



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DO ESTADO.**

GUSTAVO PEREIRA GOMES COSTA

**OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DE MULTAS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA DOSIMETRIA DAS PENALIDADES EM
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. O CASO DO IPSEMG**

BELO HORIZONTE/MG

2019

GUSTAVO PEREIRA GOMES COSTA

**OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DE MULTAS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA DOSIMETRIA DAS PENALIDADES EM
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. O CASO DO IPSEMG**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para obtenção do título de bacharel em
Ciências do Estado pela Universidade Federal de
Minas Gerais – UFMG.**

Orientadora: Prof^ª Dr^ª. Daniela Mello Coelho Haikal.

BELO HORIZONTE/MG

2019

GUSTAVO PEREIRA GOMES COSTA

**OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DE MULTAS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA DOSIMETRIA DAS PENALIDADES EM
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. O CASO DO IPSEMG**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito e Ciências do Estado da
Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título
bacharel em Ciências do Estado.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Membro da banca examinadora

Membro da banca examinadora

Professora Doutora Daniela Mello Coelho Haikal – FDCE/UFMG

Ao meu pai e minha mãe, fonte de força e inspiração na minha vida.

RESUMO

COSTA, Gustavo Pereira Gomes. Obstáculos para a aplicação de multas e suas consequências na dosimetria das penalidades em contratos administrativos. O caso do IPSEMG. Trabalho de Conclusão de Curso (bacharelado em Ciências do Estado). Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019, 53 páginas.

O objetivo norteador deste estudo é averiguar se há dificuldade na aplicação de sanção pecuniária sobre obrigações acessórias em contratos administrativos de fornecimento, e qual sua implicação na aferição de dosimetria das penas aplicadas. Sendo assim, a pesquisa será dividida da seguinte forma: A primeira metade do trabalho se propõe a conceituar os elementos primordiais para compreensão do problema envolvendo o foco da pesquisa, passando pelos princípios norteadores do direito sancionador, para, em seguida, jogar luz sobre a figura do contrato administrativo e sua fiscalização. Para esta seção, foram utilizadas primariamente fontes bibliográficas. Já a segunda metade do trabalho, teve como objetivo a apresentação e identificação do problema no plano material, feita por meio de pesquisa bibliográfica, documental e de estudo de caso; para, no fim, ser proposta ideia de solução.

Palavras-chave: Contrato Administrativo; Fiscalização contratual; Sanções administrativas; Dosimetria; Processo Administrativo Punitivo; Multa.

ABSTRACT

COSTA, Gustavo Pereira Gomes. Obstacles for the application of pecuniary sanctions and its consequences in the dosimetry of sentences in administrative contracts. The IPSEMG case. Course Conclusion Dissertation (bachelordegree inStateSciences). College of Law and State Sciences. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019, 53 pages.

The main goal behind this study consists in verifying if there is difficulty in the application of pecuniary sanctions against non-compliance over secondary-level obligations in administrative supply contracts; and what are the implications of this scenario in the measurement of the dosimetry over the penalty applied. Thus, the research will be divided as follows: The first half of the term paper proposes to conceptualize the primordial elements for understanding the problem involving the focus of the research, going through the guiding principles of sanctioning law, and then shed light on the administrative contract and its supervision. For this section, primarily bibliographic sources were used. The second part of the study focuses on presenting and identifying the problem in the empirical sense, done by bibliographic and documentary sources, alongside a case study; to eventually come up with a solution idea.

Keywords: Administrativecontract; Contractoversight; Administrativesanctions; Dosimetry; Punitiveadministrativeprocess; Pecuniarysanction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AF – Autorização de Fornecimento

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANS – Acordo por nível de serviço

CAFIMP - cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual

CAGEF – Cadastro Geral de Fornecedores (Minas Gerais)

CAI – Comissão de Apuração de Irregularidades

CGE/MG – Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais

IDF – Índice de Desempenho de Fornecedor

IDF-AF - Índice de Desempenho de Fornecedor por Autorização de Fornecimento.

IDF-C - Índice de Desempenho de Fornecedor por contratação.

IMR - Instrumento de Medição de Resultados

IPSEMG – Instituto da previdência dos Servidores de Minas Gerais

LGL – Lei Geral de Licitações

LINDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

MPOG - Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão

PAP – Processo Administrativo Punitivo

PRFN/DIDAU - Procuradoria Regional da fazenda nacional / Divisão de Dívida Ativa

SEDESE - Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social

SEPLAG - Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (Minas Gerais)

STF – Supremo Tribunal federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TCEMG – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

T.I. – Tecnologia da Informação

TRF 2 – Tribunal Regional federal da 2ª Região.

TRF 4 - Tribunal Regional federal da 4ª Região

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Critérios Específicos (CE)	46
Tabela 2 - Matriz de Correspondência: Pontos x Sanções	47

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS AO DIREITO SANCIONADOR.....	12
2.1. Legalidade.....	12
2.2. Impessoalidade	13
2.3. Proporcionalidade e Razoabilidade	13
2.4. Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.....	15
2.5. Motivação	16
2.6. Devido processo legal.....	17
2.7. Tipicidade	18
3. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE FORNECIMENTO. 20	
3.1. O Contrato Administrativo.....	20
3.2. O Contrato Administrativo para o Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços	21
3.3. A figura do fiscal do contrato.	22
3.4. Sanções aplicáveis na esfera administrativa em sede de irregularidades em contratos públicos vide lei 8.666/93.	24
3.4.1. <i>Advertência.....</i>	24
3.4.2. <i>Multa.</i>	25
3.4.3. <i>Suspensão do Direito de Licitar e Contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos e Declaração de Inidoneidade.....</i>	27
3.5. Discricionariedade do gestor na graduação de sanções contratuais.	29
4. LIMITAÇÕES DO PROCEDIMENTO SANCIONADOR EM MINAS GERAIS..	32
4.1. Limitações do decreto 45.902/2012 para aplicação de multa em contratos administrativos.....	32
4.2. Cultura organizacional.....	36
5. APLICAÇÃO DE PENALIDADE SOBRE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL ACESSÓRIA NO IPSEMG.	38
5.1. O Ordenador de Despesas	38
5.2. A Comissão de Apuração de Irregularidades.	38
5.3. Análise Qualitativa da Amostra.	38
5.4. Proposta de solução	44
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

Na constante busca em atender o interesse público, o Poder Público procura firmar parceria com entes privados para suprir as demandas da sociedade, parcerias estas formalizadas na forma de contratos administrativos.

Nesse diapasão, o devido acompanhamento e fiscalização do contrato são de extrema relevância para a garantia de que o objeto da contratação está sendo executado de forma satisfatória, resguardando assim a qualidade do serviço prestado, a eficiente alocação de recursos públicos, a transparência e isonomia nas contratações conduzidas pela Administração, o amparo aos preceitos firmados no processo licitatório, entre outros benefícios que, juntos, trabalham em prol do interesse público.

Inserta na dinâmica fiscalizatória dos contratos públicos, resta a possibilidade de o Órgão contratante aplicar sanções ao ente privado contratado se apuradas situações de descumprimento contratual. A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, vide Lei 8.666/93, restringiu a gama de sanções aplicáveis a quatro tipos, ordenadas em uma evidente escala de gradação dedicada a ser utilizada em conjunto com o julgamento de valor do agente público conforme a situação encarada. Todavia, a prerrogativa fiscalizatória da Administração encontra sólidas restrições, uma vez que o legislador não se olvidou dos direitos individuais das partes contratadas.

Tendo dito isso, cumpre assinalar que apesar de estar limitado a aplicar as sanções já previstas em lei, o agente público ainda possui demasiada discricionariedade para definir qual sanção será aplicada a cada caso, assim como o seu grau de extensão. Não obstante, o deve fazer orientando-se pelos preceitos consagrados no ordenamento jurídico, não cabendo a possibilidade de aplicar restrições a terceiros a bel-prazer.

Tais restrições têm como alicerce, principalmente, o princípio da legalidade - sendo que, dentro do aspecto dosimétrico das penas, incidem ainda os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; Todos pré-requisitos de legitimidade para qualquer ato administrativo.

No que se refere à aplicação de multas administrativas, em que pese o exposto acima, os ditames do contrato ainda são de extrema relevância, tendo em vista que a Lei Geral condicionou a aplicação deste tipo de pena à forma prevista no instrumento contratual. Sendo assim, cada ente público possui a liberdade para adaptar seus contratos conforme as particularidades de sua experiência administrativa, definindo suas alíquotas e bases de cálculo

para quantificação dos valores a serem acometidos em sede de sanção pecuniária; atendo-se somente às limitações registradas no texto legal regente.

Nessa vereda, é possível observar que alguns órgãos da Administração utilizam como base para o cálculo supracitado o valor global do ajuste em questão. Entrementes, cumpre destacar que em razão das particularidades de certos casos, este talvez não seja o método mais acertado.

Apesar de ser válida em determinadas ocasiões, a utilização do valor total do contrato como base de cálculo para sanções que tiveram como fato motivador descumprimento sobre apenas uma parcela do ajuste não aparenta ser, a princípio, proporcional. Considerando ainda que a teoria geral dos contratos aplica-se subsidiariamente aos contratos administrativos, nesta forma de cálculo, desconsidera-se por completo a noções como a de adimplemento substancial do Termo.

Ademais, em casos de fornecimento contínuo, ou contratos gerados a partir de Atas de Registro de Preços, essa abordagem pode gerar penas excessivamente gravosas se comparadas às condutas dos contratados. Não raro, estes ajustes possuem valores globais extremamente elevados, ao passo que as Autorizações de Fornecimento lançadas ao longo do seu período de vigência possuem valores bem mais singelos. Por exemplo, é possível que em um contrato valorado em um milhão de reais emita-se uma AF na importância de 100 (cem) reais. Neste caso, atendo-se ao limite de vinte por cento imposto na legislação mineira atinente à multa compensatória, a contratada poderia arcar com até 200 (duzentos) mil reais em sanção pecuniária pela não entrega de sobreditos itens. Ou seja, resguardando uma parcela de 0,01% do objeto do Termo, calcula-se a multa sobre 100% do mesmo. Dessa forma, é possível perceber que apesar de tal possibilidade estar prevista no ordenamento jurídico, sua aplicação contextualizada pode ser extremamente desarrazoada.

Posto isto, uma parcela dos entes públicos adotou em seus contratos como base de cálculo da multa o valor do fornecimento em situação de irregularidade, conferindo assim maior caráter proporcional e razoável às penas aplicadas. Porém, em razão da necessidade de segregar a parcela do fornecimento irregular e aferir-lhe valor para se calcular a multa, em casos nos quais o descumprimento contratual incide sobre obrigação acessória, não quantificável financeiramente, a aplicação de multa pode encontrar restrições. Tendo em vista a indisponibilidade de um dos parâmetros utilizados para se chegar ao valor a ser cobrado, por muitas vezes o administrador público tem sua gama de possibilidades restringidas, conseqüentemente a princípio afetando a devida dosimetria das sanções a serem aplicadas.

Por conseguinte, o questionamento norteador do presente trabalho foi: há dificuldade na aplicação de sanção pecuniária em contratos que adotam como base de cálculo da multa o valor do fornecimento em situação de irregularidade? Se sim, isso prejudica a devida dosimetria das penas?

Considerando o fato de que o universo de contratos administrativos é extremamente vultoso, como delimitação para a presente pesquisa toma-se o Estado de Minas Gerais, mas especificamente o caso do Instituto da Previdência dos Servidores do Estado; sobre o qual foi conduzido estudo de caso. Cumpre dizer ainda que o aludido Instituto toma como base para incidência das alíquotas de multa o valor do fornecimento em atraso ou não entregue; encaixando-se, assim, no problema alvitrado.

A relevância na exploração do tema proposto encontra guarida na constante busca por modelos que garantam maior eficiência ao procedimento de fiscalização contratual, bem como aprimoramento da segurança jurídica e transparência nas relações entre Estado contratante e entes privados contratados.

No que se refere à estruturação do trabalho, passemos então a fazer as seguintes considerações. O capítulo dois tem como objetivo expor ao leitor alguns dos principais os princípios orientadores da atividade administrativa sancionadora, pondo à vista noções relevantes para a compreensão do problema apresentado. Já o capítulo seguinte, possui função semelhante, porém volta-se à figura do contrato administrativo e sua fiscalização. Não só isso, também explora as sanções aplicáveis nos termos da Lei 8.666/93 e seus contextos de aplicação, para, no fim, tecer considerações a respeito do papel discricionário que o agente público possui na interpretação das cláusulas contratuais e na aplicação de penalidades.

O capítulo subsequente, por sua vez, tem como foco a apresentação do problema fomentador da presente pesquisa, sob a forma de análise do Decreto regulamentador da matéria em Minas Gerais e das limitações em torno da cultura organizacional no Estado.

Por fim, com o fito de verificar a hipótese levantada, foi conduzido estudo de caso em torno de Processos Administrativos Punitivos conduzidos no âmbito do IPSEMG que tiveram como fato motivador descumprimento sobre obrigação acessória não quantificável financeiramente. Ulteriormente, restando evidenciado problema central do trabalho no plano material, foi proposta ideia de aprimoramento para o procedimento envolvendo a dosimetria das sanções aplicáveis no contrato administrativo.

Destarte, passa-se então à exposição dos princípios norteadores da atividade administrativa sancionadora.

2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS APLICÁVEIS AO DIREITO SANCIONADOR

2.1. Legalidade

Celso Antônio Bandeira de Mello coloca este princípio como “basilar do regime jurídico-administrativo” (MELLO, 2012, p.100), sendo, ainda, resultado direto da submissão do Estado à Lei. Nesta senda, o autor vê a atividade administrativa como infra legal; servindo apenas como instrumento complementar ao que já foi firmado previamente na carta legal.

Como leciona Di Pietro (2018, p.132), este princípio nasceu de forma conjunta ao Estado de Direito, constituindo uma das mais importantes garantias aos direitos individuais. Diferente da esfera privada, que, salvo exceções, permite que o particular faça tudo que a lei não proíba, para a Administração Pública a lógica é invertida: esta somente pode agir se houver previsão legal permitindo a ação pretendida, respeitando-se, ainda, os limites impostos no ordenamento jurídico.

Para determinar o impacto que o princípio da legalidade exerce sobre a função administrativa estatal, assim se manifesta Celso Antônio Bandeira de Melo:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social-, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral. (MELLO, 2012, p.100).

Nesta toada, não cabe o administrado ficar totalmente sujeito ao bel-prazer da Administração; sendo, portanto, importante instrumento para garantia da segurança jurídica estabelecida em relações firmadas entre o poder público e a esfera privada.

Sobre o tema, aduz Di Pietro:

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei (DI PIETRO, 2018, p. 133).

Cediço, portanto, seu papel de destaque no direito administrativo sancionador; funcionando como mais um mecanismo de vedação a atos abusivos e autoritários de agentes públicos dotados de prerrogativas punitivas; o que garante o estabelecimento de um ambiente

de segurança jurídica nas relações comerciais, contratuais e civis firmadas entre o Poder Público e os administrados.

2.2. Impessoalidade

Neste, consagra-se a ideia de que todos os administrados devem receber tratamento isonômico por parte da Administração Pública. Desta forma, não há espaço para vantagens pessoais, favoritismos, perseguições, ou qualquer forma de tratamento diferenciado por parte dos gestores públicos em relação aos administrados.

Sobre o princípio da Impessoalidade, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como "todos são iguais perante a lei" (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração (MELLO, 2012, p.114).

Outra faceta deste princípio consiste-se na ideia de que os atos praticados pelo servidor público no exercício de sua função refletem de forma isolada, quando na sua forma jurídica perfeita, a vontade do órgão ou entidade a qual o agente representa; funcionado assim como mero mecanismo de expressão da vontade estatal (DI PIETRO, p.136).

2.3. Proporcionalidade e Razoabilidade

Murilo Campos, referenciando a obra de Wilson Antônio Steinmetz, defende que o princípio da proporcionalidade “ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária” (STEINMETZ 2001, p.149 apud CAMPOS, 2011, p.3). Nessa vereda, para concretização do intento almejado por sobredito princípio, é de sobremodo que o aplicador do direito observe os três aspectos principais que compõem a norma em discussão para tomar sua decisão: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. CAMPOS evidencia os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho sobre a caracterização dos aspectos supra:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, 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; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas

superam as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2006, p. 31 apud CAMPOS, 2011, p.3).

Trazendo este princípio para o direito administrativo sancionador, percebe-se que é de suma importância que o agente público, antes de decidir sobre qual penalidade deverá ser aplicada, deve realizar julgamento de valor e contrabalancear a conduta censurável com a reprimenda a ser aplicada; de modo que a segunda seja adequadamente condizente com a primeira.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, gira em torno da sensatez e lógica envolvida nos atos do Estado direcionados aos particulares. Similarmente ao princípio da proporcionalidade, esta norma visa limitar o poder de império do Estado, atendo-se ao contexto do caso concreto e suas diversas variáveis. Mário Henrique Malaquias da Silva remonta o pensamento de Gordillo ao aduzir que o exercício de discricionariedade do Poder Público “será sempre ilegítima, desde que irracional, mesmo que não viole explicitamente norma concreta e expressa” (GORDILLO, 1977, p. 183 apud SILVA, 2010, p.241).

Reforçando o exposto acima, o autor destaca ainda trecho da obra de Humberto Ávila, dedicado a elucidar as três dimensões principais do princípio da razoabilidade:

A razoabilidade como equidade, quando as circunstâncias do fato estão consideradas dentro da normalidade; como congruência, devendo haver uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência; como equivalência, onde a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que o dimensiona. (ÁVILA, 2003, p. 94-95 apud SILVA, 2010, p.241).

Consoante entendimento de Odete Medauar, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade representam a coerência da lógica decisória para melhor adequação dos meios aos fins. Nas palavras da autora, ele “consiste no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins” (2018, p. 129).

Trata-se, portanto, de limitação da discricionariedade administrativa. Maria Sylvia Di Pietro leciona que, apesar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serem contemplados de maneira separada na Lei 9.784/99 - que trata do processo administrativo na esfera federal – os dois trabalham de forma complementar. Assim se manifesta a doutrinadora:

[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto (2018, p.148).

Em suma, no direito sancionatório, ditos princípios resguardam a adequação das penas ao nível de reprovabilidade das condutas censuradas, no grau estritamente necessário para se alcançar o atendimento do interesse público. Ainda nessa linha, Gustavo Binbenbojm defende que a observância à justa medida das restrições impostas trata-se de instrumento de raciocínio ponderativo condicionante para se alcançar “o melhor interesse público”, que permita o diálogo entre interesses individuais e coletivos; de modo que cada um seja aplicado em sua maior extensão possível (2005, p.30).

2.4. Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público

Este princípio confere tratamento especial ao Estado dentro das relações firmadas com entes privados, quando desempenhando atividade considerada voltada ao bem coletivo. Apesar deste princípio apresentar diferentes aplicações, como prerrogativas especiais conferidas a agentes públicos no geral, particularidades processuais envolvendo questões tributárias, dentre outras vantagens, o presente trabalho prestigiará seu aspecto contratual.

Coutinho e Rodor (2018, p. 72) ao falar sobre o tema, listam uma série de prerrogativas que a Administração detém quando firmados contratos administrativos; como “a) alteração unilateral; b) rescisão unilateral; c) poder de fiscalização”, e, mais importante ao foco desta pesquisa, a possibilidade de exercer o poder de polícia - aplicando sanções e reprimendas – dentro dos limites impostos pelas normas legais e sempre na busca do interesse público.

Ademais, Di Pietro traça importante ligação entre este princípio e a indisponibilidade do interesse público, que, ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello, faz as seguintes considerações:

[...] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental” (MELLO, 2004, p.69 apud PIETRO, 2018, p.135).

Todavia, não cabe ao gestor público simplesmente aplicar a letra fria do texto legal sob o pretexto de indisponibilidade do interesse público. Este deve, antes de mais nada, sopesar suas decisões, tentando encontrar uma saída que seja menos danosa ao interesse coletivo e da própria Administração; de modo que sejam sempre pensadas as consequências práticas de suas decisões.

Tal noção está prevista no art. 20 da Lei 13.655/2018, que promoveu alterações da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. O dispositivo prevê o seguinte:

Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 2018.)

Sobre o dispositivo supra, Marçal Justen Filho destaca que apesar da lei em questão não ter proibido a utilização de valores jurídicos abstratos - como os princípios abordados nesse capítulo - para justificar os atos pretendidos, agora exige-se por parte do agente público a ponderação sobre os efeitos práticos da decisão a ser tomada, levando-se em conta ainda todos os outros aspectos do valor abstrato suscitado. Assim se manifesta o mestre administrativista, *in verbis*:

A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada. [...] Em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p.17).

2.5. Motivação

Este princípio determina que as decisões expedidas no âmbito da Administração Pública devem ser devidamente justificadas e fundamentadas pela autoridade signatária; lastreando desde a norma jurídica que permita o ato pretendido bem como o cotejo contextualizado da situação de fato enfrentada pelo gestor público, conforme o caso.

Medauar (2018, p.136), explica que a motivação nada mais é do que a exposição dos motivos ensejadores do ato; classificando-o como “as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo”.

Com o fito de ilustrar o papel de relevância que este princípio possui no direito administrativo sancionador, Gregório Edoardo Raphael SelingardiGuardia faz as seguintes considerações:

A motivação presta-se a expor as razões que legitimam o ato decisório; persuadir as partes sobre a correta aplicação da lei; permitir o controle crítico do decidido; aprimorar a aplicação do direito, e conseqüentemente, promover o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial. (Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. GUARDIA, 2014, p.785).

Em suma, verifica-se que o princípio da motivação remete aos preceitos democráticos consagrados na carta constitucional, uma vez que, além de preservar o aspecto controlador sobre os atos administrativos, possibilitando que os tribunais revejam a conformidade das ações tomadas no gerir da coisa pública; também dificulta a incidência de decisões e atos arbitrários que se mostrem lesivos aos direitos individuais dos administrados.

2.6. Devido processo legal

Reuder Rodrigues Madureira de Almeida tece breve, porém relevante posicionamento a respeito das dimensões do devido processo legal que merecem destaque. O autor relembra que apesar de inicialmente tal princípio se constituir apenas de mera “observância a formalidades processuais”, com o avançar do tempo, ele passou a incorporar diversos outros valores jurídicos, como os princípios da “razoabilidade, da proporcionalidade e da oportunidade”, que, se negligenciados, podem incidir na nulidade do feito. (ALMEIDA, 2013, p.130).

De toda sorte, o autor traça duas perspectivas principais para análise do princípio em estudo, consubstanciadas na dimensão formal e na dimensão material. A primeira, também chamada de dimensão procedimental, implica na observância do procedimento formal pré-estabelecido, na forma da lei, que remete à concessão de garantias mínimas; como o “contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a duração razoável do processo” dentre outros. (ALMEIDA, 2013, p.130). Já a segunda dimensão, também entendida como substancial, busca o equilíbrio entre o poder de império do Estado face às garantias fundamentais conferidas aos indivíduos. Trata-se de um mecanismo de controle para adequação das decisões tomadas aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; de modo que o aspecto material também seja levado em consideração em superação ao mero aspecto formal do feito (2013, p.131).

Em suma, denota-se que a utilização destes preceitos no processo administrativo, com destaque ao processo punitivo, converge com os valores consagrados na Carta Maior que visam à proteção dos direitos individuais; operando ainda como importante mecanismo de prevenção a atos autoritários e obscuros provenientes do Estado que porventura possam resultar na limitação de direitos dos Administrados.

2.7. Tipicidade

Diretamente ligado ao princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, em suma, “timbra em exigir que a Administração, ao manejar a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração” (JUNIOR, 2000, p.136). Trata-se de princípio elevado à nível constitucional, previsto no inciso II e mormente no inciso XXXIX, ambos do art. 5º da Carta Maior de 1988.

Apesar de, em tese, ser um princípio do direito penal, a aplicação do princípio da tipicidade no direito administrativo sancionador é oportuna. Tal assertiva se sustenta no fato de que ambos os mencionados campos do direito são capazes de produzir sanções e situações restritivas de direito aos apenados, alternando apenas em grau e extensão.

A observância a este princípio encaixa-se como pré-requisito para a concretização da pretensão punitiva do Estado. Anna Flávia Camilli Oliveira destaca fala de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a importância de previsão prévia de conduta censurável no texto legal para fins de penalização. Segundo o autor, a conduta delituosa deve estar cabalmente delimitada no ordenamento jurídico, para que desta forma o administrado tenha plena ciência de qual tipo de comportamento deve evitar para afastar-se de eventuais penalizações; bem como ser capaz de reconhecer e calcular previamente a extensão da pena caso encontre-se na condição de apenado (2011, p.27).

O douto doutrinador reforça seu posicionamento prévio, agora na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Veja-se que o alcance do tipo há de ser, efetivamente, suficiente para cobrir algum comportamento ilícito, dando aos administrados e jurisdicionados uma previsibilidade básica, que se repute razoável e adequada às circunstâncias e peculiaridades da relação punitiva. (...)

O que se revela indispensável, no exercício do poder punitivo pela Administração Pública, é que a descrição normativa da conduta vedada pelo tipo sancionador – notadamente em face da função de garantia que lhe é inerente – enuncie, de forma clara e inequívoca, o seu conteúdo proibitivo, assegurando-se, dessa maneira, aos destinatários do comando legal o conhecimento prévio e seguro dos limites que devem pautar o seu comportamento social e funcional. ” (STF. MS 28799 / DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. 2016, p. 29, 30).

Em remate, deve-se frisar que para que seja resguardada a “legitimidade da imposição de sanções”, é necessário que haja o “devido encaixe do fato perpetrado com a definição do ilícito administrativo” (JUNIOR, 2000, p.136).

3. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE FORNECIMENTO

Esta seção será voltada à conceituação do contrato administrativo e dos principais elementos envolvendo a fiscalização contratual. Analisar-se-á a figura do fiscal, sua relevância, bem como os tipos de sanções aplicáveis previstas na Lei Geral de Licitações. Por último, mas não menos importante, visa-se abordar a importância que o papel da discricionariedade do agente público tem na graduação das penas aplicáveis no âmbito do direito administrativo; com foco no aspecto contratual.

3.1. O Contrato Administrativo

Di Pietro (2018), leciona que os contratos da Administração podem ser regidos tanto pelo direito público quanto privado. No entanto, enquanto os contratos de direito privado têm como característica marcante a horizontalidade da relação contratual, nos contratos de direito público, são conferidas prerrogativas especiais ao ente estatal.

No que se refere aos contratos administrativos, estes são, necessariamente, regidos pelo direito público; sendo caracterizados pela posição imperativa que a Administração exerce sobre o privado, enquanto busca resultados em prol do interesse público. A estes, aplica-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos; bem como disposições de diferentes campos do direito - de modo que permita a conciliação harmônica dos objetivos da Administração com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ao caracterizar o contrato administrativo, Hely Lopes Meirelles faz as seguintes colocações:

O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é intuitu personae porque deve ser executado pelo próprio contratado (4), vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste [...] (MEIRELLES, 1998, p.189).

Em razão das sobreditas prerrogativas especiais conferidas à Administração neste tipo de contrato, fica permitido ao ente público a modificação de certos aspectos e forma de execução do termo ou até mesmo a rescisão, de forma unilateral; assim como a fiscalização constante e a aplicação de penalidades se for o caso. Poderes consubstanciados no que a doutrina chama de cláusula exorbitante, impensável em contratos privados.

Porém, como ressalva o ilustre mestre Celso Antônio Bandeira e Mello, tal sobreposição de vontades não significa que o contrato administrativo logra preservar somente os interesses do contratante, olvidando-se completamente dos direitos e garantias ao contratado. Se assim fosse, nenhum particular se prestaria a trabalhar com o poder público.

Nessa vereda, ao particular também é garantido, além dos direitos básicos, o aspecto financeiro da avença; retratado no direito ao equilíbrio econômico-financeiro garantido ao contratado, consoante disposição expressado §2º do artigo 58 da Lei 8.666/93.

Celso de Mello ao citar a obra de Caio Tácito, aduz que o direito ao equilíbrio financeiro preserva dois importantes aspectos do contrato administrativo, uma vez que “preserva a sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)” (TÁCITO, p.293 apud MELLO, 2009, p.616). Sobre os direitos do contratado, MELLO ainda elucida:

Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja. (MELLO, 2009, p.617).

Daí o autor extrai a principal dualidade na figura do contrato administrativo: de um lado há a Administração com seu poder-dever, garantindo-a prerrogativas especiais com o fito de preservar “a proteção do interesse público substanciado no contrato”. De outro, tem-se a garantia integral aos direitos do contratado, preservando-se, sem concessões, o interesse econômico-financeiro que o levou a firmar o ajuste em um primeiro momento (2009, p.618).

3.2. O Contrato Administrativo para o Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços

Nos termos do inciso II do art. 6º da Lei 8.666/93, serviço é “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, como, por exemplo, “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais” (BRASIL, 1993).

Com relação a este tipo de contrato, Medauar leciona:

A doutrina pátria em geral distingue os serviços em: a) comuns, para cuja execução não é exigida habilitação específica, por exemplo, limpeza; b) técnico-profissionais, que exigem habilitação específica; por exemplo, manutenção de elevadores; c) técnico-profissionais especializados, que implicam execução por profissionais habilitados e de notória especialização. O art. 13 da Lei nº 8.666/93 elenca, de modo taxativo, tais serviços: “I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou

executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico”. Os contratos de serviço também podem ser executados pelo regime de empreitada, em todos os tipos, e por tarefa (Lei nº 8.666/1993, art. 10)” (MEDAUAR, 2018, p. 216).

Já para o fornecimento de bens, a lógica é bem simples: O Poder Público, quando se vê na necessidade de adquirir itens e materiais para dar continuidade às suas operações, promove processo licitatório para a compra destes, normalmente utilizando o critério de menor preço. O inciso III do art. 6º da Lei 8.666/93 considera a compra como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”. Estes itens podem se tratar das mais diferentes variedades, tais como gêneros alimentícios, mesas, cadeiras, microcomputadores (MEDAUAR, 2018, p.216).

3.3. A figura do fiscal do contrato

O caput do art. 67 da Lei 8.666/93 prevê:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (BRASIL, 1993).

Da leitura do artigo supra extrai-se o poder-dever da Administração em apontar representante designado a verificar se as atividades desenvolvidas em virtude do contrato estão sendo desempenhadas de acordo com a forma previamente pactuada.

Portanto, não recai no campo da discricionariedade a conveniência de se apontar um servidor para exercer tal função. Além disso, Sobre o tema, manifesta-se o colendo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1632/2009, em trecho destacado por Lucimar Lopes dos Santos (2017, p.190).

[...] 9. A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos.

A princípio, cumpre dizer, como bem aponta Léo da Silva Alves, que gestão contratual não é sinônimo de fiscalização contratual. A gestão contratual abarca questões de viés administrativo, como por exemplo, nas palavras do autor, o “reequilíbrio econômico-financeiro, de incidentes relativos a pagamentos, de questões ligadas à documentação, ao controle dos prazos de vencimento, de prorrogação, etc.,” sendo que estas atividades podem ser desenvolvidas por inteiros setores integrantes de um determinado órgão da Administração. Já a fiscalização, por outro lado, remete a necessariamente a “um representante da Administração, especialmente designado, [...] que cuidará pontualmente de cada contrato” (ALVES, 2004, p.65).

Lucimar Rizzo Lopes dos Santos aprofunda-se nas distinções, atribuindo o termo “acompanhar” do art. 67 da Lei 8.666/93 à observância da correta execução do contrato e ao seu grau de desenvolvimento. Noutro giro, para o autor, fiscalização consiste na ação de “diligenciar, inquirir, censurar, investigar, verificar se as etapas planejadas estão sendo cumpridas, se tecnicamente a obra/serviço/produto está correto e se o dinheiro despendido corresponde ao previsto no contrato” (DOS SANTOS, 2017, p.189).

Sobre as atribuições do fiscal do contrato, Dos Santos (2017, p.191) ensina que ao longo dos anos, com as diferentes legislações complementares aos princípios e à Carta Constitucional, ocorreram consideráveis alterações nas atividades e no nível de responsabilidade encarada por estes agentes; sendo que a necessidade de constante atualização ainda se faz presente na vida destes fiscais. Outro fator a ser considerado é grande número de julgados pelos Tribunais de Contas, em especial o TCU; sendo difícil para os gestores acompanharem fielmente todos os entendimentos lavrados pelos órgãos de controle externo.

Com o intuito de aclarar de forma bem delimitada as condutas esperadas dos fiscais de contrato, diversos órgãos da Administração, bem como Tribunais de Contas, elaboraram manuais explicativos. Nesta senda, como exemplo, utiliza-se então a Cartilha de Gestão e Fiscalização dos Contratos Administrativos elaborada pela Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social de Minas Gerais em 2016. Dela, pode-se destacar obrigações como I) ter conhecimento aprofundado das cláusulas e obrigações firmadas decorrentes do ajuste; inclusive do instrumento convocatório que instruiu o contrato analisado; II) verificar o cumprimento de prazos; III) fazer-se presente no local da prestação do serviço contratado; IV) determinar a “reparação, correção, remoção, reconstrução ou substituição” (SEDESE, 2016, p.11). Imediata do objeto se constatadas irregularidades; V) emitir parecer técnico fundamentado auxiliando a autoridade superior na tomada de decisões, envolvendo questões como a execução financeira e a aplicação de penalidades; entre outras.

De acordo com o exposto até o momento, cristalino é o papel ímpar do fiscal de contrato no procedimento envolvendo a aplicação de penalidades aos contratados; pois, como Antônio França afirma, é o fiscal que “acompanha execução do contrato e anota as falha sem registro próprio, anotações essas que serão as razões de fato da motivação para eventual aplicação de penalidade”(DA COSTA, 2013, p.67).

Todavia, cumpre assinalar que apesar da extensa carga de trabalho, responsabilidade e necessidade de aprimoramento que o fiscal do contrato está sujeito, esta não se trata de função gratificada; além de ser somada às funções já desempenhadas pelo servidor previamente à nomeação de fiscal. Lucimar Lopes dos Santos aduz o seguinte:

[...] o que se observa, na maioria das vezes, é que a “fiscalização” passa a ser mais uma formalidade a ser cumprida durante a execução dos contratos e colocada como uma atividade acessória que se soma a outras atividades ordinárias do servidor. Não se enfatiza a importância que deve ser dada, ficando em segundo plano, além da responsabilidade em desempenhar essa função (DOS SANTOS, 2017, p.188).

Por fim, conclui-se que consoante entendimento do autor destacado acima, apesar de um planejamento bem elaborado, acompanhado de lúdimo do procedimento licitatório serem bons indicadores de satisfatório alcance dos interesses da Administração, eles não são suficientes para a garantia de bons resultados. O acompanhamento constante do contrato se faz primordial para a eficiência das contratações públicas, uma vez que a vigilância constante permite a identificação e a adoção de medidas corretivas em tempo hábil (2017, p.196).

3.4. Sanções aplicáveis na esfera administrativa em sede de irregularidades em contratos públicos vide lei 8.666/93

Quanto às penalidades aplicáveis em sede de descumprimento contratual, os artigos 86 e 87 da Lei 8.666/93 listam as opções disponíveis aos gestores, contemplando a possibilidade de aplicação das penas de Advertência escrita, multa – moratória ou compensatória – bem como a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade. Para a análise no presente trabalho, estas sanções serão cotejadas conforme a gradação de seu caráter gravoso.

3.4.1. Advertência.

Em primeiro lugar, tem-se a Advertência Escrita, prevista no inciso I do art. 87 da Lei 8.666/93. Sendo a mais branda das sanções aplicáveis a contratados, ela é reservada para casos com menor potencial ofensivo, tratando-se, em essência, de um alerta emitido para

ajustamento de conduta; que se ignorado pode vir a acarretar em penalidades mais sérias no futuro.

O caderno de logística sobre sanções administrativas em licitações e contratos, elaborado pelo Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, conceitua a pena de advertência da seguinte forma:

A sanção de advertência consiste em uma comunicação formal ao fornecedor, após a instauração do processo administrativo sancionador, advertindo-lhe sobre o descumprimento de obrigação legal assumida, cláusula contratual ou falha na execução do serviço ou fornecimento, determinando que seja sanada a impropriedade e, notificando que, em caso de reincidência, sanção mais elevada poderá ser aplicada (MPOG, 2014, p.7).

Cumpra ainda dizer que, diferentemente das demais penalidades em que há possibilidade de aplicação após o término da vigência contratual, para a Advertência Escrita, este não se faz o caso. Isto porque, não há sentido em se admoestar o contratado, instruindo-o a corrigir sua conduta, em um contexto no qual não mais existe a relação contratual. Ou seja, a pena de advertência visa produzir efeitos para o futuro, sendo inútil em uma situação em que só se pode punir desvios cometidos no passado, como um cenário de pós-rescisão contratual.

Por fim, percebe-se que esta penalidade é mera reprimenda, não dotada de caráter restritivo de direitos, como é comum entre as penalidades. Todavia, não deixa de ser sanção, devendo assim respeitar rigorosamente o devido processo legal e todas as outras regras aplicáveis, sendo necessariamente precedida de processo administrativo punitivo e lavramento sob a forma escrita a ser publicada em Diário Oficial.

3.4.2. *Multa*

A lei 8.666/93 estabelece duas qualidades distintas para as sanções de cunho pecuniário: a multa moratória (art.86) e a multa compensatória (art.87, II). Sobre o instituto da multa, assim se manifesta Odete Medauar:

[...] é o pagamento de certa importância em dinheiro, a título de sanção, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Há dois tipos de multa, previstos na Lei nº 8.666/1993: b.1) multa de mora, por atraso injustificado na execução do contrato (art. 86); b.2) multa por inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, II). Os dois tipos de multa poderão ser impostos juntamente com as demais sanções e com a rescisão unilateral do contrato; o valor será descontado da garantia, se houver; se for superior ao valor da garantia, a diferença será descontada dos pagamentos devidos pela Administração; não havendo garantia, será descontado do pagamento; não havendo mais pagamento, será cobrado judicialmente; (MEDAUAR, 2018, p.221).

Para a incidência da multa moratória, tem-se como fato motivador o atraso na execução do contrato. Ou seja, se dá quando apesar de devidamente executado o objeto contratado, mencionada execução se deu com demora injustificada. Assim preceitua o caput do art. 86 da lei 8.666/93:

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 (BRASIL, 1993).

Por ser tipicamente moratória, os valores percentuais sobre o atraso tendem a ser mais baixos do que a multa compensatória, considerando que o atraso na execução de um contrato é um evento com menor potencial lesivo se comparado com a inexecução.

Normalmente, a forma de cálculo para esta modalidade de sanção pecuniária se consiste no valor do bem ou parcela de serviço em mora sobre a quantidade de dias em atraso, fixando-se um lapso temporal limite para que esta métrica seja aplicável. Por exemplo, em Minas Gerais, calcula-se até 03% sobre o valor do item por dia de atraso, podendo chegar a até 20% do valor total do bem se ultrapassados 30 (trinta) dias de atraso (§1º inc. II, art. 38 do Decreto Estadual 45.902/2012).

Percebe-se então o forte caráter coercitivo desta sanção, servindo como um desestímulo ao contrato incidir e permanecer em situação de irregularidade.

No que se refere à multa compensatória, esta está prevista no inciso II do art. 87 da Lei Geral de Licitações. Diferentemente da multa moratória, que está adstrita às instâncias de atraso na execução do contrato, a multa compensatória é aplicável em uma vasta gama de possibilidades envolvendo descumprimento e inexecução contratual. O caderno de logística de sanção aduz que este tipo de multa “[...] possui um caráter indenizatório, cujo objetivo é trazer uma compensação pelos prejuízos causados à Administração, na hipótese de descumprimento que comprometa a exequibilidade do objeto contratado” (MPOG, 2015, p.27).

Para a aplicação da multa, seja moratória ou compensatória, a forma escrita do contrato é de extrema relevância. Para o cumprimento da pretensão sancionatória envolvendo estas penas, seus percentuais devem, necessariamente, estar expressamente previstos nos aludidos dispositivos.

Corroborando com este entendimento o TRF-2, na seguinte síntese jurisprudencial:

AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO

ADMINISTRATIVO DA DÍVIDA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE POR FALTA DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DAS FATURAS. APLICAÇÃO DE MULTA DE MORA PREVISTA NO ART. 87, DA LEI 8.666/93. INEXISTENCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL PARA SUA APLICAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBENCIA MÍNIMA.

[...] IV. Quanto ao pedido de condenação a pagamento de multa por rescisão do contrato ECT nº 9912172887/MRJ-SMSDC n. 183/2007, este também não encontra amparo legal, já que não há previsão de pagamento de multa no instrumento do Contrato nº 183/07 e o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 condiciona sua aplicação à estipulação acordada e aceita pelas partes na forma de cláusula contratual.[...] A Corte Regional concluiu pela impossibilidade de aplicação de multa contratual no caso em apreço, em razão da inexistência de previsão no instrumento contratual, requisito indispensável para a legalidade da sanção, nos termos do art. 87 da Lei nº 8.666/93. (Agravo Interno nº 201051010170550 destacado pela Revista Zênite, 2014).

Isto porque a Lei 8.666/93, por ser lei geral, tomou a posição de conferir maior liberdade aos gestores dos diferentes entes da federação para adaptarem, dinamicamente, tais percentuais conforme o contexto enfrentado.

Cumpra ainda dizer que, apesar de ceder à aplicação do princípio da proporcionalidade para gradação de valores a serem cobrados em sede de multas administrativas, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “por muito grave que haja sido a infração, as multas não podem ser "confiscatórias", isto é, de valor tão elevado que acabem por compor um verdadeiro confisco” (MELLO, 2009, p.856).

3.4.3. Suspensão do Direito de Licitar e Contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos e Declaração de Inidoneidade

O art. 87 da Lei nº 8.666/93, em seus incisos III e IV, traz consigo as hipóteses de penalização para casos considerados mais graves, dotadas de notória restrição de direitos aos apenados.

Em que pese possuírem, à primeira vista, efeito similar consubstanciado no impedimento de firmar contratos com a Administração e participar de certames públicos, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade em muito se diferem. Para ilustrar tais diferenças, pode-se fazer menção ao seu grau de severidade, o contexto de aplicação, extensão de seus efeitos, duração de vigência, entre outras particularidades.

Primeiramente, tem-se a pena de suspensão temporária. Quando as sanções de advertência e multa não são respostas suficientemente expressivas da Administração face o dano sofrido ou gravidade da conduta do particular, a pena de suspensão torna-se medida viável; ao proibir a participação do apenado em certames públicos e vedar a possibilidade do

mesmo celebrar contratos com a Administração por até dois anos. Ela é aplicável mediante faltas graves, entendidas por Jessé Torres (Ob. Cit. P. 87.), com trecho destacado por Odair Raposo Simões (2013), como “capazes de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízo ao interesse do serviço”, basta configuração de elemento culposo para sua aplicação.

Apesar de restringido o período de suspensão em até dois anos, ao gestor é facultada a possibilidade de realizar a gradação deste período de acordo com o potencial lesivo da conduta do contratado, respeitando-se a limitação imposta em lei.

No geral, entende-se que a aplicação da penalidade de suspensão somente produzirá efeitos no órgão ou entidade que a aplicou, todavia, esta ainda não se trata de matéria pacificada na doutrina e nos tribunais.

Já a declaração de inidoneidade, reservada a casos gravíssimos, é a sanção administrativa mais gravosa contemplada na lei nº 8.666/93. Díspar da pena de suspensão, esta penalidade não possui limite máximo de vigência, sendo possível que seus efeitos sejam estendidos até que sanados os fatos ensejadores da aplicação; bem como o prejuízo decorrente do desvio de conduta. Ademais, por ser pena mais gravosa que a suspensão, a declaração de inidoneidade conta com prazo mínimo de restrição de direitos ao apenado, alicerçado no limite máximo de vigência da penalidade retro erichada (ROQUE, 2016).

Outra característica marcante da penalidade elencada no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, é a sua repercussão geral, sendo que, uma vez aplicada, seus efeitos se estendem por todos os entes da Administração Pública, direta ou indireta, com efeitos vigorantes nos Municípios, Estados e União (JÚNIOR, 2009, p. 860 e 861 apud MOURA, 2014). Isso porque, além de acentuar o caráter de severidade punitiva pretendido por esta medida, ela também preserva o interesse público ao impedir pessoas inidôneas de firmar negócios com a Administração; garantindo assim o caráter lúdimo das contratações públicas.

Além disso, para a declaração de inidoneidade, outro fator a ser sopesado é a presença de dolo. Sobre o tema, Gitane Alves de Souza Crespo destaca fala de Hely Lopes Meirelles (2006):

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. Daí por que não nos parece apropriada à punição do que praticarem os atos ilícitos enumerados no art. 88 da Lei 8.666, uma vez que, se o infrator age com dolo, ou se a infração é grave, a sanção adequada será a declaração de inidoneidade (MEIRELLES, 2006, p.215. apud CRESPO, 2011, p.34).

Em que pese o exposto acima, resta evidente que ambas as penas produzem efeitos severos, porém não na mesma medida; devendo sua aplicação ser cuidadosamente sopesada e ajustada à conduta do contratado.

3.5. Discricionariedade do gestor na graduação de sanções contratuais.

A Lei 8.666/93 listou as sanções a serem aplicadas, todavia ficou-se inerte em determinar com precisão quais critérios deveriam ser apreciados para a aplicação de cada uma das penas. Sendo assim, restou ao agente público encarregado realizar a graduação das penalidades com base nos princípios norteadores do direito administrativo sancionador, como o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Porém, parte da doutrina questiona a ampla discricionariedade do gestor neste caso, consistida na possibilidade de o mesmo escolher qual sanção deverá ser aplicada a depender do caso enfrentado. Ana Livia Carneiro Ramalho recorta fala de Marçal Justen Filho sobre o tema.

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. Logo, será impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1016apud RAMALHO, 2018, p.59).

É certo que a pretensão de se abarcar no texto legal todas as possibilidades e cenários enfrentados pelo agente público no desempenho da sua função é irreal e inalcançável. Todavia, pode-se ainda determinar diretrizes básicas para a adoção de um grau razoável de discricionariedade. Nesse sentido, cumpre destacar trecho do Caderno de Logística sobre Sanções Administrativas de autoria do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

[...] é possível elencar alguns parâmetros/critérios que podem ser utilizados para a dosimetria das penas: a gravidade da conduta em relação ao objeto licitado; a rapidez ou demora do contratado para reparar a obrigação; a reiteração da conduta faltosa; os argumentos da defesa e as provas que a instruem; se a infração atinge o objeto principal contratado ou alguma obrigação acessória menos importante, dentre outros. Deve haver transparência quanto aos critérios escolhidos para dosar as sanções, buscando-se a individualização da penalidade de acordo com a situação concreta. (MPOG, 2015, p.26).

Apesar da penalização em contratos administrativos se tratar de ato vinculado, ou seja, não recai sobre o campo de faculdade do gestor se deve aplicá-la ou não, resta evidente

que a extensão da formada pena passa pelo crivo do agente público responsável. Para que seja legítima, a pena aplicada deve, necessariamente, estar de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta censurada; o que também remete ao princípio da individualização da pena. Laureano Canabarro Dios ao tentar conceituar tal princípio, destaca fala de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

[...] o princípio da individualização da pena consiste na exigência entre uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção. Assim, a imposição da pena dependeria do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta). (MORAES 2002, p. 235 apud DIOS. 2006, p.3,4).

Embora dirigido diretamente ao direito penal, este princípio deve ser adotado no direito administrativo sancionador, haja vista sua consonância com o basilar princípio da proporcionalidade; pré-requisito para legitimidade do ato administrativo que visa a imposição de restrição de direitos.

Noutro giro, cumpre ainda ressaltar o papel da discricionariedade do agente na leitura e interpretação do contrato.

É dominante a noção de que o contrato administrativo firmado com o intuito de atender às demandas caracterizadas como de interesse público encontra-se em ordem de relevância superior aos demais. Nestes, quando em conflito, as necessidades da Administração normalmente são colocadas de maneira sobreposta às do administrado; uma vez que o interesse da coletividade deve ser priorizado em detrimento ao interesse individual do Contratado de auferir vantagem financeira.

Contudo, é de sobremodo assinalar que a busca pela satisfação das necessidades da Administração não significa que os interesses econômicos da parte contratada devam ser completamente desconsiderados, tendo-se em mente que os direitos do particular foram prontamente resguardados na Lei Maior.

Sobre o assunto, assim se manifesta o colendo TRF-4:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ANULAÇÃO DE CLÁUSULA ABUSIVA. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ENTENDIMENTO DO STF E DO TST. PRECEDENTE DA CORTE. 1. O contrato administrativo é regido diretamente por suas cláusulas e as normas de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação, sincronia e harmônica orquestração, o que não significa que a parte contratada deva ser esquecida ou esmagada, haja vista que o legislador não olvidou que os seus direitos

devem ser respeitados com extremo rigor. 2. Na interpretação dos contratos administrativos, levar-se-á em conta o interesse público, mas não se rejeitará a proteção que é devida ao contratado, nem se negarão os princípios da boa-fé e da probidade, contra o arbítrio, os quais devem ser rigorosamente respeitados pelo Poder Público, fazendo-se a interpretação da maneira menos onerosa para o devedor, no conjunto das disposições - e não isoladamente. [...]

(TRF-4 - AC: 50235861820134047100 RS 5023586-18.2013.404.7100, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 25/09/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/09/2013)

Roborando o assunto, cabe ao intérprete do contrato administrativo sempre ter em vista a conjuntura dos fatos e a real intenção das partes, a finalidade a que se destina o objeto, a obtenção dos resultados, sua utilização; e, principalmente, a razoabilidade das demandas e restrições impostas ao Contratado.

De mais a mais, a leitura do ajuste deve incorporar menor caráter oneroso ao contratado, inclusive em situações nas quais não consenso sobre os efeitos de cláusulas contratuais imprecisas; conforme entendimento de Leon Szklarowsky:

As cláusulas duvidosas interpretam-se em favor de quem se obriga e qualquer obscuridade deve ser debitada à conta de quem redigiu o ajuste, de sorte que, no conflito entre duas cláusulas, a contradição prejudica o outorgante e não o outorgado. (Szklarowsky, 1999, p. 215).

Neste passo, a leitura do instrumento contratual deve ser feita em sua totalidade, dentro de um determinado contexto; e não em subseções e fatias isoladas, sob o risco do aplicador da lei (vale lembrar que o contrato é a lei entre as partes) incidir em antinomia interpretativa das normas, e, conseqüentemente, desvio dos objetivos por detrás do instrumento.

4. LIMITAÇÕES DO PROCEDIMENTO SANCIONADOR EM MINAS GERAIS

4.1. Limitações do decreto 45.902/2012 para aplicação de multa em contratos administrativos

O Decreto 45.902/2012 tem como objetivo regulamentar a lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual – CAFIMP (MINAS GERAIS, 2012).

Sobredita lei, ao criar o CAFIMP, também abarca as situações de descumprimento contratual que ensejam a inscrição dos fornecedores em tal cadastro; porém de maneira generalista. Destarte, com o fito de dar contornos mais precisos a estas situações, bem como instituir os limites percentuais das multas a serem aplicadas em sede de penalização, apresenta-se o Decreto 45.902/2012.

Quando constatado o descumprimento contratual, e decorrido o devido processo legal, para fins de penalização, os gestores públicos de Minas Gerais utilizam principalmente este Decreto como fonte jurídica da qual é extraído o aspecto dosimétrico da pena e a aferição dos valores a serem aplicados em sede de multa.

Os art. 38 e 39 do Decreto são dedicados a tipificar e regulamentar as sanções aplicáveis a fornecedores inadimplentes, compreendidas também nos art. 86 e 87 da Lei 8.666/93. São elas: a advertência escrita, a multa (moratória e compensatória), a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública e a declaração de inidoneidade.

Sobre a advertência escrita, o Decreto não inova muito. Talvez em razão da própria natureza da pena, que se tratando de mera comunicação formal de irregularidades observadas, não há espaço tampouco necessidade de grandes aprofundamentos.

Já para a aplicação de penalidades pecuniárias, a norma estabelece que para os casos de atraso (multas moratórias), o percentual da multa seja limitado a três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso; nos seguintes termos:

Art. 38. Aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, observado o disposto neste Decreto:

[...]

II - multa - deverá observar os seguintes limites máximos:

três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso (MINAS GERAIS, 2012).

O parágrafo primeiro do mesmo artigo expande o conceito, versando que se ultrapassando o prazo de 30 (trinta) dias, aplica-se até 20% sobre o valor do fornecimento ou serviço não realizado. Assim prevê:

§ 1º Em caso de atraso injustificado na execução do objeto, poderá a Administração Pública Estadual aplicar multa de até três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso, ou de até vinte por cento, em caso de atraso superior a trinta dias, sobre o valor do fornecimento ou serviço não realizado, (g.m.) ou sobre a etapa do cronograma físico de obras não cumprida, conforme previsão constante do art. 86 da Lei Federal nº 8.666, de 1993 (MINAS GERAIS, 2012).

Já para a multa compensatória, a alínea “c” do inciso II do art. 38 determina o limite de 20% a ser calculado sobre o valor do fornecimento, serviço ou obra não realizado. Assim dispõe:

c) vinte por cento sobre o valor do fornecimento, serviço ou obra não realizada (g.m.) ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o torne impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas (MINAS GERAIS, 2012).

Nessa vereda, para a aplicação da multa, tanto moratória quanto compensatória, percebe-se que é de sobremodo realizar o fracionamento do objeto do contrato correspondente ao descumprimento contratual, e dali realizar o cálculo da multa. Em outras palavras, segregase a porção não executada do fornecimento/serviço, para em seguida aferir-lhe valor financeiro, destinado a ser utilizado como base de cálculo da multa pretendida.

A aferição da parte inexecutada é de suma importância, uma vez que, irrazoável e desproporcional seria a pretensão de se aplicar o percentual de 20% sobre o valor integral do contrato, diante de infração de menor potencial lesivo; especialmente se levar em consideração que muitos contratos públicos possuem valores globais expressivamente onerosos; com destaque aos decorrentes de Ata de Registro de Preços. Nada obstante, observa-se que alguns órgãos da Administração Pública do Estado de Minas Gerais ainda utilizam como base de cálculo para multa o valor integral do contrato.

É certo que cada órgão possui autonomia e discricionariedade para definir em seus contratos os parâmetros para aplicação da multa, adaptando-os aos casos de fato enfrentados na vivência administrativa cotidiana. Porém, o grau das reprimendas aplicadas deve, necessariamente, estar em consonância com o nível de reprovabilidade da conduta censurada, conforme os ditames dos princípios abordados no capítulo anterior.

Ao aplicar multa sobre o valor total do contrato, salvo melhor julgamento, desconsidera-se qualquer noção de adimplemento substancial do termo, equiparando-se o descumprimento parcial com o descumprimento total do ajuste. Pollyanne Pinto Motta Roque (2016), destaca entendimento do STJ sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA lei 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.

(...)

2. O art. 87, da lei 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 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.

(...)"

(REsp 914.087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190)

Cumprido destacar ainda que não necessariamente o descumprimento contratual impede o adimplemento dos fins buscados pela Administração no ato da contratação, sendo possível a irregularidade remeter a uma parcela mínima das obrigações contraídas pelo contratado. Entrementes, cabe lembrar que por menor que seja o impacto de sobredito descumprimento sobre a execução do contrato, ou mesmo que o dano gerado à Administração seja inaferrível, o gestor público está vinculado a aplicar penalidades se restar incontroverso o descumprimento injustificado; consoante princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em tese, para contratos administrativos de fornecimento, nos quais o objeto é tangível; ou seja, abarca um produto físico dotado de claros contornos e valores unitários, a forma escrita do Decreto 45.902/2012 garante aos gestores e aos administrados uma noção mais clara dos moldes e da forma de cálculo a ser utilizada na aplicação de eventuais multas. Isto porque, consoante leitura dos trechos acima destacados do aludido dispositivo, calcula-se a multa sobre o valor da inexecução contratual. Logo, para fins de aplicação de multa neste tipo de contrato, basta ater-se à métrica do Decreto sobre a parcela do fornecimento não

realizada, simplesmente contabilizando-se quantos itens incorreram em atraso, seus respectivos valores e por quanto tempo permaneceram em mora, para em seguida, aplicar a fórmula do Decreto.

Em razão da importância acerca da segregação da fração inexecutada do contrato para a aplicação de penalidades pecuniárias, ajustes envolvendo obras ou serviços de empreitada, que, em regra, contam com um cronograma físico de execução, tendem a também não apresentar grandes problemas neste sentido. Tal assertiva se explica pelo fato de que todas as etapas de execução do contrato, para fins de pagamento, já foram definidas e documentadas previamente entre as partes; sendo que se constatado atraso ou inexecução, a multa incidirá sobre a parcela faltosa.

Já para os demais contratos administrativos de serviço, a tarefa mostra-se mais complexa. O principal óbice encontrado pelo agente público na aplicação de multas neste tipo de contrato é a incerteza em torno da gradação dos valores a serem incididos em sede de penalização, de forma que seja proporcional à falta cometida. Ou seja, torna-se abrolhoso determinar o valor da fração do serviço em que foi observada a irregularidade para fins de incidência dos percentuais já acostados no Decreto 45.902/2012.

Todavia, considerando que o aspecto qualitativo é extremamente importante em um contrato administrativo de prestação de serviços, gestores públicos e especialistas já buscaram soluções para controlar o adimplemento do objeto baseando-se em indicadores de qualidade; que podem auxiliar na devida proporcionalidade de eventuais sanções aplicadas em sede de descumprimento de obrigações assumidas pelo contratado.

Noutro giro, atendo-se à premissa de que contratos possuidores de contornos mais definidos acerca de seu objeto, em tese, não são problemáticos quanto à gradação do valor da multa, cai a lançar tecer considerações adicionais sobre o tema. Por compreender não somente uma, mas várias obrigações associadas ao adimplemento do dispositivo, mesmo os contratos de fornecimento de bens podem apresentar problemas para mencionada gradação. Isto porque, não necessariamente o descumprimento contratual incidirá diretamente sobre o bem adquirido pela Administração, podendo ocorrer sobre obrigações acessórias à finalidade principal do instrumento; não quantificáveis financeiramente no contrato.

Por exemplo, em um contrato de fornecimento de insumos médicos, que também abarca a disponibilização de equipamentos em regime de comodato (os quais não possuem valor atribuível no ajuste, e são entregues sem ônus à Administração), como deve ser calculada a multa sobre o atraso na entrega de tais itens?

Em remate, não é forçoso inferir que as métricas dispostas no Decreto 45.902/2012, por si só, mostram-se insuficientes para uma satisfatória dosimetria de valores a serem cobrados em sede de multa para contratos administrativos.

4.2. Cultura organizacional

Em tese, a Lei 8.666/93 na qualidade de lei geral, condicionou a aplicação de multa por descumprimento – tanto moratória quanto compensatória - à expressa previsão no instrumento convocatório ou no contrato; os quais deveriam contemplar os valores percentuais e formas em que as sanções pecuniárias seriam aplicadas. Não obstante o papel de protagonismo dado pela lei geral aos contratos e editais na aplicação das multas, o que se observa em muitos casos é a tendência de alguns órgãos da Administração Pública Estadual em transcrever nos seus contratos as disposições do Decreto 45.902/2012, sem qualquer tipo de adaptação.

O próprio Decreto apresenta, no parágrafo 2º do art.38, a preocupação em se estabelecer de forma clara e objetiva no instrumento contratual, as condições para aplicação de multa por descumprimento, atendo-se ao caso concreto. *In verbis*:

§ 2º A aplicação de multa, seja moratória ou compensatória, fica condicionada a sua previsão expressa e suficiente no edital e no contrato, quando houver, por meio de cláusula que contenha a indicação das condições de sua imposição no caso concreto bem como dos respectivos percentuais aplicáveis, conforme art. 86 e inciso II do art. 87 da Lei Federal nº 8.666, de 1993. (MINAS GERAIS, 2012).

Esta preocupação também se encontra elencada no inc. VII do art. 55 da Lei 8.666/93 como critério básico de um contrato:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; (BRASIL, 1993).

Porém, não é raro encontrar contratos administrativos cujas cláusulas destinadas às sanções transcrevem fielmente as previsões do Decreto 45.902/2012, causando certo embaraço na aferição de valores das multas quando o objeto de descumprimento escapa à situação prevista na norma. Apesar da forma do Decreto suprir parte das necessidades dos gestores públicos na aplicação destas penas, ela se mostra de certo modo insuficiente para compreender situações de caráter mais peculiar.

Os contratos administrativos de serviço, por apresentarem notória dificuldade de fracionamento do seu objeto para fins de reprimenda pecuniária, já inspiraram a busca por meios de detalhamento das condições para tal aplicação, garantindo maior eficiência ao procedimento de fiscalização contratual. À guisa de exemplo, pode-se mencionar o I.M.R. (Instrumento de Medição de Resultados), que desde 2017 veio a substituir o antigo A.N.S. (Acordo de Nível de Serviço); ambos dedicados a catalogar e quantificar os níveis e escalonamentos das instâncias de descumprimento contratual, visando a retenção de valores conforme a qualidade e nível do atendimento das atividades contratadas pela Administração. Oportuno dizer que estes mecanismos possuem várias aplicações, que merecem ser objeto de estudo mais detalhado.

Contudo, o que se percebe é que tais instrumentos geralmente são utilizados em contratos de serviço contendo atividades com maior nível de sofisticação, como por exemplo, serviços de logística e da área de T.I; nos quais a qualidade do serviço é a característica essencial do objeto. Já para os contratos a princípio mais simplórios, como os de fornecimento de bens, tal preocupação é raramente observada.

Deste cenário surge verdadeiro óbice para a gradação proporcional dos valores de multas ao montante não executado do contrato, especialmente para casos que escapam a situação para a qual a fórmula do Decreto 45.902/12 foi pensada.

5. APLICAÇÃO DE PENALIDADE SOBRE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL ACESSÓRIA NO IPSEMG

5.1. O Ordenador de Despesas

Segundo o manual do Ordenador de Despesas, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pode-se classificar a figura em epígrafe como “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio (§ 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/67)” (Conselho Nacional do Ministério Público, 2014, p.7). O Ordenador de Despesas possui uma vasta gama de atribuições, tendo este que decidir sobre matéria de “finanças, contratos, licitação, obras, recursos humanos, transparência, bens patrimoniais, dentre outras” (CNMP, 2014).

Compulsando o Decreto 45.902/2012, o Ordenador é figura central no Processo Administrativo Punitivo, pois é ele que possui autoridade e legitimidade para emitir decisões formais no feito; da decisão de abertura do PAP (§ 1º, art. 40) à análise das razões de defesa apresentadas pelo fornecedor e a subsequente aplicação da penalidade (art. 41 caput).

5.2. A Comissão de Apuração de Irregularidades

Atualmente instituída pela Portaria 025/2018, a CAI, em sua essência, é responsável pela abertura, instrução e conclusão dos Processos Administrativos Punitivos (PAPs) e de Ressarcimento movidos em desfavor de licitantes e contratados que incidem em conduta irregular.

A Comissão, apesar de possuir autonomia para condução dos procedimentos, está sob a alçada da Presidência do Instituto, atuando conjuntamente com a Diretoria de Saúde na condução dos PAPs abertos. Sob tal ambulação, cumpre dizer que a CAI não é revestida de nenhum poder decisório, emitindo apenas manifestações de caráter sugestivo à autoridade superior; que na maioria das vezes se consiste no Ordenador de Despesas. Hoje, é dotada de três servidores efetivos, além do estagiário que subscreve o presente trabalho.

5.3. Análise Qualitativa da Amostra

Para o presente estudo, foram selecionados 6 (seis) PAP's cuja instância de descumprimento girou em torno de obrigação acessória em contrato de fornecimento no âmbito do IPSEMG.

Os nomes das empresas apenas e os números dos processos de compra que instruíram as contratações não serão revelados, por não serem relevantes ao foco do estudo, bem como para que seja garantido o devido sigilo às empresas interessadas.

Dos seis processos analisados, 5 (cinco) culminaram na aplicação da pena de Advertência Escrita, na forma do inciso I do art. 87 da Lei 8.666/93; sendo que no último processo observou-se a aplicação da pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual.

Passa-se então ao cotejo mais detalhado dos casos.

O primeiro feito trata-se de descumprimento contratual consubstanciado na irregularidade cadastral da empresa junto ao CAGEF, durante o exercício do contrato. Segundo relato do fiscal, a contratada apresentou diversos documentos vencidos no seu cadastro. Tal situação viola o subitem. IV, §2º da Cláusula Oitava do respectivo instrumento contratual, que se lê:

Cláusula Oitava – Das Obrigações

§2º - Da Contratada

IV – manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação exigidas na licitação;

Dita irregularidade impediu o empenhamento de novos itens, uma vez que o sistema não permite emissão de Autorizações de Fornecimento às empresas em situação de irregularidade. Para sanar a demanda imediata, foi necessária a solicitação à Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais para emissão de empenho em caráter excepcional.

Sendo assim, a síntese dos fatos foi encaminhada a CAI para fins de instrução de PAP.

Compulsando o contrato firmado com a empresa interessada, a Cláusula Nona - destinada a abarcar as sanções aplicáveis – contempla as penalidades já previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, determinando ainda os seguintes critérios para aplicação da multa:

- a) 0,3% (três décimos por cento) por dia, até o trigésimo dia de atraso, sobre o valor do fornecimento não realizado;
- b) 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, em caso de recusa da CONTRATADA em efetuar o reforço garantia;
- c) 20% (vinte por cento) sobre o valor do fornecimento não realizado, no caso de atraso superior a 30 (trinta) dias, ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o tornem impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas.

É mister salientar que todos os contratos analisados no presente trabalho possuem redação praticamente idêntica no que se refere à cláusula para aplicação de penalidades.

Após análise do caso, como fundamentação utilizada no ato decisório, destaca-se o seguinte trecho exarado pela CAI:

[...] Para o caso em tela, cabe ressaltar que apesar da irregularidade cadastral noticiada, os medicamentos não deixaram de ser adquiridos pelo IPSEMG; não gerando assim expressivo prejuízo à Instituição. Tal fator merece ser considerado na dosimetria da sanção a ser imposta [...].

Percebe-se, com base no trecho exposto acima, que a Comissão tomou como principal critério de dosimetria o dano gerado à instituição para sugerir qual pena deveria ser aplicada. Considerando que neste caso não havia possibilidade de aplicação de multa, tendo em vista a disposição expressa do edital utilizando como base de cálculo o valor do fornecimento não realizado, optou-se pela pena de Advertência Escrita; menos gravosa que a suspensão.

O segundo caso, aborda situação semelhante à primeira, tratando-se de empresa que falhou em regularizar sua situação fiscal junto à União, impedindo assim a emissão de novos empenhos.

Depois de notificada, a interessada alegou, em suma, que a impossibilidade de apresentar Certidão comprovando regularidade com o fisco federal deveu-se a um problema administrativo interno da Receita Federal. A Defendente afirmou que após negociar parcelamento da dívida com a União, realizou pagamento superior ao estipulado inicialmente pelo sistema na primeira parcela, e diluiu a diferença nos pagamentos subsequentes. Todavia, o sistema de consolidação de pagamentos parcelados da Receita não reconhece pagamentos feitos para mais, captando somente os valores em tese incompletos das parcelas seguintes pagas pela empresa. Para sustentar sua tese, a interessada juntou diversos documentos, inclusive despacho da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Procuradoria Regional da fazenda da 3ª Região – DIDAU (Divisão de Dívida Ativa); confirmando tal característica do sistema. Todavia, para se ter certeza da veracidade das informações exaradas pela Contratada, era necessário aguardar o setor de cálculos da Receita emitir parecer sobre o caso, auditando todos os pagamentos realizados pela empresa. A realização de referido cálculo possui notável caráter moroso, não tendo sido concluído até a data de apuração dos fatos referentes ao PAP no IPSEMG.

No voto, a CAI aduz o seguinte:

[...] sendo faltosa a análise do setor de cálculos da PRFN sobre débito em questão; [...] não há como aferir com precisão a natureza da suficiência dos pagamentos devidos ao fisco. [...] resta prejudicada a valoração fático-probatória dos argumentos postos pela contratada; não podendo assim ser o óbice noticiado junto à Receita Federal como excludente de responsabilidade por descumprimento contratual [...].

Neste caso, importante se faz ressaltar que o estoque dos materiais objeto do contrato de fornecimento chegou perto de se esgotar, aumentando assim o potencial lesivo na conduta da empresa se comparado com o primeiro caso. Entrementes, observa-se que a pena aplicada foi a mesma em ambos os casos, produzindo os mesmos efeitos.

A terceira instância de penalização analisada deu-se início quando noticiada a indisposição da empresa contratada em realizar o abastecimento dos materiais dentro do horário acordado. Em razão da natureza do objeto de fornecimento – gases medicinais – era necessário que a contratada se mobilizasse com certa regularidade com o objetivo de abastecer os tanques de armazenamento localizados no hospital do Instituto.

O contrato prevê que o fornecimento deveria ocorrer de segunda-feira a sexta-feira, no horário de 8h00m (oito horas) às 17h00m (dezessete horas). Contudo, conforme relato do fiscal do contrato, em repetidas ocasiões a empresa chegou ao hospital após as 18h00m (dezoito horas) para começar o processo de reabastecimento dos tanques; que leva em torno de 1h (uma hora). Mesmo alertada pelo fiscal sobre a situação de irregularidade, a empresa continuou descumprindo o contrato.

Além de causar problemas administrativos ao IPSEMG, materializados na dificuldade de se designar servidores para darem recebimento ao material neste horário, nas palavras do fiscal do contrato, tal descumprimento gerou “desconforto dos pacientes internados no hospital que, devido ao barulho ensurdecador do procedimento, não conseguem descansar no horário noturno”.

Encaminhada a síntese dos fatos a CAI, a comissão tratou de providenciar a abertura formal do processo e notificar a empresa interessada.

A contratada apresentou tempestivamente suas razões de defesa, na qual aduz que os atrasos se deram em razão do tempo chuvoso e do conseqüente trânsito caótico na região central de Belo Horizonte. Ressalta ainda a ausência e má-fé por sua parte, e, sobretudo, roga pela razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de eventual sanção.

Na análise do mérito, a comissão julgadora não entendeu que o embaraço no trânsito invocado pela defendente configura-se como fato superveniente ou de força maior, capazes de justificar o descumprimento contratual em análise. Neste lanço, aplicou-se a penalidade de Advertência Escrita.

Apesar da pena aplicada ter sido a mais leve possível - conforme escala de graduação das penas evidente no art. 87 da Lei 8.666/93 - percebe-se a ocorrência do dano (reportado pelo fiscal do contrato) bem como a reincidência da empresa em conduta faltosa; fatores agravantes a serem considerados. Por outro lado, o dano observado não foi

significativo, uma vez que os estoques não restaram desabastecidos ou nem perto disto; o que não afetou gravemente ou impediu o atendimento aos beneficiários do IPEMG, objetivo norteador de todos os atos praticados pelo Instituto.

Tendo em conta que a pena de suspensão do direito de licitar seria uma resposta excessivamente gravosa a um atraso de horas, ao que tudo indica a pena mais indicada para este caso seria a multa – capaz de exercer o caráter coercitivo e educativo sem atentar contra o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entretanto, confrontando-se as disposições do contrato com os eventos narrados, verifica-se que tal pretensão não é possível.

Para incidência da multa de mora, a cláusula oitava do contrato utiliza como referência dias de atraso, e não horas. Portanto, resta afastada esta possibilidade. Já para o cálculo da multa por inexecução contratual, o Termo toma como base o valor do fornecimento ou serviço não executado, aplicando sobre este o percentual de 20% para aferição do valor a ser cobrado; que se lê:

c) 20% (vinte por cento) sobre o valor do fornecimento não realizado, no caso de atraso superior a 30 (trinta) dias, ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o tornem impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas.

Portanto, como é possível constatar, não há como determinar o valor agregado do descumprimento em atender o horário previsto para recebimento do material.

Rememorando o fato de que alguns órgãos da Administração Estadual utilizam como base para cálculo da multa o valor do contrato, verifica-se que esta hipótese não logra cabimento no caso em tela. Isto porque, na própria cláusula destinada a prever as sanções contratuais, faz-se clara distinção entre valor do contrato e valor do fornecimento; observável nas alíneas “b” e “c”. Enquanto a alínea “b” prevê que serão cobrados 10% sobre o valor do contrato em caso de recusa da Contratada em efetuar o reforço de garantia, a alínea “c” discrimina que a multa incidirá somente sobre o valor do fornecimento não realizado.

Ad argumentandum tantum, se fosse o caso de se aplicar a multa sobre o valor do contrato, registre-se que o ajuste em questão possui valor global que ultrapassa meio milhão de reais. Nessa vereda, neste modelo os atrasos de horas poderiam resultar em uma sanção pecuniária na ordem dos R\$ 100.000,00 (cem mil reais); quantia dificilmente razoável e correspondente se comparada à conduta da apenada.

Em suma, todos os casos passam por situação semelhante, sendo que as duas instâncias restantes nas quais a penalidade de Advertência foi aplicada, se deram em razão de I) atraso no envio das Notas Fiscais dos itens entregues e II) atraso na realização de manutenção em equipamento correlacionado com o objeto de fornecimento do contrato. Em ambas as ocasiões, a redação da cláusula do ajuste referente às sanções possui previsão idêntica a dos trechos já colacionados nesta sessão.

Por último, analisa-se o caso no qual foi aplicada a sanção de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual.

Neste episódio, o fato motivador para abertura do PAP foi semelhante ao do primeiro caso analisado, consistente na irregularidade cadastral da contratada que impediu o empenhamento dos materiais objeto do contrato. Sobre a extensão do dano gerado, destaca-se passagem do relato proferido pelo fiscal do contrato:

[...] Por se tratarem de itens indispensáveis ao atendimento no bloco cirúrgico e que já possuíam estoque desabastecido devido à morosidade na regularização da documentação, foi necessária a solicitação à Controladoria Geral do Estado de emissão de empenho em caráter excepcional para os itens listados acima.

Após devidamente notificada, a empresa não apresentou peça de defesa. Sendo assim, restando incontroverso o relato do fiscal, foi aplicada à contratada a sanção de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual pelo período de 1 (um) mês.

Percebe-se que este caso é muito semelhante ao primeiro, inclusive quanto ao pedido para emissão de empenho em caráter urgente direcionado à CGE/MG. O que os difere, ao que tudo indica, é a importância do objeto do contrato. Nesta última instância, como bem disse o fiscal do contrato, se tratam de itens indispensáveis ao atendimento no bloco cirúrgico; o que transfere ainda mais a ideia de intolerância a qualquer embaraço por parte do fornecedor quanto à entrega.

Por fim, após análise da amostra, denota-se que a pena de Advertência Escrita foi aplicada em situações que destoam em potencial lesivo, prejudicando assim a devida graduação da pena face à conduta da Contratada. Por outro lado, em situações semelhantes, aplicaram-se sanções que em tese estão muito distantes na escala de graduação das penas prevista na doutrina e no art. 87 da Lei 8.666/93; em termos, as penas de Advertência e de Suspensão do direito de contratar com a Administração – confirmando mais uma vez que fato o entrave

para aplicação de multa nos casos analisados é prejudicial para a dosimetria da sanção administrativa.

5.4. Proposta de solução

Como foi possível perceber com a análise dos casos na seção anterior, em razão da impossibilidade de se aplicar sanções pecuniárias, o procedimento envolvendo a dosimetria das penalidades restou prejudicado.

É certo que uma singela porção dos órgãos da Administração utilizam ferramentas e métodos para refinar os critérios utilizados para aplicação de sanções administrativas dentro das suas esferas de atuação, sendo que esta tendência foi normatizada no artigo 30 da Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão (BRASIL, 2018).

Apesar de não referenciar diretamente as hipóteses de fiscalização de contratos administrativos, o artigo supra refere-se a “segurança jurídica na aplicação das normas”. Ora, é evidente que em razão do elevado poder discricionário relacionado à aplicação de sanções administrativas na forma do art. 87 da Lei 8.666/93, associado à impossibilidade de se realizar a devida gradação das penas em razão da dificuldade de se aplicar multa em certos casos, não é forçoso dizer que este cenário instaura evidente insegurança jurídica.

Em Minas Gerais, desde 2012 foi disponibilizada pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG) metodologia para avaliar o desempenho dos fornecedores, inclusive acostados na forma de anexos aos editais que instruíram os processos integrantes da amostra utilizada no estudo de caso.

Sobredita metodologia avalia vários aspectos qualitativos pertencentes ao escopo global do contrato ou até mesmo dos fornecimentos pontuais, como o prazo, a quantidade, a qualidade e documentação. Atendo-se a tais critérios, é possível atribuir uma pontuação ao fornecedor para determinar se o objeto do contrato está sendo executado de maneira satisfatória; e, se averiguada desídia no cumprimento das obrigações por parte do contratado, é prevista inclusive a possibilidade de se instaurar Processo Administrativo Punitivo com o fito de impor medidas para reforçar o correto adimplemento do ajuste.

Todavia, em que pese a vantajosidade que tal instrumento a priori traria para a definição de critérios mais claros para a delimitação de quais penalidades deverão ser adotadas a cada caso, em razão da dificuldade em se aplicar a penalidade pecuniária vide redação do contrato, a dosimetria da pena ainda resta prejudicada. Ademais, o indicador de desempenho de fornecedor não foi criado primariamente para ser utilizado como critério balizador de sanção em sede de Processo Administrativo Punitivo; operando mais como fato motivador para a abertura do feito.

De plano, como proposta de solução para o problema, é possível voltar-se para exemplos apresentados por outras entidades do Poder Público em que são notáveis os avanços conferidos no processo de dosimetria das sanções e apuração do valor a ser cobrado em sede de multa administrativa, buscando a importância mais proporcional possível à conduta dos apenados, sem romper com a barreira do razoável.

Dessa forma, para o presente trabalho, toma-se como exemplo a Portaria nº 1049, de 06 de junho de 2019, editada pela Agência Nacional de Telecomunicações.

Aludida Portaria “dispõe sobre a metodologia de cálculo das sanções aplicáveis por irregularidades verificadas durante as sessões públicas dos pregões eletrônicos” realizados pela Agência (ANATEL, 2019). Apesar de não se tratar, *per se*, de mecanismo voltado a fiscalização contratual, por analogia, é oportuna a menção de tal metodologia na pesquisa em mãos.

Nela, utiliza-se a seguinte fórmula:

$$\textit{Gradação (G)} = \textit{Critérios Específicos (CE)} + \textit{Critérios Gerais (CG)}.$$

Para determinar o valor CE, atribui-se pontuação gradativa correspondente ao potencial lesivo da conduta previamente tipificada da licitante; conforme tabela 1 colacionada abaixo retirada da Portaria:

Tabela 1 - Critérios específicos (CE)

Tipificação	Pontos	
a) Não celebrar o contrato	20	
b) Deixar de entregar documentação exigida para o certame	i) Não encaminhar	10
	ii) Encaminhar em desconformidade	5
c) Apresentar documentação falsa	30	
d) Fazer declaração falsa	10	
e) Não manter a proposta	i) Não encaminhar proposta	10
	ii) Não atender solicitação relativa ao objeto licitado	7
	iii) Não adequar proposta	5
	iv) Não apresentar comprovação	3
	v) Apresentar documento sem pertinência	3
	vi) Solicitar desistência	3
f) Cometer fraude fiscal	30	
g) Comportar-se de modo inidôneo	40	

Fonte: Agência Nacional de Telecomunicações (2019).¹

Já o valor “Critérios Gerais” (CG), trata-se de “fator correspondente à soma dos pontos inerentes às características da contratação” (ANATEL, 2019). Para se chegar no resultado de CG, a Agência adota a seguinte fórmula:

Critérios Gerais (CG) = Valor estimado da contratação (VUL/VEC): [pode variar de 1 a 7 pontos] + porte da empresa licitante (PEL): [se micro empresa, -7 pontos] + Mão-de-obra dedicada à contratação (MOD): [0 a 7 pontos] + previsão de vigência contratual (PVD): [0,12 ponto por mês] + ocorrências registradas no SICAF (ORS): [1 ponto por cada sanção registrada no sistema, limitadas a 10 ocorrências] + fatos relevantes (FR): [-10 a 10 pontos].

¹ Os dados podem ser acessados em: < <https://www.anatel.gov.br/legislacao/portarias-normativas/2019/1313-portaria-1049>>. Acesso em: 25 Out. de 2019.

Cumpra frisar que cada um destes critérios possui seus aspectos atenuadores e agravantes, que impactam diretamente na escalação de pontos às empresas licitantes.

Sendo assim, uma vez aferida a pontuação do licitante, confronta-se então a pontuação total com a escala de gradação presente na tabela 2 infra colacionada; também retirada da Portaria em discussão:

Tabela 2 - Matriz de Correspondência: Pontos x Sanções

Gradações (peso)	Sanção	Multa (Fração sobre o percentual máximo previsto no Instrumento Convocatório)	Suspensão (meses)	Impedimento (meses)
-13 a 0	Advertência	-	-	-
0,01 a 5	Multa	1/10	-	-
5,01 a 10	Multa	2/10	-	-
10,01 a 15	Multa	3/10	-	-
15,01 a 20	Multa	4/10	-	-
20,01 a 25	Multa	5/10	-	-
25,01 a 30	Suspensão	-	1	-
30,01 a 35	Suspensão	-	3	-
35,01 a 40	Suspensão + Multa	5/10	6	-
40,01 a 45	Suspensão + Multa	6/10	12	-
45,01 a 50	Suspensão + Multa	7/10	24	-
50,01 a 55	Impedimento	-	-	1
55,01 a 60	Impedimento	-	-	3
60,01 a 65	Impedimento	-	-	6
65,01 a 70	Impedimento	-	-	12
70,01 a 75	Impedimento + Multa	9/10	-	24
Acima de 75	Impedimento + Multa	10/10	-	60

Fonte: Agência Nacional de Telecomunicações (2019).²

² Os dados pode ser acessados em: <<https://www.anatel.gov.br/legislacao/portarias-normativas/2019/1313-portaria-1049>>. Acesso em: 27 Out. de 2019.

Percebe-se, com isso, que esta metodologia permite tanto o agente público quanto o administrado de terem uma noção mais clara de qual penalidade deve ser aplicada em cada caso, reforçando a previsibilidade e a segurança jurídica no processo sancionador, além de resguardar a devida proporcionalidade das penas.

Como ressaltado anteriormente, este conceito, em parte, também é utilizado em Minas Gerais na forma da metodologia elaborada pela SEPLAG consubstanciada no Indicador de Desempenho do Fornecedor.

Daí, como possível solução para o problema objeto da presente pesquisa, poderia se mesclar as metodologias contempladas acima.

Na ideia proposta, adota-se método semelhante à da Portaria 1049/2019 da ANATEL, substituindo-se os Critérios Específicos (CE), da mencionada fórmula por instrumento análogo ao Indicador de Desempenho do Fornecedor (IDF), proposto pela SEPLAG. Dessa forma, a depender do caso, seriam utilizados os indicadores mais adequados para cada situação, seja por contratação (IDF-C), ou por Autorização de Fornecimento (IDF-AF). Em conjunto, seriam contabilizadas ainda as situações caracterizadoras de cada caso, como o valor do contrato, porte da empresa a ser apenada, reincidência, enfim; valor símil ao fator “Critérios Gerais” (CG), utilizado pela ANATEL.

Por fim, com a soma dos pontos aferidos, seria utilizada tabela parente à “tabela 2 – Matriz de correspondência – Pontos x Sanções”, retirada da Portaria da ANATEL que já encontra-se juntada ao presente trabalho. Assim, com a gradação das penas vinculada à quantidade de pontos atribuídos ao fornecedor, seria possível proceder em um exercício de dosimetria das sanções mais justo e proporcional.

Em remate, resta dizer que não se propõe aqui a elaboração de um modelo, ou de uma solução final, mas sim uma mera hipótese que esperançosamente se espera ser utilizada como inspiração para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos mais bem lapidados, elaborados por especialistas, estudiosos e gestores que possuem maior prática e vivência administrativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a conclusão deste trabalho, foi possível constatar que em razão da dificuldade de se empregar a penalidade de multa em contratos cuja base de cálculo da pena incide sobre o valor do fornecimento realizado, a devida dosimetria das sanções a serem aplicadas em sede de descumprimento contratual pode restar prejudicada. Denota-se ainda que é extremamente oportuna a elaboração de mecanismos e metodologias adicionais que auxiliem o gestor público em seu exercício de juízo de valor sobre o caráter dosimétrico do procedimento sancionatório.

Para se chegar neste resultado, em um primeiro momento buscou-se arrimo na doutrina e em fontes documentais para se contextualizar o problema; para, em seguida, realizar estudo de caso sobre processos administrativos punitivos movimentados no IPSEMG que tiveram como fato motivador instâncias de descumprimento contratual sobre obrigações acessórias e não quantificáveis financeiramente.

Após análise da amostra, restou evidente que em virtude das limitações do contrato, consubstanciadas na determinação de incidência da alíquota de multa sobre o valor da parcela do fornecimento em situação de irregularidade, não havia possibilidade de se aplicar multa nestes casos; cabendo somente as sanções de advertência escrita, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Desconsiderando a declaração de inidoneidade, que necessariamente é reservada a casos gravíssimos que em grande parte pressupõem dolo, restam apenas a advertência e a suspensão. Neste molde, percebeu-se que foi dada preferência à pena de Advertência Escrita, mesmo para situações em que divergiam de potencial lesivo.

Portanto, como solução parcial para o problema, sem correr o risco de propiciar um cenário de sanções desarrazoadas, foi sugerida a ideia de se mesclar a metodologia utilizada pela ANATEL que dispõe sobre cálculo das sanções aplicáveis em seus processos licitatórios com o conceito de medição de desempenho elaborado pela SEPLAG, em Minas Gerais. A ideia central gira em torno de tipificar previamente as condutas censuráveis, atribuindo-as a uma escala de pontuação que leva em conta fatores agravantes e atenuantes particulares ao caso enfrentado. Posteriormente, esta pontuação seria utilizada junto a uma tabela que vincula os níveis de pontuação mínima e máxima às sanções aplicáveis e seus graus de extensão; como, por exemplo, a fração dos valores das multas. Quanto maior a pontuação, mais graves seriam as penalidades aplicadas.

Cumprir lembrar que esta seção da pesquisa não teve como propósito a exposição de um modelo definido, mas sim a apresentação de mera sugestão, da qual se espera motivar a produção de trabalhos e estudos futuros, mais aprofundados, que instiguem a materialização

de instrumentos adaptados à realidade enfrentada por gestores e pelo mercado destinados a garantir a aferição de uma dosimetria sancionatória mais justa e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. **Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle**. Revista TCEMG. Comentando a Jurisprudência p. 110-144, out.nov.dez. 2013. Disponível em <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>> Acesso em 02 out. 2019.

ALVES, Léo da Silva. **Gestão e fiscalização de contratos públicos**. Revista do TCU 102, p.60-69, out. dez. 2004. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/610/671>> Acesso em 02 set. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Portaria nº 1049, de 06 de junho de 2019**. Dispõe sobre a Metodologia de cálculo das sanções aplicáveis por irregularidades verificadas durante as sessões públicas dos pregões eletrônicos realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações, em consonância com o disposto no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no art. 28 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, 06 de Junho de 2019. Última atualização: Segunda, 05 de Agosto de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 04 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Acesso em 01 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Manual do Ordenador de Despesa**. Brasília, 2014. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/COMPLETO_Manual_do_Ordenador_WEB.pdf> Acesso em 22 out. 2019

BRASIL, **Lei Federal 13.655 de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de abril de 2018.

BRASIL, **Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitação e contratos da Administração Pública e das outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de junho de 1993.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Caderno de Logística, Sanções Administrativas; Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico**. Versão 1.0. Setembro de 2015. Disponível em <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>> Acesso em 12 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS 28799/DF**. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Brasília: 04 out. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS28799.pdf>> Acesso em 07 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **AC: 50235861820134047100 RS 5023586-18.2013.404.7100**. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Data de Julgamento: 25/09/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/09/2013.

CAMPOS, Murilo. **Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e o Processo Administrativo Disciplinar**. Caderno Virtual v.1, n.23. [N.I.]: 2011. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/544>> Acesso em 16 set. 2019.

COSTA, Antônio França da. **Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos**. Revista do TCU n. 127, p 58-71, Maio/Ago. 2013. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/91>> Acesso em: 9 set. 2019. Acesso em 24 ago. 2019.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo Volume Único**. 2ª ed. Editora Juspodivm. Salvador. 2018. ISBN: 978-85-442-2029-0.

CRESPO, Gitane Alves de Souza. **A fiscalização da execução dos contratos licitados e as consequências do inadimplemento**. Monografia (Pós-Graduação “Lato Sensu”). AVM Faculdade Integrada. Rio de Janeiro. 2011.

DIOS, Laureano Canabarro. **Princípio constitucional da individualização da pena no âmbito do Tribunal de Contas da União**. (Pós-Graduação “Lato Sensu”). Brasília, 2006. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital-8a81881f6364d8370163bc5ce6d85b14/principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-no-ambito-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>> Acesso em 19 set. 2019.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Princípios processuais no direito administrativo sancionador: Um estudo à luz das garantias constitucionais**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 109 p. 773 - 793 jan./dez. 2014. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>> Acesso em 05 set. 2019.

INSTITUTO DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DE MINAS GERAIS (IPSEMG). **Portaria 025 de agosto de 2018**. Constitui Comissão de Apuração de Irregularidades, cometidas em processos licitatórios e contratos administrativos e regulamenta os procedimentos a serem observados nos respectivos Processos Administrativos Punitivos e de Ressarcimento. Minas Gerais, Diário do Executivo, Caderno 1, 25 de agosto de 2018.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **Sanções administrativas e princípios de direito penal**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 219: 127-151, jan./mar. 2000. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>> Acesso em 12 out. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 19 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 444 p. ISBN 978-85-450-0480-6.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23.^a edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**: 26^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Avaliação de Desempenho dos Fornecedores de Materiais do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, MG, 2012.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Metodologia de avaliação do desempenho dos prestadores de serviços**. Belo Horizonte, MG, 2013.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social. **Cartilha de gestão e fiscalização dos contratos administrativos**. Belo Horizonte, MG, 2016.

MINAS GERAIS. **Decreto 45.902 de 27 de janeiro de 2012**. Regulamenta a lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a administração pública estadual – CAFIMP. Minas Gerais Diário do Executivo, 28/01/2012 Pg. 1 Col. 1.

MOURA, Rodolfo. **Licitação: Abrangência das penalidades** – Lei 8666/93 e 10520/2002. Portal Conlicitação. 5 de set. 2014. Disponível em <<https://portal.conlicitacao.com.br/artigos-juridicos/licitacao-abrangencia-das-penalidades-lei-866693-105202002/>> Acesso em 13 out. 2019.

OLIVEIRA, Anna Flávia Camilli. **O tipo e a tipicidade no contexto do direito administrativo sancionador**. Revista Eletrônica Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun. 2011. Disponível em <<http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/66>> Acesso em 19 out. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**: 31. Ed. Ver. Atual e ampl. Forense, Rio de Janeiro: 2018.

RAMALHO, Ana Livia Carneiro. **Aplicação de sanções nos processos de licitação e execução contratual: análise crítica da discricionariedade administrativa na dosimetria punitiva**. Monografia (graduação) – UFPB/DCJ/CCJ. Santa Rita – PB. 2018.

ROQUE, Pollyanne Pinto Motta. **As penalidades administrativas de acordo com a lei de licitações**. Migalhas de Peso. 2016. ISSN 1983-392X Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241312,41046-As+penalidades+administrativas+de+acordo+com+a+lei+de+licitacoes>> Acesso em 04 out. 2019.

SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. **A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo na Administração Pública –Artigo 67 –Lei nº 8.666/93.** Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n. 2, p. 187-199, 2017. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125698>>DOI:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n2p187-199>. Acesso em 22 ago. 2019.

SILVA, Mário Henrique Malaquias da. **O Princípio da Proporcionalidade como Limitador da Discricionariiedade Administrativa.** Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 233-261, abr. 2010. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7578/6663>> Acesso em 09 set. 2019.

SIMÕES, Odair Raposo. **Penalidades administrativas em contratos públicos.** Revista Âmbito Jurídico n° 118. São Paulo: 2013. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/penalidades-administrativas-em-contratos-publicos/>> Acesso em 06 set. 2019.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos contratos administrativos.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 144, p 211-246, out./dez. 1999. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543/r144-15.PDF?sequence=4>> Acesso em 03 set. 2019.