e a proporcionalidade.

2.1 Princípio da razoabilidade

Sua origem, segundo Barroso (2009, p. 256), ocorre a partir da Carta Magna de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra da Inglaterra, em decorrência da cláusula *law of the land*, a qual procurou coibir os excessos praticados pelo Rei contra a nobreza. No mesmo nascedouro, também emergirá a garantia ao devido processo legal, cujo desenvolvimento influenciará o princípio da razoabilidade.

Foi, contudo, no direito estadunidense, continua Barroso (2009, p. 256), onde ocorreu desenvolvimento jurisprudencial do devido processo legal, consagrado nas 5ª e 14ª emendas da Constituição dos Estados Unidos, possibilitando que o princípio da razoabilidade surgisse como um parâmetro para o controle de constitucionalidade.

O princípio do devido processo legal pode apresentar dois sentidos: processual (ou adjetivo) e material (ou substantivo), conforme esclarece Netto (2000, p. 13):

"Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos)".

Inicialmente, disserta Barroso (1996, p. 198), o devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases não excludentes: "a primeira onde

se revestiu de caráter estritamente processual, e uma segunda, de cunho substantivo, que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional”. Esta segunda fase, foi marcada por três fases bem distintas: prestígio, desprestígio e renascimento.

O prestígio e consolidação da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal ocorre no final do século XIX persistindo até o final da década de 30. É um momento, conforme Oliveira (2013, p. 123), em que a Suprema Corte americana está impregnada pelos ventos liberais da ausência de intervenção do Poder Público nas questões econômicas e sociais. Entretanto, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, explica Oliveira (op.cit.) o Estado vê-se compelido a adotar uma série de medidas de intervenção no domínio econômico e social, encontrando forte reação contrária da Suprema Corte. A partir deste embate, o entendimento predominante à época foi alterado, deixando a Suprema Corte, a partir dali de efetuar controle substantivo das leis de cunho econômico e social.

Posteriormente, a partir de 1950, há um renascimento do devido processo legal substantivo, conforme observa Oliveira (2013, p. 124):

“O devido processo legal substantivo e nasce com vigor, quando a Suprema Corte introduz em sua jurisprudência a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas (liberdades pessoais) [...] Enquanto na análise de casos envolvendo a liberdade econômica os tribunais deveriam evitar interferência, no julgamento das questões envolvendo liberdades pessoais.”

Diante a consolidação do devido processo legal em seu caráter substantivo, Siqueira Castro (*apud* Barroso, 1996, p. 199), arremata que o mesmo “tornou-se um importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”. É por seu intermédio, segundo Siqueira Castro que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Para Ferraz Jr. (2016, p. 106) o princípio da razoabilidade compreende se tratar de um controle finalístico da lei e da adequação entre meios e fins por ela estabelecidos, com o que a legalidade é, de certo modo, entrelaçada com a razoabilidade.

Em nosso país, de acordo com Meirelles (2016, p. 99), o princípio da razoabilidade angaria dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Barroso (1996, p. 204) ao realizar uma análise sobre as dificuldades de conceituação do princípio da razoabilidade, defende que o mesmo é mais fácil de ser sentido do que conceituado, uma vez que se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.

Deste modo, apesar de sua reconhecida importância, a razoabilidade é um princípio que pode gerar dúvidas e discussões infundáveis, por possuir diversas acepções. Ferraz Jr. (2016, p. 109) elenca algumas, a saber:

- “1. No âmbito da técnica (enunciados técnicos: se quer A, faz B) fala-se de meios razoáveis para obter certo fim (razoabilidade técnica).
2. Na axiologia jurídica (enunciados valorativos: a situação A é justa), diz-se que são razoáveis certas situações elas próprias com carga valorativa (cooperação, ordem, paz, segurança, etc.) quando se fundam na justiça, enquanto valor fundante e abarcante dos demais (razoabilidade axiológica).
3. Na ciência do direito (enunciados dogmáticos de busca de razão suficiente para uma conduta: a conduta A tem por fundamento a lei Y), a razoabilidade significa uma adequada subsunção: adequada essencialmente quando se dá em face de uma *standard* comportamental jurídico, adequada verdadeiramente, quando se dá em face de critério de justiça acolhido pelo ordenamento (razoabilidade jurídica)”.

Conceitualmente, a razoabilidade, no entendimento de Carvalho Filho (2014, p. 41), é a “qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”.

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 99) compreende que tal princípio busca evitar excessos, de modo a compatibilizar os meios e os fins, a fim de evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração.

Assim, para Ferraz Jr (2016, p. 109), ao se falar da razoabilidade em *sentido lato*, por exemplo, em relação a um ato administrativo (como por exemplo, a aplicação de uma sanção por inadimplemento contratual) pensa-se, em geral, na razoabilidade jurídica, a qual admitirá duas espécies: a de ponderação e a de seleção.

Para o mesmo autor (2016, p. 110), partindo da hipótese de que as normas jurídicas são constituídas de um antecedente e um conseqüente (se ocorrer

inadimplência, segue a sanção, por exemplo), estaríamos diante de uma razoabilidade de ponderação. Em termos de justiça, estaria em questão o equilíbrio entre o fato e a consequência.

Já a razoabilidade de seleção, entende Ferraz Júnior (op. cit.), relaciona-se com a escolha dos conteúdos que integrarão o fato antecedente da norma (legal, judicial, administrativa). Aqui, a razoabilidade se refere não à imputação, mas ao imputado. Exemplifica o autor:

“Na imputação subjetiva do cometimento de um ato criminoso, se os imputados de 16 anos devem ter o mesmo tratamento dos de idade superior. Ou seja, cada vez que o emissor de uma norma a estabelece, deve efetuar uma valoração de razoabilidade ao selecionar o alcance do fato antecedente (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 110)”.

Conclui Ferraz Jr (2016, p. 113), que a avaliação do princípio da razoabilidade deve se iniciar pela razoabilidade dos fins perseguidos, para depois avaliar a razoabilidade do meio.

Durante a execução da lei pelo administrador, acrescenta Rocha (1997, p. 270), muitas situações fáticas dependerão da adoção de critérios interpretativos para se compreender qual interesse público deve ser preservado. A razoabilidade, deste modo, segundo a autora, incide sobre critérios interpretativos e o fim pretendido, de modo que somente seria alcançada pelas ações ou omissões adotadas pelos agentes públicos que fossem congruentes com as finalidades pré-determinadas pela lei.

Em sentido consonante, Carvalho Filho (2014, p. 42) vislumbra que o princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Para o autor, a ausência de razoabilidade é condicionada à existência de algum vício do comportamento estatal. Significa dizer, segundo o autor, que o princípio da razoabilidade somente seria violado quando houvesse uma violação do padrão vigente da licitude.

Em postura parcialmente diversa, Barroso (1996, p. 204) arremata que o princípio da razoabilidade é um “parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Para o autor, é razoável aquilo que se encontra em conformidade com a razão, a partir de uma noção de equilíbrio, moderação e harmonia, o que por sua vez,

não se coaduna com algo arbitrário, correspondendo ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Importante, no entanto, atentar que a produção de normas jurídicas pelo Estado normalmente se dará ainda, conforme Barroso (2009, p. 232), diante de certas circunstâncias concretas, visando a realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, conclui o autor, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios.

Enfim, para Barroso (2009, p. 232), a razoabilidade deve ser aferida da seguinte maneira:

“Em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistirá qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação”.

Assim, podemos compreender ao final que o princípio da razoabilidade, de uma origem anglo-saxônica, exprime no direito brasileiro uma relação entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. A ideia de proporcionalidade é inerente, mas só isto não basta, sendo necessária uma análise dos instrumentos disponíveis para a consecução de um fim e depois escolher os meios mais adequados para o seu atingimento. Exemplificando. O Estado brasileiro pode estabelecer diversos instrumentos que estimulem seus fornecedores a adimplir adequadamente suas obrigações, seja por estímulos negativos ou positivos. O princípio da razoabilidade perpassa este momento inicial de definição de tais instrumentos,

2.2 Princípio da proporcionalidade

Bonavides (2004, p. 398) afirma que a proporcionalidade é de conhecimento bastante antigo da humanidade, sendo, porém, redescoberta nos últimos duzentos

anos, com o advento do Direito Administrativo, no qual possui atualmente uma aplicação já clássica e tradicional.

Sua redescoberta se dá na Alemanha, em um ambiente fortemente influenciado pelas ideias liberais, com o intuito delimitar a discricionariedade administrativa, conforme aponta Barroso (2009, p. 256), buscando evitar eventuais arbítrios do Poder Público, sobretudo no exercício do poder de polícia, complementa Oliveira (2013, p. 124).

Já na metade do século XX, diante do fim do regime nazista e de seus horrores, ficou evidente para a sociedade alemã, conforme demonstra Barros (2003, p. 7), a necessidade de uma legislação que zelasse pelos direitos fundamentais e que fosse capaz de impedir o cometimento de novas atrocidades. Assim, a Constituição Alemã, promulgada em 1949, buscou tutelar os direitos fundamentais frente aos poderes do Estado, utilizando-se dentre outros instrumentos, ainda que implicitamente, do princípio da proporcionalidade, ocorrendo assim, a sua incorporação ao Direito Constitucional.

Entretanto, é importante verificar que o princípio da proporcionalidade não traz consigo um conteúdo relativo à conduta humana, necessitando da complementação material de outras normas, conforme assevera Ávila (1999, p. 170), nos seguintes termos:

“O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura”.

No que tange ao Brasil, a Constituição de 1988, ao trazer diversos direitos, garantias e princípios norteadores de sua aplicabilidade, também carrega a difícil missão em conciliá-los com a atuação estatal e a realidade fática da sociedade, advindo irremediavelmente em algum momento conflitos, os quais implicarão no dever de ponderação, cuja medida, nos termos de Ávila (1999, p. 170), só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade.

Assim, para a solução de tais conflitos, onde haja uma relação de causalidade entre o meio e fim, torna-se necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que de fato se atinja a finalidade almejada. Nesta esteira, a doutrina alemã ao se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade, de acordo com Oliveira (2013, p. 124), o compreendeu a partir de três subprincípios essenciais e interconectados, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por intermédio do subprincípio da adequação, conforme Zimmerli (*apud* Bonavides, 2004, p. 396), verifica-se se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, ou seja, a norma deve possuir aptidão para os fins a que se destina.

No entanto, segundo Ávila (2005, p. 116):

“A compreensão da relação entre meio e fim exige resposta a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”

Para responder essas indagações, o mesmo Ávila (2005, p. 117) recomenda uma análise em termos quantitativos (intensidade), qualitativos (qualidade) e probabilísticos (certeza).

Já o subprincípio da necessidade, por sua vez, conforme explica Carvalho Filho (2014, p. 43), implica na exigibilidade da medida, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos.

O exame da necessidade para Ávila (2005, p. 122) envolve duas etapas de investigação. A primeira, o exame da igualdade de adequação dos meios, visando verificar se os meios alternativos promovem igualmente o mesmo fim. A segunda, o exame dos meios menos restritivos aos direitos fundamentais colateralmente afetados.

Em relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Hirschberg (*apud* Ávila, 1999, p. 171) o compreende como uma condição negativa, uma vez que exige que o meio e o fim devam estar em relação de proporção, ou, nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 43), "quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens".

Assim, nesse subprincípio é necessário julgar o grau de importância do fim e o grau de restrição, ou seja, as vantagens causadas pela promoção do fim, ou, as desvantagens decorrentes da adoção do meio.

Resumidamente, usando das palavras de Ávila (1999, p. 174), podemos compreender esses subprincípios da seguinte maneira:

“Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos”.

Para Ferraz Jr (2016, p. 117), o que se discute ao final é a aferição da compatibilidade justa entre os meios e fins. É essa compatibilidade, segundo o autor, que evoca padrões de proporcionalidade (lógica interna da estrutura meio/fim) e razoabilidade (bom senso, sentido criterioso do ato normativo) da lei.

Deste modo, sendo um determinado comando instituído por lei, o primeiro passo é verificar a sua necessidade diante da finalidade pretendida. Assim, a necessidade é o primeiro critério de justeza proporcional, pois se contrapõe ao supérfluo.

Atendido esse requisito, deve-se verificar se ele é funcionalmente adequado para obtenção do fim e, ademais, substancialmente adequado por não agredir outro valor protegido constitucionalmente. A justeza proporcional implica aqui harmonia.

Por fim, deve-se averiguar se, ainda que necessário e adequado, o dispositivo é proporcional estrito senso à finalidade a que se destina, não contendo excessos, para mais ou para menos. E o terceiro requisito, finaliza Ferraz Jr (op.cit), traz por fim à justeza proporcional da relação em sentido de prudência, pois nem tudo que é necessário e adequado é, por consequência, justo: a proporcionalidade exige o sopesamento próprio do julgamento virtuoso e, nesse sentido, razoável.

Assim, o princípio da proporcionalidade, conforme anota Rocha (1997, p. 271), busca evitar a prática de excessos pelo Poder Público, a fim de permitir que os atos praticados alcancem seus objetivos previstos na proporção demandada pela situação jurídica. Deste modo, o ato do administrador não deve ultrapassar, seja em intensidade ou extensidade, o necessário para atingir o interesse público.

Nessa perspectiva, Carvalho Filho (2014, p. 43) entende que o fundamento do princípio da proporcionalidade é justamente o excesso de poder que o Estado possui, e o fim a que tal princípio se destina é coibir a prática de atos de agentes públicos que ultrapassem os limites esperados. Evidentemente, conclui o autor, que o Poder Público tem o dever de atuar e de agir em determinadas situações, entretanto deve-se pautar pelo equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Curiosamente, conforme já anteriormente mencionado neste capítulo, o princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, apesar de fazer parte do rol de princípios elencados na Lei nº 9.784/99, a qual dispõe:

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

A proporcionalidade é um princípio que deve ser observado pela Administração Pública. Assim, evidencia-se, por exemplo, que a dosimetria da sanção administrativa deve levar em conta a lesividade do bem protegido. Falta contratual de natureza leve não deve ser apenada acirradamente com a proibição de licitar (TRF 5ª Região. 1ª Turma. AC nº 19303/RN. Rel. Des. Rivalvo Costa. DJ 16. jul. 1993).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu que “embora tenha ocorrido atraso na execução do objeto, a utilidade para o contratante não justifica que o mesmo aplique a multa de 88,5% sobre o valor do contrato. Multa desproporcional. Apelação desprovida”¹⁵.

Em ambos os casos apresentados, o princípio da proporcionalidade foi de essencial importância para análise do caso concreto, estabelecendo-se uma relação compatível entre a multa aplicável e a infração cometida.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de possuírem origens distintas, tanto o princípio da razoabilidade, quanto o da proporcionalidade, visam seguramente evitar o cometimento de abusos pelo Estado.

¹⁵ TJDF. 3ª Turma Cível. APC nº 4808798/DF. Acórdão nº 106302. Rel. Des. Campos Amaral. DJ 05.ago.1998 Seção 3, p. 99.

O princípio da razoabilidade, em síntese, exprime uma relação entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. No presente estudo, vislumbra-se como fim desejado o correto adimplemento das obrigações assumidas pelos fornecedores perante a Administração Pública, entretanto, diante do inadimplemento, as sanções administrativas constituem-se nos meios disponibilizados pelo legislador para punir, inibir e compensar a mesma Administração (total ou ao menos parcialmente) dos danos sofridos.

A escolha do meio mais eficiente para o atingimento deste fim perpassa necessariamente pelo exame de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, extremamente congruente com o princípio anterior, também se constitui em uma análise entre meios e fins desejados, atendidos aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, é necessário verificar se as ações do fornecedor perante o inadimplemento se deu de forma culposa ou não, a sanção aplicada é condizente com a infração cometida e finalmente, e talvez a essência deste princípio se a intensidade da sanção (valor da multa, tempo de suspensão, por exemplo) é adequada com a infração cometida e com seus reflexos para a Administração para a Sociedade.

Os princípios ora analisados permeiam o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal e se irradiam pela legislação infraconstitucional visando, dentre outros fins, assegurar uma correta e adequada atuação estatal. De modo que as normas que regem as licitações públicas e os contratos administrativos não podem ou não poderiam se esquivar de observá-los.

No capítulo a seguir iniciaremos o estudo do Decreto Distrital nº 26.851/06, responsável por regulamentar a aplicação de sanções nos contratos administrativos no âmbito do Governo do Distrito Federal, a fim de verificar a sua adequação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. AS SANÇÕES CONTRATUAIS NO ÂMBITO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL

O Governo do Distrito Federal, por meio do Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006, regulou a sua pretensão punitiva diante do inadimplemento de seus fornecedores, em consonância com as sanções previstas nas Leis nº 8.666/93 (Lei de Licitações) englobando assim, as sanções administrativas de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, observando os princípios elencados na Lei Federal nº 9.784/99, recepcionada no âmbito distrital pela Lei nº 2.834/01.

O art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) prevê hipóteses para a aplicação da sanção de impedimento para licitar com a Administração Pública e descredenciamento do SICAF por até cinco anos. O Decreto Distrital menciona expressamente esta sanção em seu art. 2º, inciso III, entretanto as hipóteses de incidência presentes na Lei Federal foram recepcionadas no âmbito da sanção de suspensão temporária, limitando a sua duração a dois anos.

3.1 Advertência

Dentre o rol das penalidades, a primeira que emerge é a penalidade de advertência, tratada no art. 3º do Decreto Distrital. Basicamente, deu-se um tratamento genérico, limitando a norma a dois requisitos básicos à sua aplicação: a forma escrita e a existência de um descumprimento de qualquer obrigação avençada.

É evidente que uma advertência decorre de um descompasso entre aquilo que está previsto no contrato e o que de fato está sendo realizado, e deve, portanto, conter determinação expressa das medidas necessárias esperadas para a correção dos desvios, estipulando-se um prazo adequado para tal.

A advertência pode inicialmente transparecer uma ideia de não possuir desdobramentos posteriores, entretanto, o art. 5º, II, do Decreto Distrital em tela, demonstra que não é bem assim, pois possibilita que diante da inobservância da advertência aplicada pela Administração, poderá o contratado, ser penalizado com outra sanção ainda mais gravosa, a de suspensão temporária de contratar com a Administração por até noventa dias.

Assim, verifica-se que a Administração Pública poderia ter incorporado, visando a uma melhor redação do *caput* do art. 3º, do Decreto em tela, menção à necessidade do estabelecimento das medidas corretivas necessárias e o prazo para o seu cumprimento: isso acarretaria uma maior eficiência da sanção aplicada, bem como, segurança ao contratado das medidas a serem implementadas.

3.2 Multa

A multa, como sendo a única sanção de natureza pecuniária, é aquela na qual se observa um maior cuidado em sua regulamentação. Como estudado anteriormente, poderá ser moratória (art. 86, Lei nº 8.666/93) ou compensatória (art. 87, II, Lei nº 8.666/93) e ambas são reguladas na Administração Pública do Distrito Federal por meio do art. 4º do Decreto nº 26.851/06.

O referido artigo dispõe de vários incisos e parágrafos, o quais tratam de temas relacionados com a multa, assim distribuídos:

- a) Incisos I e II – multa moratória;
- b) Inciso III – multa compensatória decorrente de atraso na entrega;
- c) Inciso IV – multa compensatória decorrente da inexecução parcial ou total;
- d) Inciso V – multa compensatória decorrente da inexecução de qualquer cláusula contratual;
- e) Parágrafo §1º, incisos de I a III e parágrafo 2º – pagamento da multa;
- f) Parágrafo 3º – contagem do prazo de atraso;
- g) Parágrafo 4º, incisos I e II – hipóteses de desconsideração do atraso;
- h) Parágrafo 5º – cumulatividade e observância da proporcionalidade;
- i) Parágrafo 6º – rescisão contratual;
- j) Parágrafo 7º – hipótese de rescisão contratual sem aplicação de multa.

Desta maneira, os incisos e parágrafos do art. 4º trazem cinco situações passíveis de atrair a incidência de multa contratual. Duas em percentuais fixos (incisos III e IV) e outras três em percentuais variáveis (incisos I, II e V), a serem aplicadas conforme o número de dias de atraso ou as circunstâncias do caso concreto.

O atraso injustificado na entrega do objeto do contrato enseja a aplicação por parte da Administração da multa moratória. Contudo, antes de ingressarmos nessa

seara, é sempre importante ter em mente que o fornecedor não é um inimigo da Administração, mas salvo em casos extremos e específicos, que inclusive devem ensejar sanções mais gravosas de outra natureza, um parceiro importante para o fornecimento de insumos necessários ao bom desenvolvimento das atividades do setor público.

A multa moratória é um estímulo à pontualidade do contratado no cumprimento de suas obrigações, caso contrário, de acordo com o referido inciso I do art. 4º do Decreto 26.851/06, estará sujeito a uma multa diária de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) sobre o montante das parcelas obrigacionais adimplidas em atraso. Tais percentuais não possuem uma padronização no âmbito da Administração Pública brasileira, uma vez que há grandes variações sobre a definição dos percentuais incidentes. Apenas, para efeito de uma breve comparação, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, no Edital do Pregão Eletrônico nº 21/18 adotou, em relação a multa moratória, um percentual de 0,10% (dez centésimos por cento), por dia de atraso, entretanto, incidente sobre o valor do contrato¹⁶. Já o Tribunal de Contas da União, por sua vez, adota, conforme seu Manual de Pregão Eletrônico¹⁷, um percentual de 0,50% (cinquenta centésimos por cento), por dia de atraso, também incidente sobre o valor do contrato.

Esse mesmo dispositivo normativo distrital limita a multa moratória em 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento), ou 30 dias de atraso. O TCDF limitou, no caso do pregão citado, a multa moratória a 10% do valor do contrato ou 100 dias de atraso. O TCU por sua vez, em seu manual, limita a multa moratória a 30% do valor do contrato, ou 60 dias de atraso.

Ultrapassado o teto máximo da multa moratória ficará caracterizado a inexecução contratual parcial ou total, o que poderá ensejar a rescisão contratual, nos termos dos arts 77 c/c 78, I, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, o atraso injustificado superior a 30 dias, implica como regra geral, no cancelamento e/ou rescisão do contrato, nos termos do art. 4º, §6º, do Decreto nº 26.851/06. Entretanto, a própria Administração Distrital naquele

¹⁶<https://www.tc.df.gov.br/2-controle-social/licitacoes-e-contratos/>. Acesso em 19/10/18.

regulamento abriu uma possibilidade, condicionada à existência de justificado interesse da unidade contratante, em admitir atrasos injustificados superiores a 30 dias, ao mesmo tempo em que majora em 100% o índice diário da multa, passando de 0,33% para 0,66% ao dia, com efeito *ex tunc*, retroagindo ao primeiro dia de atraso, conforme se extrai do art. 4º, II e §6º do Decreto nº 26.851/06.

Ou seja, presume o Decreto que a partir de 30 dias de atraso a prestação tenha se tornado inútil para a unidade contratante, passando a hipótese a ser de inadimplemento absoluto e não mais de simples mora, exceto se expressamente permanecer o interesse da Administração (a juízo dela) na prestação do objeto.

Entretanto, a redação do já citado art. 4º, II, do Decreto Distrital nº 26.851/06, é incongruente, pois penaliza da mesma maneira a mora superior a 30 dias e o inadimplemento completo da obrigação (art. 4º, IV), limitando o *quantum* máximo aplicável a estes casos a quinze por cento.

Trilhando esse caminho, ao aplicar a multa de 0,66% ao dia a contar do primeiro dia de atraso, a mesma totalizará 15,18% em apenas 23 dias. Assim, o número de dias em atraso, torna-se irrelevante, pois um atraso de 31 ou de 120 dias, estará sujeito ao mesmo *quantum*. Desse modo, é inócua a majoração da multa moratória apresentada no art. 4º, II, do Decreto nº 26.851/06.

Isso posto, fica evidente que a multa moratória, nesta situação específica, passa a possuir um caráter punitivo diverso do inicial, ao punir o atraso superior a 30 dias de maneira indiscriminada, desconsiderando o atraso diário para cálculo da multa.

Assim, esse arranjo contido no art. 4º, II, do Decreto nº 26.851/06, mostra-se confuso e desnecessário, pois haveria alternativas mais simples e inteligíveis para se coibir os atrasos, como por exemplo, aquelas adotadas pelo TCDF e TCU nos instrumentos normativo-licitatórios antes referidos neste mesmo Capítulo.

Cumulativamente à multa moratória, a Administração sujeita o contratado inadimplente a uma multa compensatória de 5% sobre o valor total do contrato, pelo descumprimento do prazo de entrega, nos termos do art. 4º, III, Decreto nº 26.851/06.

Assim sendo, o contratado, no âmbito do GDF, que descumprir o prazo de entrega do objeto do contrato sujeitar-se a multas da seguinte maneira:

Atraso	Percentual	Base
Até 30 dias	0,33% ao dia	Sobre o inadimplemento
Acima de 30 dias	15%	Sobre o inadimplemento
Multa compensatória	5%	Sobre o contrato

Tabela 1. Multas decorrente de descumprimento de prazos.

Superada a questão sobre o prazo de entrega, o Decreto Distrital em análise volta-se para a inexecução contratual, seja parcial e total. Desta maneira, aquele que se recusa a assinar o contrato, a entregar material, no todo ou em parte, a concluir serviço ou dar causa à rescisão de contrato ou da nota de empenho, sujeita-se a multa compensatória no percentual de 15% sobre a parte inadimplente, nos termos do art. 4º, IV, Decreto 26.851/06.

Por sua vez, aquele que descumprir qualquer cláusula de contrato, exceto quanto ao prazo de entrega, sujeita-se a ser multado em até vinte por cento sobre o valor do contrato, nos termos do art. 4º, V, Decreto 26.851/06.

Percebe-se que o legislador reservou percentuais de quinze e vinte por cento como limites para a pena de multa, uma vez que aplicáveis em casos mais graves que incorram em inadimplemento parcial, exceto (repita-se) quanto ao prazo de entrega, ou inadimplemento total. Deixando para as hipóteses de atraso os percentuais diários dos incisos I e II.

Observa-se, contudo, que a redação de tais incisos não graduou adequadamente a conduta culposa de seus fornecedores, uma vez que poucas serão as hipóteses de inadimplemento contratual mais gravosas (inciso V) do que o cumprimento tardio da obrigação contratual (prazo de entrega), a sua recusa total na entrega do objeto ou a rescisão por culpa do fornecedor (inciso IV).

Além disso, o emprego de expressão imprecisa de “até 20%”, adotada pelo Decreto no aqui analisado inciso III do seu art. 4º, atribui ao gestor a missão de buscar o equilíbrio entre a infração cometida no caso concreto e a proporcionalidade da multa a ser aplicada.

Outro aspecto, que causa estranheza na redação do Decreto em questão, é o fato do fornecedor que atrasa na execução de um contrato pode sujeitar-se a uma multa de até 20%, enquanto que aquele que simplesmente se recusa a executar o contrato sujeitar-se a uma multa máxima de 15%, ficando evidente o estímulo para a

ocorrência do inadimplemento total, em detrimento de sua efetivação mesmo que tardia.

Ademais, o disposto nos incisos IV e V do art. 4º Decreto Distrital, trata da mesma maneira dois fatos distintos, inexecução total e inexecução parcial, com consequências distintas para a própria Administração. Para ilustrar tal situação, vejamos o seguinte contrato hipotético de fornecimento de insumos para manutenção veicular:

Item	Descrição	Quantidade	Valor unitário (R\$)	Total (R\$)
1	Pneus	100	400,00	40.000,00
2	Pastilhas de freio	800	50,00	40.000,00
3	Óleo de freio	1000	40,00	40.000,00
4	Filtro de óleo	500	80,00	40.000,00
Valor do contrato				160.000,00

A partir desse contrato, ocorrem atrasos na entrega dos materiais, os quais são penalizados da seguinte maneira:

Atrasos	Dias	Base de cálculo	Multa (%)	Valor (R\$)
item 1	30	40.000,00	9,90%	3.960,00
Item 2	31	40.000,00	15%	6.000,00
Item 3	120	40.000,00	15%	6.000,00
Item 4	Não entregou	40.000,00	15%	6.000,00
Descumprimento do prazo de entrega		160.000,00	5%	8.000,00
Valor multa total				29.960,00
% da multa total				18,73%
Caso não entregasse nenhum item		160.000,00 (15%)		24.000,00

Apoiado nestes dados, verifica-se que:

a) Não havendo uma nova majoração na multa moratória após o 31º dia, também não haverá um estímulo direto para que o contratante se apresse em concluir o quanto antes o objeto do contrato, e isto se dissocia da lógica empregada neste tipo de multa;

b) A multa compensatória poderá ser aplicada diante de qualquer inadimplemento em percentual único de 5% sobre o valor do contrato, o que também não representa uma gradação coerente com os possíveis danos sofridos pela Administração Pública, pois certamente um atraso de 15 dias será menos traumático do que um atraso de 120 dias;

c) A depender de uma série de fatores (margem de lucro, dependência do setor público, liquidez do objeto do contrato, penalidades adicionais que poderia sofrer, etc.), o contratado poderia optar simplesmente pelo inadimplemento total do contrato, sujeitando-se “apenas” a uma multa de 15% (equivalente, no exemplo acima referido, a R\$ 24.000,00, pois aqui não haveria a incidência da multa moratória.

Apesar da rigidez na aplicação da penalidade de multa, a própria Administração, conforme art. 4º, §4º, I e II, do Decreto nº 26.851/06, estabeleceu duas hipóteses em que a multa por atraso poderá ser relevada: atrasos inferiores a cinco dias ou quando os custos da cobrança sejam superiores ao valor cobrado.

Entretanto, a execução de uma multa aplicada, pode ocorrer de variadas maneiras. A primeira possibilidade, é o desconto no valor da garantia contratual, caso existente. A segunda, ocorre por meio do desconto no valor das parcelas devidas à contratada ou finalmente, mediante processo administrativo ou judicial de execução, nos termos do art. 4º, § 1º, I a III, do Decreto nº 26.851/06.

É importante frisar, que o procedimento administrativo é necessário para a aferição dos desvios da contratado e definição da possível multa, nos termos do art. 4º, §1º, do Decreto nº 26.851/06. Desta maneira, a execução da multa por parte da Administração é um processo extremamente simples, o que nos leva a compreender que somente no caso de execução judicial, levar-se-á em conta os custos da ação para relevar ou não a sua execução, não cabendo ao gestor público, em uma primeira análise, tal competência.

A cumulatividade da multa com outras sanções administrativas é também recepcionada pelo Decreto Distrital, nos termos do seu art. 5º, §5º, observado o princípio da proporcionalidade.

A Administração Pública, além das sanções legais cabíveis regulamentadas, impõe ao inadimplente a sujeição, à composição das perdas e danos a ela causados pelo descumprimento das obrigações licitatórias e/ou contratuais, nos termos do art. 11 do Decreto nº 26.851/06.

Ademais, o não pagamento da multa poderá implicar na suspensão temporária para contratar junto à Administração Pública, por até 24 meses, nos termos do art. 5º, IV, “c”, do Decreto nº 26.851/06, de modo que a Administração Pública se cercou de todas as medidas protetivas para garantir o pagamento da multa aplicada.

3.3 Suspensão temporária

A suspensão temporária, prevista na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, é disciplinada no art. 5º do Decreto nº 26.851/06. A Lei de Licitações limitou a suspensão temporária em até dois anos, enquanto a Lei do Pregão optou em ampliar esse prazo para cinco anos. Pois bem, o Decreto Distrital em questão optou por manter o prazo máximo de suspensão estabelecido pela Lei de Licitações, ao mesmo tempo que recepcionou as hipóteses estabelecidas na Lei do Pregão, estabelecendo uma gradação do tempo de suspensão aplicável.

Desse modo, estabeleceu-se uma relação entre condutas e prazos de suspensão máxima aplicáveis, nestes termos:

“Art. 5º [...]

I - por até 30 (trinta) dias, quando, vencido o prazo de advertência, emitida pela Subsecretaria de Compras e Licitações - SUCOM, ou pelo órgão integrante do Sistema de Registro de Preços, a licitante e/ou contratada permanecer inadimplente;

II - por até 90 (noventa) dias, em licitação realizada na modalidade pregão presencial ou eletrônico, quando a licitante deixar de entregar, no prazo estabelecido no edital, os documentos e anexos exigidos, quer por via fax ou internet, de forma provisória, ou, em original ou cópia autenticada, de forma definitiva;

III - por até 12 (doze) meses, quando a licitante, na modalidade pregão, convocada dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, ensejar o retardamento na execução do seu objeto, falhar ou fraudar na execução do contrato;

IV - por até 24 (vinte e quatro) meses, quando a licitante:

- a) apresentar documentos fraudulentos, adulterados ou falsificados nas licitações, objetivando obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;
- b) tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- c) receber qualquer das multas previstas no artigo anterior e não efetuar o pagamento”.

Entretanto, não esgota o tema, ao trazê-lo à tona nos seguintes artigos:

“Art. 7º As licitantes que apresentarem documentos fraudulentos, adulterados ou falsificados, ou que por quaisquer outros meios praticarem atos irregulares ou ilegalidades para obtenção no registro no Cadastro de Fornecedores do Distrito Federal, administrado pela Subsecretaria de Compras e Licitações, estarão sujeitas às seguintes penalidades:

I - suspensão temporária do certificado de registro cadastral ou da obtenção do registro, por até 24 (vinte e quatro) meses, dependendo da natureza e da gravidade dos fatos; e

II - declaração de inidoneidade, nos termos do art. 6º deste Decreto.

Parágrafo único. Aplicam-se a este artigo as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 5º deste Decreto.

Art. 8º As sanções previstas nos arts. 5º e 6º poderão também ser aplicadas às empresas ou profissionais que, em razão dos contratos regidos pelas Leis Federais nºs 8.666, de 21 de junho de 1993 ou 10.520, de 17 de julho de 2002:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos, visando frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrarem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados”.

Observa-se que o Decreto Distrital no referido art. 5º ampliou pontualmente as condutas previstas inicialmente na Lei do Pregão, a fim de penalizar, com a suspensão temporária por até 30 dias, o contratado que descumprir ao estipulado na sanção de advertência, bem como aquele outro, agora por até 12 meses, que não efetua o pagamento das multas compensatórias e/ou moratórias devidas.

Já o art. 7º do Decreto nº 26.851/06 penaliza, com a suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, aquele fornecedor que tentar fraudar o Cadastro de Fornecedores do Distrito Federal. A única ressalva que se faz é que o referido cadastro até o presente momento não foi implementado pelo Governo do Distrito Federal.

Quanto ao art. 8º, o mesmo Decreto Distrital elenca atos que, se praticados pelo contratado, independentemente da modalidade de licitação, poderão ser

penalizados tanto com a suspensão temporária, quanto com declaração de inidoneidade.

De resto, o indicado Decreto apega-se ao art. 7º da Lei do Pregão, realizando uma gradação entre condutas e prazos máximos de suspensão temporária, mas limitando-se ao prazo máximo de dois anos.

3.4 Declaração de inidoneidade

Ao contrário da suspensão temporária que somente pode ser aplicada por até dois anos, nos termos da Lei de Licitações, a declaração de inidoneidade não possui prazos mínimos e máximos estabelecidos.

Quanto ao tema, o aqui analisado Decreto Distrital trata da sanção em seus arts. 6º a 8º, limitando-se a transcrever disposições já constantes na Lei de Licitações e estabelecendo algumas condutas, como observado anteriormente nos arts. 7º e 8º, como por exemplo, a possibilidade de ser declarado inidôneo aquele licitante que praticar atos irregulares ou ilegalidades para a obtenção do registro no Cadastro de Fornecedores do Distrito Federal, bem como fixando o Secretário de Estado ou autoridade equivalente como competente para a aplicação da penalidade em questão.

CONCLUSÃO

O intuito deste estudo foi buscar compreender o processo de sancionamento aplicado pelo Governo do Distrito Federal aos seus fornecedores inadimplentes à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste trilhar, a doutrina e a legislação permitiram estudar os elementos essenciais desse processo, em especial as particularidades dos contratos administrativos, as sanções cabíveis à vista dos princípios aqui enfocados e o regramento adotado no âmbito do Governo do Distrito Federal.

O ponto de partida foram as Leis Federais nºs 8.666/93 e 10.520/02, onde se verificou a intenção do legislador em estabelecer um equilíbrio entre os fins preventivo e punitivo das sanções e os meios necessários para alcançá-los. Entretanto, por serem normas gerais, de caráter nacional, buscam tratar de questões relevantes para toda a Federação.

Apesar dos entes federativos possuírem autonomia administrativa, devem observar os preceitos definidos por tais leis, de modo a garantir a transparência dos procedimentos e a livre concorrência.

Assim, Estados, Municípios e o Distrito Federal possuem a faculdade de legislar sobre o rito a ser adotado para o eventual sancionamento de seus fornecedores, contudo há limites.

Nesse passo, o entendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi essencial ao estudo, pois, como visto, buscam mitigar eventuais excessos praticados pela atuação estatal.

Visualizou-se que o princípio da razoabilidade decorre essencialmente de uma análise entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. A ideia de proporcionalidade é inerente, mas só isto não basta, sendo necessária uma análise dos instrumentos disponíveis para a consecução de um fim e depois escolher os meios mais adequados para o seu atingimento. Assim, é necessário que as relações entre as partes, mesmo se tratando de contratos administrativos, ocorram em um ambiente minimamente equilibrado, caso contrário o Estado poderá não encontrar fornecedores dispostos a suprir suas necessidades ou acabará contratando a preços superiores ao de mercado.

De qualquer maneira, o estabelecimento de critérios objetivos para definir a aplicação concreta do princípio da razoabilidade não pareceu ser algo simplório. É certo que a razoabilidade é algo ligado à racionalidade, ao bom senso, sendo a antítese da ideia de abusos ou excessos desmedidos.

Já o princípio da proporcionalidade, dentre outros aspectos, traz consigo a ideia de adequação, necessidade e intensidade adequados, ou seja, diante da hipótese de aplicação de uma sanção (como, por exemplo, no caso de inadimplemento por um fornecedor administrativo), não basta apenas adotar o meio adequado e necessário, mas a sua intensidade deve guardar relação com o fato concreto.

No que concerne ao Governo do Distrito Federal a edição do Decreto nº 26.851/06 infelizmente trouxe mais perguntas do que respostas, uma vez que sua redação, como visto anteriormente, não primou pela clareza e exatidão de seus comandos, prejudicando enormemente seus fornecedores os quais ficam a mercê da interpretação dada por cada gestor público ao Decreto.

É perceptível que o seu intuito converge com as antes referidas leis federais de normas gerais nacionais em matéria de licitação e contratação administrativa, de modo que os meios disponíveis à Administração Pública Federal são recepcionados pelo Decreto Distrital, entretanto carece muitas vezes de simplicidade e objetividade em seus comandos, deixando aplicador e penalizado à mercê de um mar de incertezas.

Tanto é assim, que o Decreto em tela foi submetido a diversas alterações, em especial, a promovida pelo Decreto nº 35.831, de 19 de setembro de 2014, a qual, embora tardia, coibiu a aplicação de multas elevadíssimas até então possíveis diante da literalidade da norma originária, o que na prática poderia representar o confisco do objeto contratual e o enriquecimento ilícito (“sem justa causa”) por parte da Administração.

Ao fim deste estudo pode-se concluir que o Decreto Distrital de fato atende, em sua forma atual, ao princípio da razoabilidade, isto porque, as sanções administrativas ali previstas são adequadas aos fins pretendidos, incentivando os fornecedores estatais locais a não inadimplirem, mesmo que diante de estímulos

negativos, e, caso o façam, garantir que Administração Pública disponha dos meios para o ressarcimento dos danos sofridos.

Os tipos de sanções administrativas, previstas na legislação distrital aqui em análise, constituem-se além de meios disponíveis também meios limitadores para ação da Administração Pública. A escolha do meio compreende um juízo de razoabilidade, pois deverá haver uma relação entre o meio e o fim pretendidos no caso concreto. Infrações pouco gravosas podem ser sancionadas por meio de advertência, com intuito de correção de pequenos desvios, enquanto atrasos são coibidos por meio de multa moratória e compensatória, e os casos mais gravosos punidos por meio da suspensão temporária e/ou declaração de inidoneidade.

Por outro lado, carece, ao Decreto Distrital calibrar racionalmente a intensidade de cada sanção.

Primeiramente, verificou-se que a multa moratória possui teto de 14,99%, enquanto o inadimplemento total é penalizado com 15%, de modo que inexiste neste caso uma preocupação em escalonar a multa de acordo com a gravidade da infração, pois certamente é muito mais gravosa a segunda hipótese em detrimento da primeira.

Causa estranheza, a multa de “até 20%” quando do descumprimento de qualquer cláusula contratual, exceto prazo de entrega. O pilar de qualquer contrato é seu adimplemento, ou seja, quando um fornecedor deixa de entregar o objeto contratado está frustrando todo o processo licitatório, todo o trabalho demandado entre a fase pré e pós-licitação, de modo que deveria ser reservado a este fornecedor, pelo menos em tese, a penalidade mais elevada.

Deste modo, observa-se que o Decreto Distrital carece de um ajuste fino dos percentuais relativos às multas aplicáveis, pois não faz sentido estipular multa moratória descolada do decurso temporal em mora, como a que se observa no disposto no seu art. 4º, II ou estipular percentual genérico de “até 20%” para infrações que dificilmente serão mais graves que o inadimplemento culposos da obrigação.

Estabelecer, como regra geral, o atraso superior a 30 dias como parâmetro para configuração de uma inexecução total (art. 4º, II), traz uma generalização que pode não ser tão benéfica à própria Administração Pública. Isto porque, há uma grande diversificação dos objetos contratados, de modo que há diferenças sensíveis entre a entrega de uma caneta, a construção de hospital ou a entrega de veículos

especializados. A rescisão unilateral do contratual com base em sua inexecução total, até mesmo no primeiro caso, às vezes pode não ser o caminho mais eficiente, pois a entrega efetiva do objeto por outro fornecedor (seja pela convocação do segundo colocado na licitação, seja nova licitação) certamente demandará novos prazos e uma série de retrabalhos administrativos. Deste modo, a lógica do processo está invertida, uma vez que deixa de considerar qualitativamente a natureza do objeto contratado, pois um atraso de trinta dias, pode ser muito ou pouco, a depender do caso.

Isto posto, no que tange às multas compensatórias e moratórias, a rigidez constante no Decreto Distrital em questão, pode levar a distorções em sua aplicação cotidiana, pois adota percentuais não muito claros e desconsidera as particularidades envolvidas no caso concreto.

Em termos de percentuais, contudo, observa-se que o Decreto Distrital adota percentuais semelhantes com aqueles praticados por outros órgãos públicos, entretanto, a maneira como tais percentuais são aplicados pode e deveria ser simplificada.

Quanto a suspensão temporária o Decreto Distrital escalonou as hipóteses de incidência, limitando-a a 24 meses, o que representa um abrandamento, isto porque, a Lei do Pregão possibilita que o impedimento para contratar, sanção análoga à suspensão temporária, vigore por até 60 meses.

A sanção de declaração de inidoneidade não trouxe qualquer tipo de inovação em relação à Lei de Licitações, permanecendo suas hipóteses de incidência em aberto, conforme a gravidade do caso contrato.

Assim, verificou-se que em relação a sanção de multa, o Decreto Distrital, de maneira específica, não atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que condutas distintas são penalizadas quase de forma idêntica, entretanto, em termos gerais, quando comparado com outros órgãos públicos, observa-se que o *quantum* de multa aplicada é semelhante.

Por fim, no que tange a suspensão temporária e declaração de inidoneidade, não se observou incoerências que pudesse agredir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

RECOMENDAÇÕES FINAIS

Ao fim do estudo, recomenda-se ao Governo do Distrito Federal a revisão do Decreto nº 26.853/06, a fim de:

a) Adequar o Decreto à realidade administrativa do GDF, retirando na medida do possível, a indicação específica de estruturas administrativas;

b) Reavaliar o sistema sancionatório, de modo a classificar suas compras em alto, médio e baixo risco. A partir dessa classificação a Administração poderia estabelecer prazos atraso e percentuais de multa distintos para cada nível;

c) Observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da multa moratória, conforme a classificação da licitação;

d) Diferenciar de modo contundente a conduta do fornecedor que não entrega o bem, daquele que entrega com atraso;

e) Estabelecer critério de penalização específico para aquele contratado, que apesar de entregar o objeto dentro do prazo, eximindo-se da multa moratória, o faz fora das especificações contratadas;

f) Dotar o GDF de um sistema para registro de todas as sanções aplicadas, de modo que aqueles fornecedores reincidentes tenham as suas sanções majoradas, ao passo que aquele fornecedor “primário” possa ter a sanção imposta atenuada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Yara; BRANDÃO, Marcelo. Governo lança programa para concluir mais de 7,4 mil obras paralisadas. **Agência Brasil**. Brasília, 9 nov. 2017. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/governo-lanca-programa-para-concluir-mais-de-74-mil-obras-paralisadas>

AUGUSTO, Otávio. Cerca de 25% dos medicamentos de alto custo estão em falta no DF. **Correio Braziliense**. Brasília, 2 mai. 2018. Cidades, disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/02/interna_cidade_sdf,677621/cerca-de-25-dos-medicamentos-de-alto-custo-estao-em-falta-no-df.shtml

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

_____. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROS, Suzana de Toledo. Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 3, nº 8, jan. / mar. 2005

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

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

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 18 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm> Acesso em 12 outubro de 2018.

_____. Ministério do Planejamento. **Caderno de Logística. Sanções Administrativas. Diretrizes para formulação de procedimentos administrativo específico.** Brasília, 2015. Disponível em <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Boletim de Compras Públicas.** Brasília: Enap, 2018. Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGIAL/Boletim_de_Compras_Publicas.pdf>

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade.** Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, p. 173, jul./set. 1996

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27ª. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa.** ano 25, nº 97. jan./fev. Brasília: Senado Federal, 1988.

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

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 2.340, de 12 de abril de 1999.** Cria na estrutura administrativa do Governo do Distrito Federal, a Coordenadoria de Seguros do Distrito Federal e a Central de Compras do Governo do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 70, de 13/04/1999. Disponível em <<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=26851&txtAno=2006&txtTipo=6&txtParte=>> Acesso em 13 de julho de 2018.

_____. **Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006.** Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 103, de 31/05/2006.

_____. Secretaria de Fazenda. **Balanço Geral 2017. Prestação de Contas do Governador.** Disponível em http://www.transparencia.df.gov.br/arquivos/PCA_BALANÇO%20GERAL_2017.pdf. Acesso em 5 mai 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabrio Editor: 1996.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica.** 2ª ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

FERREIRA, Hélio Rios. Estudo dos Princípios Contratuais do Direito Privado Aplicáveis aos Contratos Administrativos. **Revista Síntese de Direito Administrativo.** Nº 147, mar/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil vol. II: Obrigações.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HORBACH, Carlos Bastide. **Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos.** Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 52-68.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública: tomo I.** 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, mai. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68743/66662>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo.** 42ª. ed. Atualizada por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NETTO, André L. Borges. **A razoabilidade constitucional** (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000, extraído do site:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014> .
Acesso em 16/03/19.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. **Revista de Informação Legislativa**. ano 34, nº 136, out/dez. Brasília: Senado Federal, 1997.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de Pregão Eletrônico**. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/>