

CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES

DANIELE DIAS MARTINS

Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito – área de concentração em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba-PR.

RESUMO

O presente estudo abordará, de modo sistemático, a aplicação de penalidades nos contratos administrativos no âmbito do regime jurídico da Administração Pública. Figurando como uma das cláusulas exorbitantes legalmente previstas para os contratos administrativos, a aplicação de penalidades é reflexo da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o que será demonstrado através da análise de dispositivos legais, de ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse público; contratos administrativos; cláusulas exorbitantes; penalidades.

ABSTRACT

The current report will abord, in a systematic way, the application of penalties in administrative contracts in the bounds of juridical rules of Public Administration. Representing one of the exorbiting clauses legally foreseen in the administrative contracts, the application of penalties is a reflex of the supremacy and inalienability of public interest, what will be demonstrated by the analyses of legal rules, theoretical instruction and jurisprudence.

KEYWORDS: Public interest; administrative contracts; exorbiting clauses; penalties.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os contratos administrativos. 2.1 Cláusulas exorbitantes. 2.1.1 Aplicação de penalidades. 2.1.1.1 Execução das

penalidades aplicadas no âmbito dos contratos administrativos. 2.1.2 Rescisão unilateral do contrato. 2.1.3 Aplicação de penalidade e rescisão unilateral do contrato após o término de sua vigência. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos diferem daqueles regidos pelo direito privado pela presença das cláusulas exorbitantes, que se constituem em prerrogativas instituídas pelo legislador em benefício do interesse público que prevalece sobre os interesses particulares. Dentre as cláusulas exorbitantes encontra-se o direito reservado à Administração Pública de aplicar penalidades ao contratado pela inexecução total ou parcial do objeto contratual. O objetivo do texto é refletir sobre o poder-dever da Administração de sancionar o particular que descumpra as obrigações contratuais, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público.

2. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para compreender as especificidades dos contratos administrativos, faz-se necessário uma breve incursão ao regime jurídico pertinente à Administração Pública. Nesta seara, tem-se como gênero o regime jurídico “da Administração Pública”, derogatório e exorbitante do direito comum, do qual são espécies: o regime jurídico-administrativo ou de direito público, caracterizado pela relação de verticalidade entre a Administração e o particular, e o regime de direito privado, no qual predomina uma relação de quase horizontalidade entre particulares e a Administração.

O regime jurídico da Administração Pública é formado por prerrogativas e sujeições, sendo que as primeiras advêm do princípio da supremacia do interesse público e as últimas são provenientes do princípio da indisponibilidade do interesse público. Ambos os princípios encontram-se atuantes tanto no regime jurídico-administrativo quanto nas relações jurídicas da Administração Pública submetidas ao regime de Direito Privado.

Da mesma forma, os contratos “da Administração” são o gênero, bastando que a Administração seja parte, ao passo que os contratos administrativos são espécie, caracterizados por: regime de direito público, no qual a Administração encontra-se presente como poder público; finalidade pública; procedimento legal; natureza intuitu personae; natureza de contrato de adesão; presença de cláusulas exorbitantes.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua contrato administrativo como sendo “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”¹

A bem da verdade, mesmo em contratos firmados pela Administração Pública sob regime de direito privado, nunca há igualdade entre o poder público e o particular, haja vista a prevalência do interesse público, nesse sentido temos lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de *verticalidade* (o que é verdadeiro) e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de *horizontalidade*, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a *restrições* inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.²

O doutrinador Lucas Rocha Furtado também reforça a ideia de que sempre há supremacia da Administração Pública nos contratos por ela firmados, qualquer que seja o regime jurídico:

Em resumo, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de Direito público e contratos nos quais predominam as regras de Direito privado. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo: contrato privado, contrato semipúblico ou

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 2005, p. 626-627.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2004, p. 247.

contrato administrativo de figuração privada. Haja vista a Administração contratante, em qualquer caso, sempre assumir posição de supremacia (...) é de se concluir que as potestades que caracterizam os contratos administrativos estarão sempre presentes em todos os contratos firmados pelas pessoas de Direito público. (...) A aplicação supletiva, ou subsidiária, das regras e dos princípios privatistas a todos os contratos firmados pela Administração Pública não faz com que alguns contratos possam ser reputados privados em oposição a outros que teriam natureza administrativa.³

Em regra, os contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista são regidos pelo regime jurídico de direito privado, já que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme preceitua a Constituição Federal (artigo 173, § 1º, inciso II). No entanto, a própria Carta Magna disciplina que empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividade econômica, devem contratar mediante licitação, observados os princípios da Administração Pública, conforme disposto no artigo 173, § 1º, inciso III.

Com muito mais razão, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas que prestam serviços públicos, como é o caso da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o entendimento é de que embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, o regime jurídico de seus contratos é o regime jurídico-administrativo, portanto, firmam contratos administrativos e não meramente contratos de direito privado.

Conforme disserta Lucas Rocha Furtado, “o exercício de prerrogativas públicas por parte das pessoas de Direito privado, o que compreende as empresas estatais, deve ser admitido somente em caráter excepcional, em situações que envolvam a prestação de serviços públicos.”⁴

Desta forma, não apenas as pessoas jurídicas da Administração Pública Direta, mas também as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta prestadoras de serviços público têm em seus contratos as chamadas cláusulas exorbitantes.

³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2007, p. 430.

⁴ *Ibidem*, pp. 437-438.

3.1 CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes são aquelas que impingem ao contrato os poderes que o regime jurídico-administrativo outorga à Administração Pública, conforme leciona Odete Medauar:

Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo ‘derrogatórias’ expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocabulário ‘exorbitantes’ significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art. 58 da Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração.⁵

As cláusulas exorbitantes instabilizam a relação jurídica, na medida em que conferem a uma das partes – a Administração – poderes e prerrogativas sem correspondência dentre os direitos do particular contratado. Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais cláusulas “*seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.*”⁶

Embora as cláusulas exorbitantes pudessem ser consideradas cláusulas leoninas em um contrato de direito privado, no regime jurídico-administrativo tais prerrogativas são lícitas, previstas em lei, e encontram fundamento no interesse público.

O particular que não deseja se subjugar às cláusulas exorbitantes deverá abster-se de firmar contratos administrativos com o poder público, pois, ainda que tais cláusulas não estejam expressas no edital

⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2011, p. 229.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, p. 246.

licitatório e no contrato elas poderão ser aplicadas, vez que decorrentes de lei e do princípio da supremacia do interesse público.

Conforme o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles:

(...) em todo contrato administrativo estão presentes também as denominadas *cláusulas implícitas*, que, por serem da própria natureza dos ajustes públicos, consideram-se existentes mesmo que não escritas, tais como a que permite a *rescisão unilateral por interesse público*, com a conseqüente indenização; a que possibilita a *redução ou ampliação do objeto do contrato*, dentro dos limites regulamentares; a que faculta a *assunção dos trabalhos paralisados*, para evitar a descontinuidade do serviço público, e outras dessa espécie, reconhecidas à Administração como privilégios irrenunciáveis em suas contratações.⁷

As principais cláusulas exorbitantes encontram-se arroladas no artigo 58 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1o As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2001, p. 213.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Além das prerrogativas de alteração unilateral e rescisão unilateral do contrato, fiscalização da execução, aplicação de penalidades e ocupação provisória, enumerados pelo artigo 58 da Lei 8.666/93, há outras cláusulas exorbitantes dispersas na referida Lei, como a possibilidade de retomar o objeto do contrato, a restrição ao uso da exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimplent contractus*, a possibilidade reter créditos e exigir garantia, bem como o poder-dever de anular o contrato se verificada a ocorrência de ilegalidade.

O particular, por sua vez, conserva o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, o contratado tem a obrigação legal e contratual de anuir às alterações impostas pela Administração, sob pena de caracterizar descumprimento da avença, no entanto, conforme previsto em lei, se o mesmo comprovar que as alterações pretendidas causarão impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, haverá obrigação da Administração de recompor os custos decorrentes da alteração do objeto contratado.

9.2.1 APLICAÇÃO DE PENALIDADES

Como cediço, os contratos são firmados para serem cumpridos. A Lei 8.666/93 prevê expressamente em seu artigo 66 que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

A fiscalização do contrato e a aplicação de penalidades no caso de serem detectadas irregularidades então dentre as cláusulas exorbitantes. O artigo 67 da lei 8.666/93 dispõe acerca do dever da Administração em designar representante para fiscalizar a execução do contrato administrativo. A fiscalização atenta e rotineira, principalmente nas contratações de serviços contínuos, é indispensável para que o fim público seja alcançado, pois possibilita o saneamento rápido de irregularidades que possam trazer prejuízos à Administração.

Se houver falhas na fiscalização que causem prejuízo ao erário, a Administração tem o dever de responsabilizar o agente público que tenha cometido o erro. No entanto, no entendimento do Tribunal de Contas da União, a responsabilidade do fiscal pode ser afastada se restar comprovado que não recebeu treinamento adequado para exercício da atribuição, pois, segundo a Corte de Contas, demonstrado nos autos que o responsável pela fiscalização tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se a responsabilidade⁸.

A partir das informações trazidas pelo representante da Administração responsável para fiscalização, caberá às autoridades competentes a tomada de providências adequadas para saneamento das irregularidades, além de verificar as penalidades cabíveis ao particular, através da instauração do competente processo administrativo.

O processo administrativo de aplicação de penalidades – com observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – poderá levar às sanções previstas no artigo 87 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

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.

(...)

Importante asseverar que o Administrador exerce seu poder discricionário apenas no momento de elaboração

⁸ Tribunal de Contas da União. Acórdão 839/2011-Plenário.

do contrato administrativo, estabelecendo as penalidades, fixando a hipótese de incidência e a consequência respectiva. Não há discricionariedade do Administrador na aplicação da sanção contratualmente prevista, e sim poder-dever de agir, pois, conforme Marçal Justen Filho, “a Lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade”.⁹

Conforme visto, o interesse público é indisponível para o Estado-Administração, em razão disto, ocorrida a hipótese de incidência descrita no contrato administrativo surge a obrigação da autoridade competente instaurar o processo respectivo, notificado a contratada para apresentação de defesa.

Acerca da inafastabilidade da aplicação da sanção em caso de descumprimento contratual temos a doutrina de Lúcia Valle Figueiredo:

Consiste a inadimplência na mora excessiva para cumprimento do pactuado, no cumprimento exato ou no abandono da obra ou serviço. Tal comportamento conduz – ou deve conduzir – a Administração à conduta sancionatória, quer seja aplicadora de penalidades, quer seja por meio da sanção máxima: a rescisão. A sanção é, pois, obrigatória para a Administração. Deveras, não é direito ou faculdade, mas sim dever.¹⁰

E ainda, Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹¹:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 2004, p. 601.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2007, p. 552.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. p. 70.

ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

O Tribunal de Contas da União já exarou determinações à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo para que tomasse as medidas necessárias para aplicação de multas em função de atraso na execução do objeto contratado. Vejamos:

Representação formulada por equipe de auditoria. Irregularidades em contrato para aquisição e prestação de assistência técnica em equipamentos. Concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro. Débito. Ausência de aplicação de multas contratuais em função de atraso na execução do objeto. Conversão dos autos em TCE. Citação. Audiência. Determinação para que a ECT tome as medidas cabíveis para aplicação das multas devidas. Ciência à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI dos Correios, ao Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, à Casa Civil da Presidência da República e à Procuradoria Geral da República (...).

9.5.1. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 45 da Lei nº 8.443/92, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência da presente deliberação, adote as medidas administrativas (e judiciais, se necessário) para aplicação das multas previstas no Contrato nº 11.346/2002 por atraso no atendimento dos chamados nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, a partir do levantamento das multas devidas, preferencialmente por meio de apuração no sistema Help Desk da ECT.¹²

Seguem no mesmo sentido as seguintes decisões da Corte de Contas:

¹² Tribunal de Contas da União. Acórdão 1798/2005-Plenário.

Assunto: OBRA PÚBLICA. DOU de 26.02.2010, S. 1, p. 145.
Ementa: determinação à Fundação Universidade Federal ABC/SP (UFABC) para que: (...) b) diante do atraso injustificável no ritmo das obras, proceda às penalidades previstas nas cláusulas contratuais avençadas; (...).¹³

Assunto: OBRA PÚBLICA. DOU de 13.07.2010, S. 1, p. 135.
Ementa: alerta a uma prefeitura municipal no sentido de que: (...) b) caso sejam identificadas falhas construtivas depois da realização das obras, que execute as penalidades contratuais, a fim de que sejam corrigidas as falhas ou aplicadas as penalidades contratuais cabíveis.¹⁴

Assunto: CONTRATOS. DOU de 06.10.2010, S. 1, p. 119.
Ementa: alerta à Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado da Bahia (FUNASA/CORE/BA) quanto à necessidade de: a) fiscalizar adequadamente a execução das avenças, aplicando, em caso de inadimplência da contratada, as sanções previstas no edital e/ou nos termos de contratos, cf. Acórdão nº 301/2005-P; b) aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993, na hipótese da inexecução do contrato por seus fornecedores ou prestadores de serviço, cf. Acórdão nº 254/2004-2ªC.¹⁵

Assunto: PREGÃO. DOU de 07.08.2009, S. 1, p. 145.
Ementa: determinação ao HFA para que instaure processo administrativo, nos termos da Lei nº 9.784/1999, para decidir sobre a aplicação da penalidade prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 à empresa licitante que utilizou documentação falsa em pregão presencial de 2006, durante a fase de classificação desse certame e, ainda, que dê ciência desse fato à Polícia Federal para apuração das conseqüências penais da conduta da licitante.¹⁶

As decisões acima transcritas então em consonância não apenas com o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas também com os princípios da isonomia e da impessoalidade, na medida em que é vedado à Administração alterar as “regras” após firmado o contrato para

¹³ Tribunal de Contas da União. Acórdão 257/2010 - Plenário.

¹⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.354/2010-2ª Câmara.

¹⁵ Tribunal de Contas da União. Acórdão 6.133/2010-1ª Câmara.

¹⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.964/2009-2ª Câmara.

beneficiar o contratado em detrimento de todos os outros particulares, potenciais licitantes que eventualmente tenham deixado de concorrer justamente pela existência da “regra” posteriormente alterada.

A esse respeito cabe chamar a atenção às disposições constitucionais, segundo as quais a Administração Pública direta e indireta deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*), e aos dispositivos da Lei 8.666/93, que em seu artigo 3º determina que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Partindo da premissa que ao Administrador não é dado do direito de relevar a aplicação de sanções, resta evidenciado que não há que se falar em perdão expresso ou tácito para os descumprimentos ocorrido durante a execução do contrato administrativo. O que deve acontecer, sim, é a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da penalidade.

Sobre os princípios em comento, tem-se que:

A proporcionalidade é comumente tratada como sinônimo de razoabilidade, no entanto, é possível fazer uma distinção entre elas, embora estejam intimamente ligadas. A razoabilidade evita que a aplicação da lei gere resultados absurdos, pois nenhuma lei será pertinente se suas consequências extrapolarem o padrão de normalidade. Já o princípio da proporcionalidade exige do aplicador do Direito a adequação dos fins que objetiva atingir com os meios necessários para tanto. Em outras palavras, o uso dos meios deve ter a intensidade necessária para o alcance dos fins.¹⁷

Segundo Marçal Justen Filho, “tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-

¹⁷ MARTINS, Daniele Dias. *A relatividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. 2009.

se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente”.¹⁸

Acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade também disserta Lucas Rocha Furtado:

Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a de multa. Sempre que houver violação de cláusulas do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade.¹⁹

O Superior Tribunal de Justiça já exarou decisão concernente à necessidade de observância do princípio da razoabilidade na aplicação das penalidades elencadas no artigo 87 da Lei 8.666/93:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados. 2. O art. 87, da Lei nº

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. p. 603.

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. pp. 450-451.

8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade. 5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas.”

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.²⁰

Além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a aplicação das cláusulas fixadas nos contratos administrativos também

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. REsp 914087/RJ - DJ 29.10.2007, p. 190.

deverá ser pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral do Direito Civil que se aplica também no regime jurídico-administrativo, pois permeia todo e qualquer processo obrigacional, em todas as suas fases, quais sejam, fase antecedente, de negociação, de conclusão, de execução, de adimplemento final; produzindo efeitos até mesmo após a conclusão do contrato.

A boa-fé objetiva se presta a reger as condutas dos contratantes, segundo as circunstâncias concretas de cada caso e se traduz como um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. Decorrem da boa-fé objetiva os deveres de lealdade, segurança e informação, possuindo função interpretativa, função de controle dos limites de um direito e função de integração do negócio jurídico.²¹

A violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva pode levar à obrigação de indenizar, razão pela qual tais deveres não podem ser afastados pela Administração Pública no momento de julgar e motivar a aplicação de penalidade.

O processo administrativo deverá ser conduzido com isenção e imparcialidade, sendo que a decisão da autoridade administrativa está sujeita a recurso que será decidido pela autoridade superior, caso a autoridade que praticou o ato recorrido não reconsidere sua decisão (Lei 8.666/93, artigo 109, parágrafo 4º). Além disso, o resultado do processo administrativo está sujeito ao controle do Judiciário, haja vista o direito fundamental segundo o qual não será excluída do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV).

2.1.1.1 EXECUÇÃO DAS PENALIDADES APLICADAS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos possuem como característica a autoexecutoriedade, ou seja, a Administração tem o poder de executar seus próprios atos, compelindo materialmente o particular a cumprir as obrigações que lhes são impostas pelo poder público.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2004, pp. 393-394.

Partindo desse entendimento, tem-se que as decisões da Administração nos processos de aplicação de penalidade, referentes ao descumprimento de contratos administrativos, também possuem como atributo a autoexecutoriedade.

Dessa forma, a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para executar suas decisões, salvo em caso de resistência do administrado, pois, ao contratar, a Administração reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, independentemente de prévia intervenção do poder judiciário²².

Hely Lopes Meirelles trata da autoexecutoriedade das penalidades aplicadas pela Administração nos seguintes termos:

Aplicação de penalidades: a aplicação de penalidades contratuais, garantida a prévia defesa, é medida auto-executória de que se vale a Administração quando verifica a inadimplência do contratado na realização do objeto do contrato, no atendimento dos prazos ou no cumprimento de qualquer outra obrigação a seu cargo. A única exceção ao princípio da auto-executoriedade desse poder-dever da Administração ocorre quando o punido resiste e há necessidade de cobrança de quantia em dinheiro ou apreensão de seus bens, caso em que se impõe a utilização do procedimento judicial adequado. Nos demais casos, inclusive nos de retenção de caução, desconto de multas e outros débitos para os quais haja garantia contratual, pode a Administração pagar-se independentemente de ordem judicial (arts. 86 a 88). Por outro lado, a omissão na aplicação das penalidades contratuais acarreta responsabilidade para a autoridade omissa, pois ao administrador público não é ilícito renunciar, sem justificativa, os direitos do Estado. A relevação de penalidade deve ser sempre motivada e baseada em conveniência administrativa.²³

Sendo assim, para executar a pena de multa aplicada, a Administração pode efetuar o desconto da garantia prestada. Caso não haja garantia, ou se o valor da multa for superior à garantia, a Administração possui a prerrogativa de reter os pagamentos

²² MEIRELLES, Hely Lopes. pp. 220-221.

²³ Idem.

eventualmente devidos, inclusive em outros contratos existentes com a mesma contratada. Apenas se não houver valores a serem retido é que a Administração precisará recorrer ao poder judiciário para cobrança das multas. Nesse sentido é o §1º do artigo 87 da Lei 8.666/93.

9.2.2 RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO

À Administração é dada também a prerrogativa legal de rescindir unilateralmente o contrato administrativo em determinadas hipóteses elencadas no artigo 78 da Lei 8.666/93, dentre as quais se encontram os casos em que o contrato poderá ser rescindido por condutas irregulares da contratada, quais sejam: não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; o cometimento reiterado de faltas na sua execução; decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; dissolução da sociedade; alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato.

A rescisão unilateral gerada pela inadimplência culposa constitui uma sanção, quase sempre cumulada com a aplicação de outras penalidades, como a multa compensatória e a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública ou até mesmo a declaração de inidoneidade, obrigando o contratado à reparação do dano e autorizando a Administração a utilizar as garantias e a reter os créditos do inadimplente para fazer frente aos prejuízos decorrentes da inexecução.²⁴

²⁴ Ibidem, p. 236.

Para gerar a rescisão unilateral do contrato o ato faltoso deve ter sido grave, haja vista a necessidade de haver proporcionalidade entre a conduta, seu resultado e a sanção aplicada. Principalmente porque é comum restar disposto nos instrumentos contratuais que, em havendo rescisão unilateral, além de ser multado o contratado também poderá sofrer a imputação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

Destarte, é imprescindível que a decisão administrativa de rescisão unilateral do contrato por culpa esteja calcada em fatos graves, incontroversos, e seja levada a efeito com observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé objetiva, não se olvidando a necessidade de oportunizar a ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade do processo respectivo.

9.2.3 APLICAÇÃO DE PENALIDADE E RESCISÃO UNILATERAL O CONTRATO APÓS O TÉRMINO DE SUA VIGÊNCIA

Embora possa parecer algo contraditório, é possível aplicar os efeitos da rescisão unilateral aos contratos que não mais se encontram em vigor. Não apenas é possível, como é dever do Administrador proceder desta forma. Este entendimento se coaduna com a indisponibilidade do interesse público e com a inafastabilidade da instauração do processo administrativo para apuração de irregularidades ocorridas durante a execução do contrato, mesmo que a avença já tenha chegado a seu deslinde.

Assim ocorre porque não há uma norma expressa que exclua a responsabilidade do contratado. Ainda que a Administração receba o objeto do contrato com atraso, por exemplo, e não lhe sobrevenha danos em decorrência da mora, o poder-dever de punir leva ao entendimento de que o prazo para aplicação da penalidade é quinquenal. A exceção se dá apenas em relação à penalidade de advertência, pois, segundo a doutrina, esta sanção só poderá ser aplicada enquanto houver vínculo contratual.²⁵

Portanto, o prazo para aplicação das sanções de rescisão unilateral do contrato, multa, suspensão temporária de participação em

²⁵ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. 1997, pp. 107-108.

licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública cabe na regra geral para a prescrição administrativa, qual seja, cinco anos.

Em assim sendo, não poderá o Administrador deixar de instaurar o processo administrativo para aplicação de penalidades argumentando que a contratação exauriu-se, sob pena de responsabilidade, tendo em conta que não se pode dispor do interesse coletivo.

Ainda que o descumprimento das obrigações tenha sido conhecido durante a vigência contratual, mas tenha sido relevado pela fiscalização do contrato ou pela autoridade competente para apuração, não há que se falar em perdão ao contratado, pelas razões já expostas. Nesse caso, dentro do prazo quinquenal, continua sendo dever da Administração a aplicação da sanção, mediante devido processo administrativo, sem prejuízo da responsabilidade funcional do agente que negligenciou a situação danosa ao interesse público.

Nesse passo, depreende-se que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, como o dever de aplicação de penalidades e rescisão unilateral do contrato, podem continuar emanando seus efeitos mesmo após o término da vigência contratual.

3. CONCLUSÃO

As cláusulas exorbitantes, inerentes aos contratos firmados pela Administração Pública, traduzem prerrogativas que o poder público possui sobre os administrados e fazem com que tais contratos sejam desprovidos de igualdade entre as partes contratadas, uma vez que somente a Administração é titular de tais poderes.

De outra forma não poderia ser, haja vista que à Administração compete a realização e a defesa do interesse público, direta ou indiretamente, o que deve ser buscado em cada ato e em cada contrato firmado pelo Estado-Administração, pelo princípio da supremacia do interesse público.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público faz com que a Administração não possa renunciar às cláusulas exorbitantes e seus efeitos, tendo o poder-dever de exercê-las sempre

que conveniente e oportuno ao interesse público, bem como sempre que forem necessárias à defesa do erário e dos interesses da coletividade, como se dá nos casos de aplicação de penalidade e/ou rescisão unilateral do contrato tendo por fato gerador o descumprimento culposo das cláusulas contratuais.

Não compete ao Administrador, portanto, relevar ou dispensar o contratado de suas obrigações, uma vez que possui o dever funcional de dar início ao processo de apuração de irregularidades tão logo venha a ter conhecimento das mesmas, ainda que já tenha se dado o término do próprio contrato, desde que não transcorrido o prazo de cinco anos, referente à prescrição administrativa.

O contratado, por sua vez, é titular dos direitos que lhes são garantidos constitucionalmente, dentre os quais o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e contraditório, bem como à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Direitos estes que deverão ser respeitados pela Administração e não podem ser ignorados sob a escusa de supremacia do interesse público, haja vista que se tratam de direitos fundamentais que, embora possam sofrer limitações e relativização em caso de colisão com outros direitos fundamentais, não poderão ser totalmente afastados.

4. REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS, Daniele Dias. **A relatividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Curitiba, 2009. 56 f. Monografia (Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Constitucional) – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

