

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016



APLICAÇÃO DE SANÇÕES OU PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Suzi Mary Hamilka Ipiranga

Orientador: Felipe Boselli

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo geral explicar sobre a aplicação de sanções ou penalidades nos contratos administrativos. Assim, buscou-se a legislação pertinente e a doutrina para embasar teoricamente o trabalho. Tratamos também neste artigo de apresentar a questão da dosagem na aplicação de penalidades baseada nos regramentos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: sanções; contrato; proporcionalidade; razoabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Toda Administração (seja ela direta ou indireta), deve realizar as suas contratações de acordo com as leis estabelecidas, especialmente a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Deve a Administração respeitar os princípios constitucionais e os princípios que regem as contratações.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Existindo a demanda do que contratar e a sua justificativa, cabe ao gestor seguir todo o trâmite, para que a contratação seja rigorosamente realizada de acordo com os princípios básicos e as leis.

Porém, mesmo que a contratação seja feita da melhor forma possível, com todo o rigor que se requer de um gestor público, não acaba por aí o processo. Mesmo que a contratação tenha sido realizada com a empresa que tenha o menor preço, a melhor qualidade, a melhor garantia, o melhor prazo, que atenda a todos os itens do edital de licitação, cabe ao gestor o acompanhamento rigoroso de toda a contratação. Não só ao gestor, mas também ao(s) fiscal(is) do contrato. A gestão e a fiscalização do contrato devem ser constantes.

A empresa vencedora de um certame pode ter atendido a todos os requisitos durante o processo licitatório, adjudicação e contratação, mas se a execução não ocorre conforme o que está previsto no contrato, edital e termo de referência, esta empresa estará sujeita à aplicação de penalidades e sanções administrativas.

Assim, o gestor público deve, além de selecionar a empresa com os melhores requisitos, acompanhar toda a execução do contrato e ficar atento às datas fixadas no contrato, como entrega e prazos a serem cumpridos. Uma contratação inicia-se com o que adquirir, ou o que executar e só termina quando todo o objeto contratual for cumprido.

O presente artigo tem por objetivo central apresentar as principais penalidades administrativas que são aplicadas nas contratações públicas, bem como a dosagem na aplicação dessas penalidades. A pergunta de pesquisa é: Como dosar a penalidade a ser aplicada nos contratos administrativos?

Justifica-se o tema em função do princípio da indisponibilidade do interesse público. Se o interesse público é da coletividade, a aplicação de penalidades também é de interesse da coletividade.

Também se justifica o tema de pesquisa por ser de suma importância o seu conhecimento para o administrador público. O administrador público só deve assumir as funções de gestor e fiscal de contrato conhecendo as prerrogativas dessas funções, bem como o acompanhamento do contrato e a aplicação de penalidades.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

2 SANÇÕES OU PENALIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Toda a contratação na administração pública visa atender ao interesse público. Sabe-se que o interesse público é indisponível, sabe-se também do princípio da supremacia do interesse público. Assim, a contratação pública deve ser constantemente fiscalizada. São interesses da coletividade a fiscalização da contratação pública e a aplicação de penalidades.

Para Justen Filho (2014), “A conduta infracional praticada pelo particular poderá desencadear não apenas rescisão do contrato, mas também a aplicação de sanções de outra ordem”.

A aplicação de penalidades no contrato público objetiva gerar uma conduta do contratado condizente com o interesse público, bem com evitar os danos aos cofres públicos. Neste aspecto reforçamos o poder-dever do administrador público na gestão e fiscalização dos contratos e na aplicação das penalidades.

A finalidade das sanções administrativas em licitações e contratos é reprovar a conduta praticada pelo sancionado, desestimular a sua reincidência, bem como prevenir sua prática futura pelos demais licitantes e contratados. As sanções podem ter caráter preventivo, educativo, repressivo ou visar à reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário público. Trata-se, portanto, de um poder-dever da Administração que deve atuar visando impedir ou minimizar os danos causados pelos licitantes e contratados que descumprem suas obrigações. (CADERNO DE LOGÍSTICA, 2014)

Sendo a contratação pública de interesse público e, portanto, a aplicação de penalidades também de interesse público, esta deve observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

As penalidades administrativas não dispõem de uma ampla regulamentação legislativa. A contribuição doutrinária não deixa dúvidas de que a atuação do sancionador está limitada à obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (SIMÕES, 2013)

De acordo com o princípio da proporcionalidade, o Estado não poderá agir de modo insuficiente ou em demasia, quando constatadas falhas na contratação pública; ou seja, na inexecução total ou parcial do contrato, deve o administrador atentar-se para este princípio.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Ressalta-se que qualquer penalidade a ser aplicada deve iniciar com a instauração de um processo administrativo. Deve ser assegurado ao contratante o conhecimento da instauração deste processo, como também proporcionado o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma evita-se a nulidade do ato administrativo.

Segundo Oliveira (2015),

[...] a concessão do contraditório e da ampla defesa trata-se de uma etapa imprescindível para qualquer aplicação de penalidade. Essa questão é literalmente tratada pela Lei 8.666/93. Caput, por meio da exigência da garantia da prévia defesa para a aplicação de sanções ao contratado, sem nos esquecermos dos recursos cabíveis após sua aplicação.

De acordo com a Lei 8.666/93 em seu artigo 87, as sanções ou penalidades que devem ser aplicadas nos contratos administrativos são: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Já de acordo com a Lei 10.520/02, Lei do Pregão, a penalidade ou sanção a ser aplicada ao infrator é o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública. Apresentaremos e explanaremos cada uma das penalidades a seguir:

1) Advertência:

A advertência é a penalidade mais branda, aplicada a pequenas falhas no contrato onde não haja prejuízos de grande monta ao interesse público.

Este tipo de pena é como um aviso ao contratado que a Administração anotou a falha. De certa maneira, se o contratado não estiver com interesse de agir de má-fé, este tipo de pena pode até mesmo ser educativa.

A aplicação da advertência não acarreta rescisão contratual, mas um alerta ao contratante de que reiteradas vezes poderá acarretar em rescisão unilateral.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

2) Multa:

A multa refere-se a valor pecuniário estabelecido em contrato, normalmente referindo-se a um determinado valor percentual do contrato. Deve ser prevista no edital e no instrumento convocatório para garantir a sua aplicabilidade.

Em observância à Lei 8.666/93, a multa pode ser aplicada em duas situações: pelo atraso em executar o contrato, ou pela inexecução do contrato. Pelo atraso em executar o contrato, a multa é do tipo moratória. Em se tratando da inexecução total ou parcial do contrato, a multa é do tipo compensatória. Cabem os dois tipos estarem explicitados no edital e no contrato administrativo.

3) Suspensão Temporária:

A suspensão temporária de licitar implica o impedimento de contratar com a Administração. Essa suspensão impede o fornecedor de participar de licitação e de contratar com a Administração (Contratante) por um período de dois (2) anos. Normalmente, após a aplicação desta penalidade, o contrato é rescindido unilateralmente. Ressalta-se que esta pena impede o contratante de contratar com a Administração pela qual ele foi penalizado, não com as demais.

No que tange a essa modalidade de pena, Moura e Lombardo (2014) trazem a seguinte explanação:

Enfocando-se nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações, podemos afirmar que há três entendimentos distintos quanto ao alcance da penalidade de suspensão temporária:

- I – Restringe-se apenas ao órgão, entidades ou unidades administrativas que apenou.
- II – Abrangência à toda Administração Pública.
- III – Abrangência somente à unidade federativa.

I – A distinção mais evidente ocorre na interpretação literal sob a teoria hermenêutica da literalidade. O inciso III sustenta o impedimento em licitar e contratar (suspensão temporária) com a “Administração” enquanto o inciso IV sustenta o impedimento em licitar e contratar (declaração de inidoneidade) com a “Administração Pública”, ambos do artigo 87 da Lei 8666/93.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

4) Declaração de inidoneidade

A declaração de inidoneidade impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Vai perdurar até que os motivos que levaram à aplicação desta penalidade estejam sanados. Assim como na suspensão temporária, a declaração de inidoneidade implica a rescisão unilateral do contrato.

Vale ressaltar que a aplicação desta penalidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Ressalta-se então que:

enquanto a suspensão impede a contratação com a Administração, a declaração de inidoneidade impede a contratação com a Administração Pública. (BOSELLI, 2014)

5) Impedimento de licitar e contratar

Em se tratando de penalidade ao contrato administrativo cabe destacar a Lei do Pregão, n. 10.520/02, que no seu artigo 7º traz a seguinte redação:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (ARBACH, 2014)

Observa-se que a Lei do Pregão 10.520/02 é mais abrangente que a Lei de Licitações 8.666/93, pois resulta em impedimento de licitar e contratar com toda a Administração

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Pública, seja da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Também engloba em uma única pena a suspensão e a declaração de inidoneidade, existentes na Lei 8.666/93.

Se por um lado a penalidade existente no artigo 7º da Lei 10.520/02 é mais abrangente, por outro lado não tem graduações de penalidades como as existentes na Lei 8.666/93. Porém, caso a infração cometida pelo contratado seja branda, é razoável e proporcional a aplicação subsidiária das penas previstas na Lei 8.666/93.

Com respeito à aplicação de sanções nos contratos administrativos, devemos ressaltar que nem sempre as sanções são aplicáveis somente ao contratado. De acordo com Carvalho Filho (2009), as sanções do tipo suspensão temporário e declaração de inidoneidade também podem ser aplicadas a empresas ou profissionais que:

- 1) tenham praticado atos ilícitos, intentando comprometer os objetivos da licitação;
- 2) demonstrarem não ter idoneidade para contratar com a Administração, em razão de outros atos ilícitos (ilícitos graves, entendemos nós, além de relacionados, de alguma forma, com os postulados das licitações e contratos); e
- 3) que tenham sofrido condenação definitiva em virtude de fraude fiscal dolosa no recolhimento de quaisquer tributos.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A aplicação de penalidade ou sanção requer que se leve em conta a medida certa para cada situação apresentada, daí a importância de saber dosar a aplicação da pena. Conhecimento muito importante ao administrador público em face do ato discricionário da aplicação de penalidade.

[...] é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser **compatível** com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções **excessivamente graves**, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a **intensidade da sanção** aos pressupostos de antijuridicidade. [...] Não é possível colocar em um mesmo patamar a sanção de advertência e a declaração de inidoneidade para licitar. (COMENTÁRIOS À LEI

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 2003 apud LUNELLI, 2013)

Seria muito interessante que a Administração Pública disciplinasse de forma proporcional e razoável a aplicação de penalidades, auxiliando a confecção de editais e contratos. Essa disciplina iria orientar e auxiliar os gestores públicos. Sendo que a proporcionalidade é entendida como a ponderação da aplicação diante do caso concreto; já a razoabilidade é a igualdade entre a aplicação de distintos critérios e a medida discriminatória.

Razoabilidade e proporcionalidade [...] pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. (MEIRELLES, 2009)

Não se devem confundir os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade. De acordo com Silva (2002),

A regra da proporcionalidade na jurisprudência alemã tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida e que conferem a regra da proporcionalidade à individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. [...] já a regra de razoabilidade faz com que fique nítida a sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...].

Observamos então a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como a abrangência de cada regra. A proporcionalidade é de caráter mais abrangente, conforme apresentaremos na visão de Oliveira (2013), na aplicação da dosagem da penalização:

O dever da proporcionalidade, conforme já asseverado, compreende exercício de ponderação frente o caso concreto. A proporcionalidade, como fórmula para a solução de conflitos entre normas de âmbito constitucional, atua para alcançar o objetivo da máxima eficácia possível entre as colidentes; trazida para o ambiente das regras de sancionamento contratual, seu objetivo é o alcance do equilíbrio entre o cumprimento do dever de legalidade da Administração, que impõe a aplicação da sanção, e a invasão da esfera de direitos do contratado faltoso, v.g., pela restrição do direito de estabelecer relações jurídicas por licitação ou contratação com a

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Administração. Este equilíbrio tem de ser alcançado mediante a opção por uma norma punitiva que se encontra entre outras de igual natureza e com potencial aplicação sobre o mesmo fato. As sanções disponíveis são os meios ofertados pela ordem jurídica para o atendimento da proteção ao interesse público; resta à Administração a tarefa de evidenciar o meio adequado e necessário (mais benigno), de modo que a esfera de direitos do contratado faltoso não seja deprimida além dos limites que o ideal de justiça admita.

Na observância dos aspectos da proporcionalidade, deve o administrador do contrato observar o tipo de falta que o contratado cometeu para aplicar a sanção mais adequada a esta infração.

Na doutrina de Oliveira (2013), no que tange à escolha da sanção administrativa e à adequação do meio, deverão ser observados os seguintes aspectos:

- (a) se culpa levíssima, a penalidade mais sutil – advertência;
- (b) se culpa leve, buscar a análise da relevância do dever contratual infringido a fim de aferir a natureza da sanção (meio) adequada: se retributiva, ressarcitória ou retributivo-ressarcitória – advertência e multa/multa;
- (c) se culpa grave, somar à análise da relevância do dever contratual infringido e a existência de circunstância que determine o afastamento do contratado-infrator da esfera de relação com a Administração (v.g., a proximidade de novo certame a que possa vir a habilitar-se o contratado infrator), tudo isso a fim de aferir a natureza da sanção adequada: se retributiva (excetuando-se a advertência, por inócua), ressarcitória ou retributivo-ressarcitória – multa/multa e suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com a Administração;
- (d) se culpa grave e reiterada, ou se dolosa (aqui se referem posturas de intenção e de indiferença ao cumprimento das obrigações contratuais ou legais que lhe sejam correlatas), impõe-se a opção pela sanção máxima – declaração de inidoneidade para licitar e contratar. A sanção máxima possui equivalência com a conduta de máxima gravidade, qual seja postar-se intencionalmente pelo desatendimento do contrato, atacando frontalmente o princípio da boa-fé, da probidade e da lealdade para atingir a Administração na realização das finalidades públicas visadas mediata ou imediatamente pela contratação administrativa. A culpa grave e reiterada (cujos fatos infracionais culposos anteriores já deverão ter sido objeto de sancionamentos menores prévios) denota traço de descaso com o reajustamento do proceder na execução contratual de modo a fragilizar a confiabilidade do contratado para a manutenção de novos vínculos, a impor sancionatório-educativa-severa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

O presente artigo objetivou apresentar as sanções ou penalidades aplicáveis a um contrato administrativo, bem como focar a questão da dosagem na aplicação da pena.

Apresentaram-se assim os tipos de penalidades contidas na Lei 8.666/93, explanando-se sobre cada uma delas. Assim, foram mostradas as seguintes sanções: advertência, multa, suspensão temporária e inidoneidade. Observou também que para a aplicação ser efetiva, em um Estado Democrático de Direito, deve existir a participação do particular. Ou seja, ao infrator deve ser dado todo o direito de resposta, e este poderá inclusive requerer a produção de provas. O contratante deve ter a oportunidade de defesa. Evita-se, assim, a nulidade do ato e o conseqüente desperdício dos recursos públicos. Apresentou também a penalidade contida no artigo 7º da Lei 10.520/02, a Lei do Pregão, que consiste em impedimento de licitar e contratar com a Administração.

Como a aplicação de penalidades ou sanções é um ato discricionário, cabe ao gestor público ter a noção da legalidade do processo, das razões da contratação, levando em conta a supremacia do interesse público. A responsabilidade do gestor e do fiscal de um contrato é de suma importância na formatação da penalidade a ser aplicada.

Aplicar penalidades ou sanções no contrato que está sendo descumprido é dever do gestor público. Porém, este deve ter conhecimento do ato infracionado do contratado para que a aplicação seja na dose correta. Deve considerar na aplicação da penalidade ou sanção os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, respondendo à pergunta de pesquisa – Como dosar a penalidade a ser aplicada nos contratos administrativos? –, afirmamos que cabe ao gestor público avaliar o tipo de falta que o contratante cometeu e verificar se a pena a ser aplicada é proporcional a esta infração e, ainda, se tal pena é razoável ou não, levando-se em conta os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. É importante observar que o descumprimento de um contrato pode trazer para a Administração tanto prejuízos materiais direta ou indiretamente, ligados a bens que podem ser perdidos em razão do não cumprimento, quanto prejuízos não materiais, que estariam indiretamente ligados em razão do não cumprimento do contrato, tudo isso levando em conta as finalidades públicas atendidas pela contratação. Avaliando também a

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

infração e a gravidade dela perante o cumprimento do contrato vem a escolha da pena mais adequada. São esses aspectos que devem ser ponderados.

REFERÊNCIAS

ARBACH, Maurício Neves. Prevalência do artigo nº 7 da Lei 10.520/02, sobre o artigo 87, IV, da Lei 8.666/93. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.prevalencia-do-art-7o-da-lei-n-1052002-sobre-o-art-87-iv-da-lei-n-866693,51933.html>>.

BOSELLI, Felipe. **A discussão doutrinária entre suspensão e declaração de inidoneidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.boselli.adv.br/a-discussao-doutrinaria-entre-suspensao-e-declaracao-de-inidoneidade/>>.

CADERNO DE LOGÍSTICA. Sanções administrativas em contratos e compras. 2014. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/manual-sancoes-22-09.pdf>. 2014>.

CARVALHO JÚNIOR, Joel dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. **Thomson Reuters Revista dos Tribunais**, 2014.

LUNELLI, Rômulo Gabriel M. A possibilidade de aplicação de critérios de proporcionalidade na aplicação de multas nos contratos administrativos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3502, 1 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23618/a-possibilidade-de-aplicacao-de-criterios-de-proporcionalidade-na-aplicacao-de-multas-nos-contratos-administrativos>>.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

MOURA, Rodolfo André P. de; LOMBARDO, Pedro Luiz. **Licitação: Abrangência das penalidades: Lei 8.666/93 e Lei 10.520/02**. Disponível em: <https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/licitacao-abrangencia-das-penalidades-lei-866693-105202002/>. 2014.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. O Sancionamento do Contratado na Lei 8.666/93 e os Princípios Aplicáveis. **O Pregoeiro**, fev. 2015.

OLIVEIRA, Yara Beatriz Cruz de. **Dosimetria da Penalização nos Contratos Administrativos: Dinâmica para a formulação do juízo da proporcionalidade**. 1. ed. Porto Alegre: Ingep Editora, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>.

SIMÕES, Odair Raposo. **Sanções administrativas em contratos públicos**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25512/sancoes-administrativas-em-contratos-publicos>.