



Boletim Informativo 2/08

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

AS SANÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

por MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharelado em Ciências da Administração pela Universidade de Pernambuco. Advogado e Coordenador do Departamento de Direito Administrativo do Lima & Falcão Advogados, em Recife, Pernambuco.

A Lei de Licitações, ao disciplinar em seu art. 87 sobre as penalidades aplicáveis aos contratantes do Poder Público que cometam falhas no curso da relação contratual, recorre a conceitos genéricos para apuração da infração, como é o caso da inexecução total ou parcial do contrato, indicado no *caput* do preceptivo como motivador da aplicação das sanções.

Ao assim estatuir, contudo, não é certo que a Lei tenha deixado ao gestor público uma fresta ilimitada de liberdade interpretativa para aplicar o rol de sanções dos incs. I, II, III e IV. Definitivamente não o fez, nem poderia.

Em efeito, as espécies normativas que tratem de restrições ao livre exercício de direitos por particulares se submetem, originariamente, ao art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

No que se refere à aplicabilidade desse princípio ao agir da Administração Pública, não poderia ser mais explícito o *caput* do art. 37 ao prever, entre os princípios da Administração Pública, o da **legalidade**, por definição avesso à concessão de poderes ilimitados ao Poder Público.

Dito de outra forma, ao se reportar ao conceito aberto de inexecução total ou parcial do contrato, a Lei elege, ao revés um caminho desanuviado de rigores, **o meio mais prático de conceder ao gestor público meios de punir o particular falho na execução contratual sem se perder nas inúmeras tipificações legais que se poderiam instituir**; elege, assim, instrumento mais eficaz, mas por isso mesmo sujeito a princípios, normas, gradações de conduta que condicionam a decisão administrativa, submissão esta que deve ser controlada no caso concreto com o rigor que os conceitos abertos exigem.

Isto é: ao passo que a Lei concede com uma mão ao gestor a competência para enquadrar a conduta do particular ao conceito de inexecução contratual e ponderar sua gravidade, **reforça com outra o necessário controle do referido ato por meio de princípios insertos na Constituição e nas leis**, de forma a podar-lhe qualquer açodamento.

A abertura interpretativa permitida pela Lei chega a encontrar em insignes juristas, como Marçal Justen Filho, severas críticas, a ponto de considerar "impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas". Assim é porque, segundo explica o professor, "a lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção" quando não poderia "remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade".¹



Boletim Informativo 2/08

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS Continuação

À parte a posição mais radical acima expressa, tem-se entendido por lícita a aplicação das penalidades alinhadas no art. 87 sob estrito e perseverante controle de legalidade e proporcionalidade, sobretudo este último, a recomendar ao gestor que eleja tão-somente as medidas adequadas para o alcance dos fins perseguidos, como, afinal, ficou assente na Lei nº 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal:

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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (Grifamos.)

É de se registrar que o inc. VI, acima transcrito, nada mais traduz do que a materialização do princípio da proporcionalidade no momento da aplicação de uma sanção administrativa, já que, iniludivelmente, aquele exigiria do administrador público que não impusesse sanção em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

Em artigo que enfrenta pormenorizadamente a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, o professor Sérgio Guerra assinala:

Malgrado as discussões doutrinárias acerca da pureza de identidade do princípio da proporcionalidade, é fato que o mesmo é hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos), a prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos fundamentais em conflito. Nesse sentido, só será constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, o ato que, sucessivamente, seja adequado, necessário e proporcional. Vale dizer, atenderá o princípio da proporcionalidade o ato que não desafie as noções mínimas de racionalidade e razoabilidade admitidas pelo sistema social.²

Na medida em que, portanto, a adequação, necessidade e proporcionalidade de um ato condicionam sua validade, a aplicação das sanções do art. 87 têm sua validade desafiada pela compatibilidade entre sua adoção e a gravidade da falta, havendo nítida graduação entre a advertência, a multa, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, havendo uma crescente gravidade nos incisos do referido artigo.

Dessas anotações podemos extrair que a própria Lei de Licitações exige uma gradação entre as sanções previstas no elenco do art. 87, a denotar que cada uma delas corresponde a um patamar superior de gravidade na conduta punível, ponderação esta que vai da pena mais branda – a advertência – até a mais gravosa – declaração de inidoneidade para licitar. Senão vejamos a seqüência dos incisos:



Boletim Informativo 2/08

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS Continuação

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

I - advertência;

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

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Conforme se pode observar, pois, a própria norma induz à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, na medida em que os incisos são enumerados de acordo com a gravosidade das conseqüências de cada pena.

Nesse sentido, aliás, é unânime a doutrina em reconhecer uma gradação na aplicação da pena de acordo com a conduta apurada, de que é exemplo o professor Marcos Juruena Villela Souto, que releva a necessidade da "proporcionalidade da falta à pena".

Helly Lopes Meirelles, ainda comentando o Decreto-Lei nº 2.300/86, que trazia dispositivo análogo ao do art. 87 do Estatuto vigente, chegou a ensaiar uma classificação na gradação de gravidade das condutas, a diferenciar a aplicação da suspensão temporária da declaração de inidoneidade:

A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é penalidade administrativa com que geralmente se punem os inadimplentes culposos e aqueles que, culposamente, prejudicarem a licitação ou a execução do contrato. (...) A declaração de inidoneidade é penalidade aplicável aos contratados inadimplentes de má-fé, ou reincidentes, e àqueles que, dolosamente e em razão do contrato ou do procedimento licitatório, praticarem atos ilícitos visando a fraudar o fisco ou a licitação...³

Menos ousado do que o Meirelles, Marçal Justen Filho não deixou de registrar que:

(...) 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. (...) **A questão é tanto mais difícil porque a leitura do elenco legal faz presumir uma variação da gravidade entre as diversas sanções. Não é possível colocar em um mesmo patamar a sanção de advertência e a declaração de inidoneidade para licitar.**⁴ (Grifamos.)



Boletim Informativo 2/08

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS Continuação

Também a jurisprudência tem seguido esse rastro. Em Pernambuco o Exmo. Juízo da Primeira Vara da Fazenda Pública da Capital já expressou com todas as letras a existência de uma gradação entre as espécies sancionatórias do art. 87:

As sanções previstas no art. 87 e seus incisos da Lei nº art. 87 da lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, **apresenta-se de forma gradativa** e a parte impetrada aplicou ao impetrante uma pena mais grave que possivelmente poderá trazer sérios prejuízos, com a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do mesmo, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. (Mandado de Segurança nº 001.2004.000051-7, Primeira Vara da Fazenda Pública da Capital, Juiz Wagner Ramalho Procópio.) (Grifamos.)

Em semelhante linha, os Tribunais Regionais Federais de diferentes regiões:

Se o descumprimento do contrato se deu por motivos relevantes, recebendo a firma licitante, por este motivo, a punição prevista no respectivo edital, abusivo é o ato que lhe aplicou também a pena de suspensão do direito de licitar. Remessa improvida. Decisão mantida. (TRF, 1ª Região, DJ de 17.02.1992.)

A dosimetria da pena administrativa deve levar em conta a legalidade do bem protegido. Falta contratual de natureza leve não deve ser apenada acirradamente com a proibição do direito de licitar. (TRF, 5ª Região, DJ de 16.07.1993, p. 28189.)

Notadamente, portanto, há uma gradação entre as espécies do art. 87 que, *per si*, impõem limites ao administrador público no ato da **dosimetria**. Assim, é ilícita a aplicação de mera penalidade de advertência e/ou multa para o contratado que comete fraude documental, como é ilícita a aplicação de penalidade de suspensão do direito de licitar a contratado que simplesmente atrasa o cumprimento de uma prestação.

Como anotou Helly, nas linhas acima transcritas, as penas de suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade devem ser reservadas, respectiva e exclusivamente, para os atos culposos graves e de má-fé, os quais imponham medida cujo efeito seja afastar por prazo determinado ou não o particular faltoso das contratações administrativas.

Afora disso, a aplicação de tais penalidades transporá os limites da gradação imposta pelo art. 87 direta e imediatamente e, mediamente, constrangerá o princípio da proporcionalidade, ilustrativo da boa governança no agir administrativo.

Texto retirado do **Boletim da Zênite Informação e Consultoria S.A.**