

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JOÃO ORESTES TELES

A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA APLICAÇÃO DAS
PENALIDADES ADMINISTRATIVA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS

CRICIÚMA

2012

JOÃO ORESTES TELES

A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA APLICAÇÃO DAS
PENALIDADES ADMINISTRATIVA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Professor. João Carlos Medeiros

CRICIÚMA

2012

JOÃO ORESTES TELES

DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA APLICAÇÃO DAS
PENALIDADES ADMINISTRATIVA AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Administrativo.

Criciúma, 11 de Dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Professor. João Carlos Medeiros - Orientador

Professor: José Carlos Virtuoso

Professor: Mauricio da Cunha Savino Filó

A minha filha *Jamille*, meu grande tesouro, e minha mãe, *in memoriam*, que trouxeram para dentro da minha vida as grandes lições da matemática humana, que junto ao valor do conhecimento das pequenas coisas, define o que hoje sou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço nesta oportunidade a todos os meus professores, meus colegas de curso, meus companheiros de trabalho e especialmente minha família, que acima de tudo conseguiram me apoiar e superar as barreiras causadas pela minha ausência no seio familiar.

Finalmente agradeço a Deus, por ter me dado saúde, inteligência e perseverança na continuidade do desafio à que me submeti.

“As conquistas são fáceis de fazer, porque as fazemos com todas as nossas forças; são difíceis de conservar, porque as defendemos só com uma parte das nossas forças”.

(Barão de Montesquieu)

RESUMO

Os Limites do poder discricionário da Administração Pública e as Consequências da Aplicação Desproporcional das Sanções Administrativas no Inadimplemento dos Contratos de Prestação de Serviço. Aspectos constitucionais, infraconstitucionais, doutrinários e jurisprudenciais do processo administrativo para a aplicação das sanções administrativa previsto na lei 8666/93. Os poderes da Administração Pública quer sejam Vinculados, quer sejam Discricionários, devem obedecer ao descrito na norma atendendo a conveniência e oportunidade. Oportunidade para a administração e não para os interesses dos integrantes da administração. O Constituinte Originário, com a finalidade de preservação dos princípios da Legalidade, Moralidade igualdade, impessoalidade, probidade e da própria ilevidade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI da Constituição Federal a regra da obrigatoriedade da licitação. Na aplicação das sanções administrativas, ocorre momento em que a Administração Publica possui índice de discricionariiedade, já que a lei não determina qual deve ser o tipo de sanção aplicada a qual tipo de falta cometida pelo contratado, para que pudesse aplicar a norma ao fato podendo estas ir desde simples advertência, até a declaração de inidoneidade. De certa forma é uma norma penal em branco, cabendo ao Administrador publico aplica-la sem limitação e por vezes causando a morte da empresa como prestadora de serviços da Administração Publica. Neste aspecto, em face de discricionariiedade inerente ao administrador publico, surge um vácuo jurídico, para saber qual a proporção deve penalidade ser aplicada, já que o termo "descumprimento parcial" previsto asno art. 87 da lei 8666/93, além de abrangente, não estabelece o quantum de inadimplência para incidência da penalidade a ser aplicada. O liame que se estabelece é justamente trazer os conhecimentos necessários ao entendimento das normas sobre o uso da discricionariiedade. Discricionariiedade esta que embora doutrinariamente não reconhecida, sabidamente existente e repetidamente sempre com interesses obtusos de favorecimento e de exclusão, tornando-se o cerne da corrupção existente no amago das contratações publicas. Esta corrupção é causada justamente pela possibilidade que o administrador público possui, de permitir ou obstar a permanência de determinada empresa contratada na continuidade de execução contratual. Após esta penalização que advém da discricionariiedade, a empresa penalizada é sucedida emergencialmente por outra empresa de interesse do administrador publico. Observe-se por fim, que esta penalização poderá ser revista pelo judiciário, mas bem a posteriore, após ter causado grandes prejuízos patrimoniais a empresa e sociais aos funcionários desta.

Palavras-chave: Discricionariiedade. Administração Pública. Penalidades. Contratos. Prestação de Serviço.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

CF: Constituição Federal

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

MS: Mandato de Segurança

TJ: Tribunal de Justiça

DF: Distrito Federal

Resp: Recurso Especial

RJ: Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	13
2 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2.1 - PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
2.2.1 - Princípio da Legalidade	18
2.2.2 - Princípio da Impessoalidade	18
2.2.3 - Princípio da Moralidade	18
2.2.4 - Princípio da Publicidade	20
2.2.5 - Princípio da Eficiência	20
2.2.6 - Princípio da Razoabilidade	21
2.3 - ATOS ADMINISTRATIVOS.....	23
2.3.1- Características de Validade de um Ato Administrativo	23
2.3.2 -Classificação dos Atos Administrativos	24
2.3.3 - Atributos dos Atos Administrativos	25
2.3.3.1- Objeto	26
2.3.3.2 - Motivo	26
2.3.3.3 - Forma.....	27
2.4-CLASSIFICAÇÃO QUANTO À SUPREMACIA DO PODER PÚBLICO	27
2.4.1 - Atos de Império:	27
2.4.2 - Atos de Expediente:	27
2.4.3 - Os Atos de Gestão	28
2.5 - CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO REGRAMENTO	28
2.5.1 - Atos Vinculados	28
2.5.2 - Atos Discricionários:	28
2.6 - CLASSIFICAÇÕES QUANTO À VALIDADE.....	28
2.6.1 - Válido	29
2.6.2 – Nulo	29
2.6.3 – Anulável	29
2.6.4 – Inexistente	29
2.7 - ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
2.8-CONTROLE DOS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS.....	30
2.9 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	32
2.9.1 - Características dos Contratos Administrativos	33

2.9.2 - Cláusulas Contratuais Exorbitantes.....	33
2.9.3 - Alteração Unilateral do Contrato	34
2.9.4 - Equilíbrio Financeiro	35
2.9.5 - Reajustamento de Preços	35
2.9.6 - Exceção de Contrato não Cumprido	35
2.9.7 - Controle do Contrato	36
2.9.8 - Exigências de Garantia.....	36
2.10 - PODER DISCRICIONÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	37
2.10.1 - Dos Poderes da Administração Publica Quanto ao Grau de Liberdade	38
2.10.2 - Do Poder Discricionário da Administração Pública.....	39
2.10.3 - O Poder Discricionário e os Contratados Pela Administração.....	40
3 - CONTRATOS DE SERVIÇOS E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	41
3.1- ESPÉCIES DE CONTRATOS	41
3.2 - CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	41
3.3 - CONTRATOS DE GERENCIAMENTO	42
3.4 - CONTRATOS DE PERMISSÃO	43
3.5 - CONCESSÃO PERMISSÃO	44
3.6 - CONVÊNIOS E CONSÓRCIO PÚBLICO	45
3.7 - ASPECTOS DA LEI 8666/93	46
3.8 - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	46
3.9 - MOTIVOS DE FORÇA MAIOR	48
4 - DISCRICIONARIEDADE E LEGALIDADE.....	50
4.1- DISCRICIONARIEDADES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	50
4.2 - RECURSOS ADMINISTRATIVOS	52
4.3 - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	53
4.4 - ESPÉCIES DE RECURSOS, PRAZOS E EFEITOS.....	54
4.4.1 – Recursos Administrativos	54
4.4.2 - Recurso Hierárquico	55
4.4.3 - Representação	57
4.4.4 - Pedido de Reconsideração	57
4.4.5 – Entendimentos Jurisprudenciais.....	58
5 - CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1 - INTRODUÇÃO

Os poderes da Administração Pública derivam da norma, que se traduzem em atos administrativos, e podem ser vinculados ou discricionários, atendendo tanto a norma quanto aos critérios de conveniência e oportunidade.

O poder discricionário quando aplicado dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, deve circunscrever-se sempre de acordo com os limites impostos pelos princípios gerais do direito, sendo as consequências pela não observância rechaçada pela administração ou na sua inércia, pelo judiciário.

Os problemas colocados em discussão envolvem desde a possibilidade de aplicação da Sanção Administrativa no inadimplemento contratual de prestação de serviços, suas consequências ao prestador de serviços, até o entendimento Jurisprudencial acerca dos limites para a aplicação das sanções administrativas.

Nos leva então a refletir o tema em discussão, existe ou não limite e normatização ao poder discricionário do Administrador Público, ou a ele é entregue uma norma sancionária em branco.

O conhecimento relativo ao tema proporciona um entendimento fundamentado das possibilidades, consequências da aplicação do poder discricionário da Administração Pública na aplicação desproporcional das Sanções Administrativas aos Contratos por ela realizados.

O relacionamento entre o interesse público e privado, nas contratações, em razão da aplicação da norma, é realizado sempre através de processo licitatório, cujos editais descrevem obrigações frente aos interesses e responsabilidades mútuas.

A doutrina tem exacerbado sempre a primazia do interesse da Administração Pública frente ao interesse do particular, exteriorizando isso através das formas de contratações na espécie de contrato de adesão, devidamente delimitado junto aos editais de licitação.

Diante desse aspecto, goza a Administração Pública de grande discricionariedade no trato com o administrado, mais especificamente no que tange à aplicação de penalidades pelos inadimplementos contratuais.

Essas penalidades estão especificadas nos art. 77 e 88 da lei 8666/93, as quais disciplinam as causas de inadimplemento, as sanções a que está exposto o contratado, bem como as formas de aplicação e as consequências ao contratado e ao contrato.

Na aplicação das sanções administrativas, ocorre momento em que a Administração Pública possui índice de discricionariedade, pois a lei não determina qual deve ser o tipo de sanção aplicada a qual tipo de falta cometida pelo contratado, podendo estas ir desde simples advertência, até a declaração de inidoneidade, que seriam em tese o impedimento de contratar com a administração pública e conseqüentemente a morte da empresa como prestadora de serviços a Administração Pública.

Neste aspecto, em face de discricionariedade inerente ao administrador público, surge um vácuo normativo, ante a ausência de determinação normatizada para saber de que proporção à penalidade a se aplicar, já que o termo descumprimento parcial, além de abrangente, não estabelece o quantum de inadimplência para se aplicar a norma sancionadora ao fato.

A discussão se trava justamente em trazer os conhecimentos necessários ao entendimento das normas, o uso da discricionariedade limitada aos princípios constitucionais e do direito, uma vez sabido que a aplicação de qualquer penalidade administrativa deva estar sempre revestida do princípio do contraditório e da ampla defesa, legalidade objetiva, oficialidade, informalismo, verdade real, publicidade.

Os entendimentos jurisprudenciais têm divergido significativamente sobre a abrangência dos efeitos da aplicação das sanções no âmbito da Administração Pública.

2 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Alexandre de Moraes, (2005, pag. 91), a administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do estado.

Alessi (1970, pag. 41) conceitua Administração Pública, subjetivamente como sendo o conjunto de órgão e serviços do estado e, objetivamente como a expressão do estado agindo concretamente para a satisfação de suas finalidades precípuas de conservação, bem estar individual e progresso social.

Esses mesmos pontos básicos são trazidos no conceito de Caetano (1996, pag. 63), para quem a administração pública é o conjunto de pessoas jurídicas cuja vontade se exprime mediante órgãos e cuja atividade se processa através de serviços.

No estudo indicadas por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, (1999, p. 97-8), duas versões para a origem do vocábulo administração. A primeira é que esta vem de ad (preposição) mais ministro, as, are (verbo), que significa servir, executar; já a segunda envolve ideia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia.

O mesmo autor demonstra que a palavra administrar significa não só prestar serviço, como, igualmente, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo. A administração pública deve estar voltada para atender as necessidades e os direitos da sociedade, pois um Estado não consegue sobreviver sem planejamento e o tal deve ser sistematizado pelos membros que estão à frente da administração pública de cada país.

A administração pública, ainda segundo o autor, pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para assegurar os interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a Lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Neste mesmo aspecto operacional, o autor se refere à administração pública como sendo de desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado, em benefício da coletividade.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu capítulo VII, artigo 37 e seguintes, disciplinou e positivou as funções da Administração Pública, conforme visto a seguir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Como se vê a Administração Pública tem como principal objetivo o interesse público, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A administração pública é conceituada com base em dois aspectos: objetivo (também chamado material ou funcional) e subjetivo (também chamado formal ou orgânico).

Segundo ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 53/60) o conceito de administração pública divide-se em dois sentidos:

Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Ainda a autora define que no sentido objetivo é a atividade administrativa executada pelo Estado, por seus órgãos e agente, com base em sua função administrativa. É a gestão dos interesses públicos, por meio de prestação de serviços públicos. É a administração da coisa pública (res pública). Já no sentido subjetivo é o conjunto de agentes, órgãos e entidades designados para executar atividades administrativas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 53/60) define os sentido da administração pública em sentido material que é administrar os interesses da coletividade e em sentido formal como conjunto de entidades, órgãos e agentes que executam a função administrativa do Estado.

A administração pública pode ser direta, quando composta pelos entes federados (União, Estados, Municípios e DF); ou indireta, quando composta por entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Finalmente a mesma autora separa a Administração direta que é aquela composta por órgãos ligados diretamente ao poder central, federal, estadual ou municipal. São os próprios organismos dirigentes, seus ministérios e secretarias, da Administração indireta é aquela composta por entidades com personalidade jurídica própria, que foram criadas para realizar atividades de Governo de forma descentralizada. São exemplos as Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Ainda segundo Di Pietro (2000, p. 53/60), gestor público tem como função gerir, administrar de forma ética, técnica e transparente a coisa pública, sejam estes órgãos, departamentos ou políticas públicas visando o bem comum da comunidade a que se destina e em consonância com as normas legais e administrativas vigentes.

Já para a autora, Gestão Pública, na administração é a gestão das coisas referentes ao trato das necessidades públicas, vem a maximizar e aperfeiçoar as demandas que fazem necessárias para alcançar uma gama de objetivos estabelecidos pelos órgãos governamentais respaldando também os anseios da comunidade onde está inserida.

2.1 - PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os Princípios Constitucionais da Administração Pública iniciam pelos estabelecidos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a redação dada pela Emenda Constitucional numero 19 de 1998, já citado anteriormente.

Segundo Moraes (2005, pg. 98), os princípios constitucionais da Administração Pública são os seguintes:

- Princípio da Legalidade
- Princípio da Impessoalidade
- Princípio da Moralidade
- Princípio da Publicidade
- Princípio da Eficiência e
- Princípio da Razoabilidade.

Ainda sobre os princípios nos ensina o mesmo autor, que a constitucionalização dos princípios básicos da Administração Pública tem a mesma finalidade, que seria garantir a

honestidade na gerência da res publica e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias.

2.2.1 - Princípio da Legalidade.

Também previsto no artigo quinto da Constituição Federal, segundo MORAES (2000, p. 99) aplica-se normalmente a Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, já que a Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, na qual será permitido a realização de tudo que a lei não proíba.

Este princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

2.2.2 - Princípio da Impessoalidade

Também conhecido como princípio à finalidade administrativa, e que, segundo MORAES (2000), acaba por completar a ideia já analisada de que o Administrador é um executor do ato, que serve de veículo para a manifestação da vontade estatal e, portanto, a realização administrativa governamental não é do agente político, mas da entidade pública em nome da qual atuou.

Salienta ainda MORAES (2000), que a noção de impessoalidade engloba no campo do Direito Constitucional administrativo o Princípio da Subsidiariedade, que é aquele em que a autoridade só pode fazer o que é preciso para o bem comum. Mas aquilo que os particulares não podem, não sabe, ou não querem fazer por si mesmos.

Ressalte-se, ainda segundo o mesmo autor, que o princípio da Impessoalidade direciona-se a todos os poderes de estado, inclusive ao poder judiciário.

2.2.3 - Princípio da Moralidade

A Constituição Federal, segundo MORAES (2000), ao consagrar o Princípio da Moralidade Administrativa como vetor da atuação da Administração Pública, igualmente consagrou à necessidade de proteção à moralidade e responsabilidade do administrador público amoral ou imoral.

Este princípio, segundo o mesmo autor, constitui o pressuposto de validade de todo ato administrativo, e com mais ênfase deve o poder judiciário exercer o controle jurisdicional, não se restringindo ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas entender por legalidade e legitimidade não só a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

Observe-se que MORAES (2000), esclarece que o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos no art. 37 par. 4 da Constituição Federal, cuja sanção é a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de Ação Civil Pública.

Para DI Pietro (1991, p. 111) o entendimento de moralidade assim esta resumido:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta à norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrativa. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.

No mesmo sentido, (MEIRELLES, 2006, p. 90/91).

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do “bom administrador”, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, é aquele que,

usando a sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum (...). O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade erigindo-se em fator de legalidade. Daí por que o TJ/SP decidiu, com inegável acerto, que “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade ou da legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com interesse coletivo”.

Assim, embora dentro da legalidade, existe margem substancial para o administrador utilizar as inúmeras normas discricionárias existentes na legislação, que ao fazê-lo mesmo dentro da legalidade, são na verdade fora da moralidade.

2.2.4 - Princípio da Publicidade

Através da publicidade é que a administração Pública dá conta de seus atos e realizações a cidadão, e como consequência os efeitos por ele produzidos.

Conforme nos ensina SUNDFELD a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência.

Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido (CF., art. 1º, §1º). “É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”.

No mesmo sentido, MEDAUAR (1993, P. 94) afirma:

...a regra da transparência prevista no caput do art. 37 vem reforçada pelo inciso XXXIII do art. 5 da CFRB/88 que declara o direito de receber informações dos órgãos públicos e pelo inciso LXXII que prevê o habeas data como garantia do direito de conhecer e retificar informações pessoais constantes de entidades governamentais ou de caráter público.

Assim, os interesses manejados são coletivos e visam à satisfação da sociedade.

2.2.5 - Princípio da Eficiência

Incorporado pela Emenda Constitucional n 19/98, veio consagrar o entendimento existente no Superior Tribunal de Justiça de que “a administração Pública é regida por vario princípios [...] dentre eles o principio a eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse publico”.

Di Pietro (1998, p. 73/74) ensina que o princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem e estão a alcançar, advertindo porém que a eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito.

Para Meireles (2001) o princípio da eficiência impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração”.

Ainda para a professora Di Pietro, (2002) o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.

Continua ainda o autor, ao aferir que o estado atue sobre o manto da legalidade, quando se trata de serviço público faz-se necessário uma melhor atuação do agente público, e uma melhor organização e estruturação por parte da administração pública, com o objetivo de produzir resultados positivos e satisfatórios as necessidades da sociedade.

E finaliza ressaltando que o princípio da eficiência deve estar submetido ao princípio da legalidade, pois nunca se poderá justificar a atuação administrativa contrária ao ordenamento jurídico, por mais eficiente que seja, na medida em que ambos os princípios devem atuar de maneira conjunta e não sobrepostas.

2.2.6 - Princípio da Razoabilidade

O Princípio da Razoabilidade caracteriza-se por determinar à Administração Pública, no exercício de faculdades, o dever de atuar em plena conformidade com critérios

racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes. Trata-se de observação de condutas como instrumentos próprios para obtenção de interesses públicos maiores, desde que obedecendo a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida.

Numa mesma linha de raciocínio, o Princípio da Proporcionalidade ou da vedação a excessos vem destacar a ideia de que as consequências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidades proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Desta forma, pode-se afirmar que os meios utilizados ao longo do exercício da atividade administrativa devem ser logicamente adequados aos fins que se pretendem alcançar, com base em padrões aceitos pela sociedade e no que determina o caso concreto.

Os princípios da realidade e razoabilidade estão vinculados com os atos discricionários. O princípio da realidade disciplina a convivência real entre os homens e seus atos devem ser sustentados por uma norma.

O princípio da razoabilidade confere que, a Administração deve atuar de modo racional e afeiçoar ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para tal prática. Aplica-se a todas as situações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas e com avaliação adequada da relação custo-benefício.

Este princípio funciona como meio de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro dos limites razoáveis aos fins públicos, garantindo a legitimidade da ação administrativa.

No âmbito do Direito Administrativo, Carvalho Filho (2005, p. 27) afirma que a razoabilidade vai se atrelar à congruência entre as situações postas e as decisões administrativas. A falta de congruência violaria o princípio da legalidade, havendo ou vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício está no objeto desta.

Bandeira de Mello (2004 p 54), no que diz respeito ao princípio da razoabilidade ainda no âmbito do direito administrativo, afirma:

"que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida". •.

Pode-se observar, portanto, que a discricionariedade não pode se distanciar da lei.

2.3 - ATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 122), ato administrativo é a declaração de vontade, expressa ou tácita, do estado ou de quem lhe faça às vezes, que tenha por fim imediato declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria em fiel observância à lei, com a produção de efeitos jurídicos imediatos e sempre sob a possibilidade do controle jurisdicional.

Dessa forma, no entendimento do autor, na Administração pública brasileira, um ato administrativo é o ato jurídico que concretiza o exercício da função administrativa do Estado. Como todo ato jurídico, constitui, modifica, suspende, revoga situações jurídicas. Em geral, os autores adotam o conceito restrito de ato administrativo, restringindo o uso do conceito aos atos jurídicos individuais e concretos que realizam a função administrativa do Estado. O ato administrativo é a forma jurídica básica estudada pelo direito administrativo.

Segundo o Professor Hely Lopes Meirelles (1995, p. 133), "o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si própria".

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 162/166) o Ato administrativo é a...

...declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, sujeitas a controle de legitimidade por órgão judicial.

Assim, é nesta linha de raciocínio a afirmação legal das ações públicas.

2.3.1- Características de Validade de um Ato Administrativo

A validade de um ato administrativo, por sua natureza, deve revestir-se de competência, finalidade, forma, motivo e conteúdo.

- A Competência é o Conjunto de poderes que a lei confere aos agentes públicos para que exerçam suas funções com eficiência e assim assegurem o interesse público.

A competência é um poder-dever, é uma série de poderes, que o ordenamento outorga aos agentes públicos para que eles possam cumprir a contento seu dever de atingir da melhor forma possível o interesse público, com os seguintes critérios de valoração.

a) Irrenunciabilidade, a mais importante de todas as características desse requisito é a irrenunciabilidade, que tem caráter relativo, e o que a relativiza são os institutos da delegação e avocação.

b) Inderrogabilidade: A competência não pode ser derogada, isto é, a modificação de seu conteúdo ou titularidade não pode ser operada por mero acordo de vontades entre particulares e/ou agentes públicos. Trata-se de uma característica de caráter absoluto.

c) Improrrogabilidade: Veda-se aos agentes públicos que atuem além da lei, ou seja, além das competências previstas em lei. Tem caráter relativo, pois se refere ao exercício da competência (passível de transferência através delegação e avocação) e não à sua titularidade.

d) Imprescritibilidade: As competências devem ser exercidas a qualquer tempo. O agente público é obrigado a exercer suas competências a qualquer tempo, salvo nas hipóteses a que a lei estabelece prazos da administração.

- Finalidade: Deve sempre ser o interesse público. É o objetivo que a administração pretende alcançar com a prática do ato administrativo, sendo aquela que a lei institui explícita ou implicitamente, não sendo cabível que o administrador a substitua por outra.

- Forma: É o revestimento exteriorizador do ato administrativo. Todo ato administrativo é, em princípio, formal.

- Motivo: É a situação de direito ou de fato que autoriza ou determina a realização do ato administrativo, podendo ser expresso em lei (atos vinculados) ou advir do critério do administrador.

- Conteúdo: É o efeito jurídico imediato que o ato deve produzir. Por exemplo, o ato administrativo de demissão produz o desligamento do servidor público.

2.3.2 - Classificação dos Atos Administrativos

No ensinamento de Moraes (2005, P. 131) Os atos administrativos podem ser classificados em discricionários ou vinculados.

Os atos discricionários são atos realizados mediante critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, implicando maior liberdade de atuação da Administração. Em análise sob o ângulo dos requisitos do ato administrativo, competência, finalidade e forma sempre vinculam o administrador, mesmo nos atos discricionários. Assim, apenas motivo e objeto tornam-se mais abertos para a livre decisão do administrador no caso de um ato discricionário.

Os atos administrativos vinculados, ao seu turno, possuem todos os seus requisitos definidos em lei, de modo que não está presente nesses atos o conceito de mérito. Nos atos vinculados, o administrador não tem liberdade de atuação e está rigidamente atrelado ao que dispõe a lei.

A doutrina jurídica brasileira frisa a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade. Mesmo nos atos discricionários, a liberdade de decisão da Administração Pública fica limitada pelas balizas da legislação. Se a apreciação subjetiva do administrador não se ativer aos limites permitidos em lei, tornar-se-á um juízo arbitrário e passível de questionamento.

2.3.3 - Atributos dos Atos Administrativos

Para Moraes (2005, p.124), possuem os atos administrativos os seguintes atributos:

- Presunção de legitimidade: Decorrente do princípio da legalidade da administração, o que faz esta presunção ser inerente ao nascimento do ato administrativo, ou seja, todos os atos nascem com ela. Tal pressuposto faz com que o ônus da prova em questão de invalidade do ato administrativo se transfira para quem a invoca, fazendo que o ato seja de imediata execução, mesmo arguido de vícios que o invalidem.
- Auto-executoriedade: torna possível que a administração execute de imediato o ato administrativo, independentemente de ordem judicial. Existem duas exceções para a não Auto-executoriedade, sendo que uma delas é que tem que haver o processo de execução.
- Imperatividade ou Coercibilidade: impõe a coercibilidade para o cumprimento ou execução do ato administrativo, decorrendo da própria existência do ato, independentemente da declaração de validade ou invalidade daquele.

- Exigibilidade: coerção indireta, no Direito administrativo corresponde à multa.
- Tipicidade: O ato administrativo deve corresponder a tipos previamente definidos pela lei para produzir os efeitos desejados. Assim, para cada caso, há a previsão de uso de certo tipo de ato em espécie. A esse atributo denomina-se tipicidade. A lei deve sempre estabelecer os tipos de atos e suas consequências, garantindo ao particular que a Administração Pública não fará uso de atos inominados, impondo obrigações da forma não prevista na lei. Por igual motivo, busca impedir a existência de atos totalmente discricionários, pois eles sempre deverão obediência aos contornos estipulados em lei, contudo a tipicidade está presente somente nos atos administrativos unilaterais.

2.3.3.1- Objeto

O objeto, segundo Moraes (2005), dos atos administrativos, também chamado de conteúdo do ato administrativo, o objeto guarda semelhança com a finalidade, porém enquanto a finalidade é ampla (interesse público) o objeto é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato. Em outras palavras, o objeto é o efeito imediato pretendido para que o resultado mediato (interesse público) seja alcançado.

Di Pietro (2008) nos ensina que o objeto deve ser lícito (de acordo com a lei), possível (realizável no mundo real e juridicamente), certo (ter destinatários, efeitos, tempo e lugar certos) e moral (de acordo com padrões de comportamento aceitos pela sociedade).

O objeto do ato administrativo pode ser dividido, ainda, em natural ou accidental. O objeto natural é aquele efeito que o ato produz pela própria prática, sem necessidade de expressa menção. Já o objeto accidental é o efeito produzido como consequência de cláusulas acessórias e que gera efeitos no objeto natural.

Constituem o objeto accidental o termo (indicação do dia de início ou de término da eficácia do ato), o modo ou encargo (ônus imposto ao destinatário do ato administrativo) e a condição (subordinação do efeito do ato a evento futuro e incerto). Divide-se em suspensiva e resolutive. A primeira suspende o início da eficácia do ato até que o evento ocorra e a segunda faz cessar a produção de efeitos do ato uma vez ocorrido o evento.

2.3.3.2 - Motivo

Para Di Pietro (2005) é o pressuposto fático e jurídico que dá causa ao ato, ou seja, é a verificação da existência de um dispositivo legal e de fatos concretos que ensejam a prática do ato.

A motivação está ligada aos princípios da transparência e da publicidade. Entretanto, de acordo com a doutrina majoritária, nem todos os atos da Administração precisam de motivação. Somente os atos vinculados devem ser sempre motivados por escrito.

2.3.3.3 - Forma

Para Meirelles (2004) a forma é requisito vinculado e imprescindível à validade do ato. Todo ato administrativo é, em princípio, formal e a forma exigida pela lei quase sempre é a escrita. Diz-se que é quase sempre a forma escrita porque essa é a regra, porém existem exceções, podendo haver ordens exteriorizadas através de sinais luminosos, placas, apitos, gestos, etc.

Lei nº 9.784/99

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

2.4-CLASSIFICAÇÃO QUANTO À SUPREMACIA DO PODER PÚBLICO

2.4.1 - Atos de Império:

Atos onde o poder público age de forma imperativa sobre os administrados, impondo-lhes obrigações, por exemplo. Exemplos de atos de império: a desapropriação e a interdição de atividades.

2.4.2 - Atos de Expediente:

São aqueles destinados a dar andamento aos processos e papéis que tramitam no interior das repartições.

2.4.3 - Os Atos de Gestão

Praticados sob o regime de direito privado. (Ex: contratos de locação em que a Administração é locatária) não são atos administrativos, mas são atos da Administração. Para os autores que consideram o ato administrativo de forma ampla (qualquer ato que seja da administração como sendo administrativo), os atos de gestão são atos administrativos. (Fonte - WIKIPEDIA. Ato administrativo. Arq. Texto. Site WIKIPEDIA, Nov. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_administrativo>. Acesso em: 10 Jun. 2012).

2.5 - CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO REGRAMENTO

2.5.1 - Atos Vinculados

Possui todos seus elementos determinados em lei, não existindo possibilidade de apreciação por parte do administrador quanto à oportunidade ou à conveniência. Cabe ao administrador apenas a verificação da existência de todos os elementos expressos em lei para a prática do ato. Caso todos os elementos estejam presentes, o administrador é obrigado a praticar o ato administrativo; caso contrário, ele estará proibido da prática do ato.

2.5.2 - Atos Discricionários:

O administrador pode decidir sobre o motivo e sobre o objeto do ato, devendo pautar suas escolhas de acordo com as razões de oportunidade e conveniência. [1] A discricionariedade é sempre concedida por lei e deve sempre estar em acordo com o princípio da finalidade pública. O poder judiciário não pode avaliar as razões de conveniência e oportunidade (mérito), apenas a legalidade, os motivos e o conteúdo ou objeto do ato. (FONTE - WIKIPEDIA. Ato administrativo. Arq. Texto. Site WIKIPEDIA, Nov. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_administrativo>. Acesso em: 10 Jun. 2012).

2.6 - CLASSIFICAÇÕES QUANTO À VALIDADE

2.6.1 - Válido

É o que atende a todos os requisitos legais: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Pode estar perfeito, pronto para produzir seus efeitos ou estar pendente de evento futuro.

2.6.2 – Nulo

É o que nasce com vício insanável, ou seja, um defeito que não pode ser corrigido. Não produz qualquer efeito entre as partes. No entanto, em face dos atributos dos atos administrativos, ele deve ser observado até que haja decisão, seja administrativa, seja judicial, declarando sua nulidade, que terá efeito retroativo, desde o início, entre as partes. Por outro lado, deverão ser respeitados os direitos de terceiros de boa-fé que tenham sido atingidos pelo ato nulo. Cite-se a nomeação de um candidato que não tenha nível superior para um cargo que o exija. A partir do reconhecimento do erro, o ato é anulado desde sua origem. Porém, as ações legais eventualmente praticadas por ele durante o período em que atuou permanecerão válidas. . (FONTE - WIKIPEDIA. *Ato administrativo. Arq. Texto. Site WIKIPEDIA, Nov. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_administrativo>. Acesso em: 10 Jun. 2012).*

2.6.3 – Anulável

É o ato que contém defeitos, porém, que podem ser sanados, convalidados. Ressalte-se que, se mantido o defeito, o ato será nulo; se corrigido, poderá ser "salvo" e passar a válido. Atente-se que nem todos os defeitos são sanáveis, mas sim aqueles expressamente previstos em lei e analisados no item seguinte.

2.6.4 – Inexistente

É aquele que apenas aparenta ser um ato administrativo, manifestação de vontade da Administração Pública. São produzidos por alguém que se faz passar por agente público, sem sê-lo, ou que contém um objeto juridicamente impossível. Exemplo do primeiro caso é a multa emitida por falso policial; do segundo, a ordem para matar alguém.

(Fonte - WIKIPEDIA. *Ato administrativo*. Arq. Texto. Site WIKIPEDIA, Nov. 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_administrativo>. Acesso em: 10 jun. 2012).

2.7 - ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo Hely Lopes Meirelles (2006, pag. 133), podemos agrupar os atos administrativos em cinco tipos:

- Atos normativos: são aqueles que contêm um comando geral do Executivo visando ao cumprimento de uma lei. Podem apresentar-se com a característica de generalidade e abstração (decreto geral que regulamenta uma lei), ou individualidade e concreção (decreto de nomeação de um servidor). Segundo Márcio Fernando Elias Rosa é exemplo: regulamento, decreto, regimento e resolução.

- Atos ordinatórios: são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. Emanam do poder hierárquico, isto é, podem ser expedidos por chefes de serviços aos seus subordinados. Logo, não obrigam aos particulares. Segundo Rosa, são exemplos: instruções, avisos, ofícios, portarias, ordens de serviço ou memorandos.

- Atos negociais: são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público. De acordo com Rosa, são exemplos: licença, autorização e permissão.

- Atos enunciativos: são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e ao conteúdo. Segundo Rosa, são exemplos: certidões, atestados e pareceres.

- Atos punitivos: são aqueles que contêm uma sanção imposta pela lei e aplicada pela Administração, visando a punir as infrações administrativas e condutas irregulares de servidores ou de particulares perante a Administração. Segundo Rosa, são exemplos: multa administrativa, interdição administrativa, destruição de coisas e afastamento temporário de cargo ou função pública.

2.8-CONTROLE DOS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Conforme Moraes (2005, p. 136), os atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexistente vontade subjetiva da administração em sua edição.

Todavia, conforme o mesmo autor, em relação aos atos discricionários, torna-se importante a definição dos contornos e amplitude do controle jurisdicional, uma vez que é a própria lei que, explícita ou implicitamente, concede maior liberdade à administração, permitindo-lhe a escolha da conveniência e oportunidade para a edição do ato.

Continua Moraes (2005, p. 137)

Dessa forma, ampliou-se a possibilidade de apreciação dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário, por meio de duas teorias: Teoria do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes.

Pela primeira, o poder judiciário poderá exercer amplo controle sobre os atos administrativos, quando o administrador utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fins diversos daquele que a lei deixou, ou seja, ao utilizar indevidamente os critérios de conveniência e oportunidade, o agente desvia-se da finalidade de persecução do interesse público.

Neste sentido já decidiu o tribunal de justiça de São Paulo, sobre o controle jurisdicional que se restringe ao exame de legalidade do ato administrativo, mas por legalidade ou legitimidade, se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo (TJSP – Ap. Cível 151.580 – Rel. Des. Cardoso Rolim. RDA 89/134).

A segunda, hipótese – Teoria dos Motivos Determinantes é consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, ao proclamar:

É pacífico o entendimento de que a apreciação pelo judiciário dos pressupostos ou motivos determinantes de um ato administrativo vinculado como ocorre na espécie, não importa invasão do juiz discricionário do Poder Executivo, ao apreciar o mérito, senão o exato controle da legalidade do ato. (RTJ 90/120).

Continua Moraes (2005, p. 139), o surgimento do Direito Brasileiro da possibilidade do controle judicial, em relação aos atos discricionários, quando da existência de expressões legais que não apresentam noções precisas tais como interesse público, conveniência administrativa, ordem publica.

Detalha ainda Moraes (2005, p. 139), note-se que nestas hipóteses, permite-se ao poder judiciário definir o real conceito das expressões, de forma a substituir a definição anteriormente dada pela administração por sua própria definição, na hipótese de abusos e arbitrariedades.

Finaliza Moraes (2005, p. 141), que o controle jurisdicional; da discricionariedade do ato administrativo apesar de excepcional e respeitando os atos eminentemente políticos, poderá ser realizado com a finalidade de evitar arbitrariedade e abuso do Poder Publico, buscando sempre a efetividade e preceitos constitucionais da Administração Publica.

2.9 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para Marçal (2010, p. 403), Contrato Administrativo e nos termos do art. 2 da lei 8666/93, todo e qualquer ajuste entre órgão ou entidade da Administração Publica e particulares, em que aja um acordo de vontades para a formação de um vinculo e a estipulação de obrigações recíprocas , seja qual for à denominação utilizada, destinando-se a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal coo definido legislativamente e em que uma das partes atua no exercício da função administrativa.

O contrato administrativo é o instrumento utilizado pela administração pública para estabelecer as regras de relacionamento com seus fornecedores de bens e serviços. Para assegurar o interesse público, o contrato administrativo concede à Administração certas prerrogativas, como as chamadas cláusulas exorbitantes, que asseguram a desigualdade entre os contratantes, deixando de lado os preceitos da teoria do contrato privado.

O regime jurídico público dinâmico do contrato administrativo permite que a Administração o modifique unilateralmente, sem depender do consentimento do particular, com o fim de melhor adequá-lo ao interesse público (Art. 58, I da Lei 8.666/93). (fonte – site da internet - https://www.ufmg.br/dsg/contratos_administrativos.shtml, acessado em 18/06/2012).

Marçal (2005 P. 485), assim se refere:

“... O contrato administrativo identifica-se como o acordo de vontade entre um órgão da administração Pública e um particular, que produz efeitos e obrigações para ao menos uma das partes, [...], Dele deriva uma autorregulamentação da conduta das partes. Mas a ponto de distinção extremamente relevantes entre o contrato no direito privado e o chamado contrato administrativo. A Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução dos objetivos e interesses comum que lhe incumbem. Mas isso não significa que os interesses privados expropriados ou sacrificados em prol de algum “interesse público”, invocados retoricamente pela administração e sem respeito a limites e garantias constitucionais”.

Aos contratos administrativos impostos pela Lei nº 8.666/93, subordina-se além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 1º, parágrafo único).

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

2.9.1 - Características dos Contratos Administrativos

O contrato administrativo tem as seguintes características: formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*. É formal porque deve ser formulado por escrito e nos termos previstos em lei. Oneroso porque há remuneração relativa contraprestação do objeto do contrato. Comutativo porque são as partes do contrato compensadas reciprocamente. *Intuitu personae* consiste na exigência para execução do objeto pelo próprio contratado.

2.9.2 - Cláusulas Contratuais Exorbitantes

Apresentadas as características do contrato administrativo, podemos notar que sua estrutura é semelhante ao contrato regido pelo Direito Privado, cuja teoria geral dos contratos aplica-se subsidiariamente aos contratos administrativos. Hely Lopes Meirelles, São Paulo, 2009, ensina que:

“A instituição do contrato é típica do Direito privado, baseada na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que os princípios gerais dos contratos tanto se aplicam aos contratos privados (civis e comerciais) quanto aos contratos públicos, dos quais são espécies os contratos administrativos, os convênios e consórcios executivos e os acordos internacionais”.

Todavia, o que distingue o contrato administrativo do privado é a supremacia do interesse público sobre o particular, que permite ao Estado certos benefícios sobre o particular que não existe no contrato privado. Estes benefícios ou peculiaridades são denominados pela doutrina de cláusulas exorbitantes e são previstas nos contratos administrativos de forma explícita ou implícita. Vejamos então as principais cláusulas exorbitantes.

2.9.3 - Alteração Unilateral do Contrato

Os contratos administrativos poderão ser alterados unilateralmente, com as devidas justificativas da Administração Pública. Cumpre esclarecer que a alteração unilateral limita-se ao objeto e às cláusulas regulamentares, significando o modo de sua execução do contrato administrativo.

O artigo 65 da Lei n° 8.666/93 traz um rol dos motivos sujeitos a alteração unilateral. Assim, o particular que contrata com o Estado não possuirá direitos imutáveis no que se refere ao objeto e às cláusulas regulamentares.

Todavia, toda e qualquer alteração unilateral do contrato deve conservar o equilíbrio financeiro inicial, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizeram nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos (artigo 65, § 1° e § 2°).

Esclarecemos que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder estes limites, sob pena de nulidade do ato administrativo.

2.9.4 - Equilíbrio Financeiro

Equilíbrio financeiro é a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração pela execução do objeto do contrato. Em outras palavras, equilíbrio financeiro, objetiva a manutenção do equilíbrio econômico inicialmente assumido no contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior ou caso fortuito (artigo 65, § 6º).

Havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, mesmo que a alteração atinja somente o objeto do contrato.

2.9.5 - Reajustamento de Preços

Reajustamento de preços é o aumento do valor pactuado no contrato e previsto no edital de licitação, que visa compensar perda decorrente da desvalorização da moeda ou da elevação dos custos relativos ao objeto.

O índice de reajuste de preço deve ser previsto no edital e no contrato de licitação, sob pena de não alterar esta cláusula até o seu término, pois não trata de faculdade da Administração e sim de acordo contratual que deve ser observado e aplicado quando de sua aquisição.

O reajustamento de preços decorre de hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, como, por exemplo, a desvalorização da moeda ou o aumento real dos custos.

2.9.6 - Exceção de Contrato não Cumprido

A exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – impede ao contratado cessar a execução do objeto contratual por inadimplência do Estado.

O contrato de Direito Privado permite ao contratado a paralisação da execução do objeto por inadimplência do contratante, fato este que o distingue do contrato administrativo porque sempre há, no seu objeto, um serviço de natureza pública outorgada a

um terceiro a sua execução. Assim, em face do princípio da continuidade dos serviços públicos, não permite sua paralisação pelo contratado.

Caso haja prejuízos pela inadimplência do Estado, será o contratado indenizado, se comprovados. O que não se permite é a suspensão da execução dos serviços decorrentes de fatos menores e suportados pelo contratado.

O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, faculta ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação (artigo 78, XV).

2.9.7 - Controle do Contrato

O controle ou fiscalização do contrato compete à Administração e, segundo Hely Lopes Meirelles, consiste em supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato para garantir o seu fiel cumprimento por parte do contratado (artigo 58, III).

2.9.8 - Exigências de Garantia

Poderá a Administração, se prevista no edital de licitação, exigir prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras (artigo 56). As modalidades de garantias apresentadas pela Lei de Licitação são caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. Faculta ao contratado optar por quaisquer destas modalidades (§ 1º).

A garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele (§ 2º). Todavia, se o contrato tiver como objeto obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10 % (dez por cento) do valor do contrato (§ 3º).

Será a garantia prestada pelo contratado restituída após a execução do contrato, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente (§ 4º). (*fonte – site da internet: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1828 – acessado em 18/06/2012*).

2.10 - PODER DISCRICIONÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para normatizar seu funcionamento a legislação infraconstitucional estabeleceu normas exercitivas que visam nortear o administrador publico no desempenho de suas funções.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2005, pg. 93), a Administração Publica.

... deve sobrepor a vontade da lei à vontade do particular dos administrados, de maneira a privilegiar o interesse publico em relação ao interesse individual [...] O ordenamento Jurídico confere a administração uma gama de poderes, a fim de instrumentalizar a realização de suas tarefas administrativas, que são os chamados poderes da administração, os quais somente podem ser exercidos nos limites que a lei lhe conferiu, quais sejam, poder regulamentar, disciplinar, hierárquico e poder de policia.

Poder Regulamentar – é o poder conferido ao Administrador para edição de decretos e regulamentos para oferecer fiel execução à lei.

Poder Hierárquico – é o poder conferido ao administrador para distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e reaver a atuação de seus agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia, de subordinação.

Poder Disciplinar – é o poder conferido à Administração que lhe permite punir, apenar a prática de infrações funcionais dos servidores.

Poder de Polícia – é o poder conferido ao administrador que lhe permite condicionar, restringir, frear o exercício de atividade e direitos pelos particulares em nome do interesse da coletividade.

Complementamos ainda o entendimento, sobre o Poder de Polícia, que nos dizeres também de Alexandre de Moraes (2005 P. 96).

...é a faculdade concedida à administração Publica, para restringir e condicionar o uso e gozo de bens individuais, atividades e direitos individuais em beneficio da coletividade ou do próprio estado, em busca da preservação da ordem pública e do estabelecimento de regras de conduta necessárias e suficientes para evitar e compatibilizar direitos. [...] tem por finalidade promover o bem estar geral, regulamentando o exercício dos

direitos individuais reconhecidos [...], sofre as limitações constitucionais decorrentes da consagração dos direitos e garantias individuais.

Ainda conforme Moraes (2005) dos poderes de que dispõe a Administração Pública, podemos classifica-los em Poder Vinculado e Discricionário; sendo o primeiro, no qual se estabelece um único comportamento possível a ser tomada pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para um juízo de conveniência e oportunidade, situação em que deixado de atender a qualquer dado expresso na lei será nulo, por desvinculado do seu tipo padrão, podendo ser declarado pela Administração de ofício e quando provocado, pelo Judiciário.

Já no segundo, Poder Discricionário o administrador também está subordinado à lei, diferencia do vinculado porque ele tem liberdade para atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, de tal forma que, havendo duas alternativas o administrador pode optar qual delas, no seu entendimento, preserve melhor o interesse público. (MORAES 2005, pg. 97).

Observe-se que existe grande diferença entre discricionariedade e arbitrariedade bem como interesse da administração pública e interesse do integrante da administração pública, e exatamente sobre este desvio de conduta que o poder de polícia agindo de ofício ou provocada deve sempre ser empregado. (MORAES 2005, pg. 97).

Mais profundamente ainda, Moraes (2005, p. 116) nos ensina o princípio da Supremacia do Interesse Público, também conhecido como princípio da finalidade pública, e consiste no direcionamento da atividade e dos serviços públicos a efetividade do bem comum.

2.10.1 - Dos Poderes da Administração Pública Quanto ao Grau de Liberdade

Cabe à administração pública a análise discricionária, da conveniência e oportunidade de realizar os atos físicos da administração, assim nos ditos de Moraes (2005, p. 132), “O ato administrativo vinculado depende da ocorrência de todos os pressupostos previstos em lei, trata-se da vontade objetiva da lei”. É aquele que estabelece um único comportamento possível de ser adotado pela Administração diante de um caso concreto, não há margem de liberdade do administrador.

Já o ato administrativo discricionário Moraes (2005, p.133) “depende da conveniência e oportunidade de realizar atos físicos de administração”. Pois prevê mais de um comportamento possível a ser tomado pelo administrador em um caso concreto, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém sempre dentro dos limites da lei.

Importante ressaltar novamente a lição de Moraes (2005, p. 133), “que não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade, pois mesmo nas hipóteses em que o administrador com sua vontade subjetiva para a prática do ato administrativo contrariar o ordenamento jurídico e respeitar os elementos básicos do ato administrativo”.

2.10.2 - Do Poder Discricionário da Administração Pública

Como conteúdos da definição de discricionariedade, Justem filho (2010, p. 162), trata do assunto da seguinte forma:

É um dos temas centrais do direito administrativo, especialmente em vista da evolução das concepções democráticas de estado. Não haveria necessidade da existência da discricionariedade em um estado autoritário, em que um governo impusesse sua vontade simplesmente por ser o detentor do poder. A afirmação de um Estado Democrático de Direito é a própria existência do Direito Administrativo, conduzem a adoção de um instituto jurídico que venha formalizar e adequar à autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. Esse instituto é a Discricionariedade administrativa.

Alguns autores que se debruçam sobre o assunto, definiram discricionariedade como sendo:

Para Meireles (2007, p.118), o poder discricionário é o que o direito concede a administração, de modo explícito ou implícito para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Para Bandeira de Mello (2007, p. 414), pode ser definida como sendo a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto; segundo critérios subjetivos próprios a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Todavia para Di Pietro (2007, p. 197), discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.

2.10.3 - O Poder Discricionário e os Contratados Pela Administração.

Conforme Moraes (2005, p. 164), o legislador constituinte com a finalidade de preservação dos princípios da Legalidade, Moralidade, Igualdade, Impessoalidade, Probidade e da própria ilecividade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI da Constituição Federal a regra da obrigatoriedade da licitação, [...], as obras, os serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública; que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.

Para Marçal (2010, p. 427), a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Já o Supremo Tribunal Federal, já preocupado com o excesso do poder discricionário da administração, no Resp. 421.946/DF, de relatoria do Ministro Francisco Falcão em 07-02-2006, manifestou-se da seguinte forma: “O poder discricionário da administração esgota-se com a elaboração do edital”. A partir daí a Administração Pública vincula-se estritamente a ele.

3 - CONTRATOS DE SERVIÇOS E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

3.1- ESPÉCIES DE CONTRATOS

No que diz respeito ao direito privado, contrato é o acordo em que duas partes assumem direitos e obrigações recíprocas, ao passo que todo contrato é bilateral, pois depende de vontade livre de ambas das partes. Usualmente prestações para ambas as partes, comutativos, prestações equivalentes.

Nos contratos administrativos, os quais são regidos pelo Direito Público, exalta-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, caracterizado pela presença de cláusulas exorbitantes, disposições estas que seriam consideradas ilegais, até mesmo incomuns, em um contrato regido pelo Direito Privado, sempre tornando a Administração Pública a parte privilegiada nas contratações.

A despeito de esse contrato continuar sendo bilateral, pois sua celebração depende da vontade de ambas as partes, no decorrer de sua execução a Administração pode praticar diversos atos unilaterais, como a alteração e a rescisão.

Assim temos varias espécies de contratos citados a seguir:

3.2 - CONTRATOS DE CONCESSÃO

Nos ensinamentos Meirelles (1993, p. 240), “contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e legais”.

Assim, a concessão pode referir-se a serviço público, a obra pública e ao uso de bens públicos. As concessões de serviços públicos podem ser comuns, previstas na lei geral dos serviços públicos (Lei 8.987/1995) conforme segue:

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Previsto ainda em lei especial de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004).

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro.

Pode-se, então, pontuar que o objeto do contrato de concessão de serviço público é a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada dos usuários.

No que pertine ao contrato de concessão de obra pública, observa-se que trata de uma delegação a um particular da exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, por tarifa (Lei 8.987/95).

Por fim, para Meireles (1993 p. 240) o contrato de concessão de uso de bem público tem por objeto outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo a sua destinação específica, tal como um hotel, restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao Poder concedente. Esta modalidade de contrato pode ser remunerada ou não.

3.3 - CONTRATOS DE GERENCIAMENTO

É o ajuste através do qual a Administração transfere ao contratado o controle, a condução, o gerenciamento de um dado empreendimento, resguardando, no entanto, para si, o poder de decisão.

Nos ensinamentos de Meirelles (2001), colhe-se que nessa moderna modalidade contratual todas as atividades necessárias à implantação do empreendimento são transferidas ao gerenciador (empresa ou profissional habilitado) pela entidade ou órgão interessado, que apenas retém o poder de decisão sobre os trabalhos e propostas apresentados, e, uma vez aprovados, passa a responsabilizar-se pelo seu custo, nas condições ajustadas com seus elaboradores e executores.

Há que se destacar que nesta modalidade, o gerenciador não representa o ente concedente, nem age em seu nome, apenas opera para ele. Ainda conforme Meirelles, não representando o dono da obra, o prestador de serviço de gerenciamento (que denominamos gerenciador para diferenciá-lo do gerente comercial) não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre estes e o dono da obra, nem para impor penalidades aos contratados inadimplentes.

Frise-se que o contrato de gestão foi incluído pela lei entre os serviços técnicos profissionais especializados que admitem a dispensa de licitação.

3.4 - CONTRATOS DE PERMISSÃO

O contrato administrativo de permissão, conceitualmente definido pela Lei Federal n. 8.987/95, destaca-se pelos atributos da unilateralidade, discricionariedade e precariedade. Destaca-se, por oportuno, a previsão do art. 2º, inciso IV da Lei supra:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Ainda, convém transcrever o comando prescrito no art. 40 da mesma Lei:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

Verifica-se, desta feita, que o contrato de permissão é unilateral, de modo que, nessa modalidade de avença, confere-se ao poder público, unilateralmente, a faculdade de modificar as condições pactuadas ou mesmo revogar a permissão sem a possibilidade de oposição do permissionário.

A permissão, seja de serviços públicos, seja de uso de bens públicos, é radicalmente considerada pela doutrina como ato administrativo.

Porém, a Lei 8.987/1995 passou a definir a permissão de serviços públicos como contrato administrativo, tornando-a bastante semelhante à concessão. A diferença fundamental entre ambos os contratos é que a concessão tem prazo determinado e, por isso, a rescisão feita pela Administração Pública sem que haja culpa do administrado é passível de indenização.

Na permissão, o contrato pode ser revogado a qualquer momento pela Administração, sem que o particular tenha direito a indenização.

Além disso, a concessão somente poder ser feita com pessoas jurídicas ou com consórcio de empresas, enquanto que a permissão pode ser feita também com pessoas físicas.

Finalmente, a concessão exige licitação na modalidade concorrência, enquanto que a permissão admite licitação em qualquer modalidade.

Além disso, a permissão de uso de bem público, concebida normalmente como ato administrativo, torna-se contrato administrativo se constitui a espécie “qualificada”, ou seja, quando prevê a realização de benfeitorias pelo permissionário e um prazo de término. Nesse caso, a licitação torna-se obrigatória.

3.5 - CONCESSÃO PERMISSÃO

Ambos têm como objeto o Serviço público, a obra pública e o uso de bens públicos. Serviço público e uso de bens públicos.

Natureza Sempre contratual Contrato (serviços públicos) Permissões de uso de bem público, em regra, manifestam-se por meio de ato administrativo unilateral, discricionário e precário.

Desta sorte, não há falar em procedimento licitatório. Tais permissões não são abrangidas pelo art. 2º da Lei de Licitações.

Entretanto, desviando-se da regra geral, existem as permissões de uso qualificadas. Estas, eis que caracterizadas pela existência da realização de benfeitorias por parte do permissionário e de prazo de término, aproximam-se do instituto da concessão de uso.

A existência de prazo, e também da realização das ditas benfeitorias, faz com que a precariedade do ato diminua, de modo que, como dito, a permissão passe a se assemelhar à concessão de uso. Essas permissões qualificadas, ao contrário das outras, devem ser precedidas de procedimento licitatório. Sofrem, portanto, a incidência do art. 2º da Lei de Licitações.

3.6 - CONVÊNIOS E CONSÓRCIO PÚBLICO

Os convênios administrativos são pactos celebrados por entidades públicas de diversas esferas do Poder Público, podendo haver a participação de entes privados, para o alcance dos objetivos comuns.

Colhe-se da doutrina de Meirelles (2001), convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. (...). Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

É importante destacar que a Lei nº 8.666/93 – (Lei das Licitações), estabelece em seu art. 116, que se aplicam, no couber, as suas regras para a celebração de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, que textualmente transcrevemos:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Por sua vez, os consórcios, nos dizeres do mesmo doutrinador, são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Esta é a única diferença entre as duas modalidades, enquanto convênio pode ser ajustado por entidades diferentes, consórcio será sempre por diferentes entes, aplicando a esta modalidade as mesmas regras aplicáveis aos convênios.

3.7 - ASPECTOS DA LEI 8666/93

Também a lei 8666/93, em seu art. 2º, parágrafo único traz um conceito amplo de contrato administrativo que inclui os acordos nos quais haja interesse de membros da administração.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, sejam qual for a denominação utilizada.

3.8 - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A lei 8666/93, conhecida também como lei das licitações, trata das sanções administrativas a partir da Seção II, especificamente art. 86, parágrafos primeiro a terceiro.

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.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

O art. 87 prevê sanções administrativas aplicáveis ao contratado que descumprir, integral ou parcialmente, o contrato. Essa penalização somente é possível se não houver justificativa plausível para a inadimplência.

O referido artigo 87 da lei 8666/93 prevê as seguintes penalidades:

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

I - advertência;

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

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

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

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

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

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

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

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

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

Como se vê, são normas de sanção em branco, já que não comina a sanção a infração, donde se extrai da literalidade da norma que:

A Advertência, que é uma simples anotação do cometimento de infração administrativa não implica prejuízo imediato para o contratado, mas é fator a ser considerado no caso imposição de novas penalidades, uma vez que o contratado passa a ser considerado reincidente. 1. Não fere direito líquido e certo da parte a aplicação da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/93 quando o vencedor da licitação viola o contrato celebrado sem haver justificativa para tanto. 2. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 21723 / RN).

A Multa, a ser descontada da garantia oferecida pelo contratado, ou, se esta for insuficiente, dos pagamentos a serem efetuados pela Administração. A ação judicial de

cobrança somente será necessária se as duas providências anteriores forem insuficientes. Trata-se, portanto, da única situação em que a cobrança litigiosa de multa é auto executável.

A Suspensão temporária de participação em licitação e proibição de contratar com a Administração, ou seja, com o órgão ou com a entidade que está realizando a licitação, por até dois anos.

Por ultimo, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, ou seja, com todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta de qualquer um dos entes federativos.

Ao contrário da penalidade anterior, sua duração é indefinida e seus efeitos perduram:

I) enquanto mantiverem-se os motivos determinantes da punição; ou

II) até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que determinou a punição, que será concedida depois do pagamento dos prejuízos causados à Administração e após decorrido o prazo da sanção prevista no item anterior, qual seja, dois anos.

Considerando a gravidade da sanção, a lei determina (art. 87, § 3º) que a autoridade competente para aplicá-la é, conforme o caso, o Ministro de Estado ou o Secretário estadual, distrital ou municipal. O interessado pode se defender da cominação no prazo de 10 dias. O art. 97 tipifica o crime “admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”.

3.9 - MOTIVOS DE FORÇA MAIOR

No entendimento de Justem Filho (2005, P. 674), somente incidirão sanções administrativas em caso de inadimplemento culposo. Se havia motivo justificado para o atraso, o particular não poderá ser punido.

Segundo Maria Helena Diniz, (2004), na força maior por ser um fato da natureza, pode-se conhecer o motivo ou a causa que deu origem ao acontecimento, como um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos, etc. Por outro lado o caso fortuito tem origem em causa desconhecida, como um cabo elétrico aéreo que sem saber o motivo se rompe e cai sobre fios telefônicos causando incêndio explosão de caldeira de usina, provocando morte.

Não obstante ilustres doutrinadores contribuírem com diversos conceitos Sílvia Venosa (2008) simplifica ao dizer que não há interesse público na distinção dos conceitos, até porque o Código Civil Brasileiro não fez essa distinção conforme a redação abaixo transcrita:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Neste contexto a emprego dos conceitos doutrinários se dará de acordo com o caso fático.

4 - DISCRICIONARIEDADE E LEGALIDADE

Para Justem Filho (2010 p. 583), o princípio da legalidade é instituto fundamental tanto no direito penal como no direito administrativo. Logo, não se poderia deixar de reconhecer que também o direito administrativo repressivo se submete a tal princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções.

Continua ainda Justem Filho (2010 p. 585), por isso é inconstitucional atribuir a autoridade administrativa autonomia ampla para determinar os elementos necessários à configuração do ilícito e a sanção adequada. Essa solução é incompatível com os Incisos XXXIX e XLVI do art. 5 da Constituição. Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com um mínimo de precisão os pressupostos de cada sanção cominada à lei.

Explica ainda, que é perfeitamente possível que a lei administrativa remeta à avaliação do administrador a aplicação de sanção em vista da gravidade dos elementos apresentados, podendo haver agravantes e atenuantes, previstos em lei e que exigem uma avaliação subjetiva do aplicador. O que não é admissível é o silêncio do legislativo ou uma clausula legislativa geral, delegando a Administração à competência discricionária para determinar os ilícitos e escolher as sanções a eles correspondentes.

José Cretella Júnior (2002), define o poder discricionário como aquele que permite que o agente se oriente livremente com base no binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente o terreno demarcado pela legalidade. O agente seleciona o modo mais adequado de agir tendendo apenas ao elemento fim.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), a discricionariedade não é um poder atribuído em abstrato, mas um modo de disciplinar juridicamente a atividade administrativa. O autor define a discricionariedade como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. Em resumo, é a liberdade circunscrita pela lei. E a lei pode deixar margem de liberdade quanto ao momento da prática, à forma, ao motivo, à finalidade e ao conteúdo.

4.1- DISCRICIONARIEDADES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Justen Filho (2006) define a discricionariedade como um “dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”. Este dever-poder, portanto, não pode ser identificado nem como uma liberdade, nem como uma faculdade a ser exercido segundo juízo de conveniência pessoal. Para o autor “é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao poder público”. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade que se configura no comportamento administrativo que não tenha previsão legal ou que seja contrário à lei existente. “Denomina-se arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica”.

Ainda para Justen Filho (2005 p. 619), que insiste na tese da impossibilidade de atribuição de competência discricionária para a imposição de sanção, mesmo quando tratar-se de responsabilidade administrativa, onde a ausência de discricionariedade refere-se especialmente aos pressupostos da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da hipótese da incidência da sanção. A imposição de sanções administrativa depende da previsão tanto da hipótese da incidência quanto a consequência.

Continua ainda Justen Filho (2005, p. 619), a lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção. É impossível definir os casos de aplicação das diversas sanções, quando muito o inciso II do art. 87 nos remete ao regramento estabelecido no ato convocatório, o que é insuficiente e ofende o princípio da legalidade. Nem mesmo a penalidade de multa não pode ser aplicada se seus pressupostos e sua extensão não forem determinados por lei. Assim, se o edital e o contrato previam uma pena de multa de natureza financeira, deverá reputar-se que a figura terá natureza civil (clausula penal), correspondente a uma predeterminação de perdas e danos.

Finaliza Justen Filho (2005, p. 619), que a variação de gravidade entre as diversas sanções (advertência e inidoneidade para licitar) num mesmo patamar não pode ser remetido à faculdade da administração de quando e como aplicar as sanções previstas no art. 87, pois ofenderia o princípio da legalidade.

Odete Medauar (2001), afirma que a atividade discricionária é uma condição de liberdade limitada, ou seja, configura-se em uma liberdade-vínculo. É uma liberdade onerosa que só pode ser exercida com base na atribuição legal. Existe, portanto, certa margem livre de apreciação de conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis.

Bandeira de Mello (2007) assinala a relatividade da competência discricionária, destacando que o agir discricionário é sempre relativo. É relativo, pois o administrador em todo e qualquer caso é limitado pela lei, sendo que a liberdade conferida só existe na extensão, medidas e modalidades que dela resultem. Ademais, a discricionariedade só pode ser exercida em convergência com a busca da finalidade legal. Além disso, quando decorrente do uso de expressões vagas ou imprecisas, a discricionariedade não pode se desviar do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem. E, finalmente, quando, apesar de a lei definir certa margem de liberdade, esta liberdade pode diminuir ou mesmo desaparecer diante do plano fático no qual a regra deve ser aplicada.

Ainda para o autor, a discricionariedade está estreitamente ligada ao exame de dois planos - o plano da norma jurídica responsável pela existência da liberdade e o plano do caso concreto. No primeiro, há discricionariedade quando a norma não descreve previamente o fato que suscita a atuação do agente ou descreve a situação com palavras de conceitos vagos e imprecisos ou, ainda, confere uma liberdade decisória que enseja exame de oportunidade e conveniência. Porém, o simples exame da norma que confere liberdade administrativa não é suficiente para se concluir que exista discricionação na prática de um determinado ato. A liberdade conferida pela lei ao agente representa o reconhecimento de que é a Administração que está mais bem posicionada para identificar o comportamento ideal e mais apto no caso concreto a atender com perfeição a finalidade da norma. Desta forma, o autor afirma que “a discricionariedade do ato só existe in concreto, ou seja, perante o quadro da realidade fática”.

4.2 - RECURSOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com Moraes (2005, p. 261), o direito de petição nasceu na Inglaterra durante a idade média, por meio do *right of petition*, consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689, onde se permitiu que os súditos dirigissem petições ao rei.

Continua Moraes (2005, p. 261), que no Brasil, A Constituição Federal de 1988, consagrou no art. 5, inciso XXXIV, o direito de petição aos poderes públicos, assegurando a todos, independente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal. A finalidade é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao poder público, para que providencie as medidas adequadas a sua correção.

Os recursos hierárquicos são, no dizer de Hely Lopes (2004), são “aqueles pedidos que as partes dirigem à instância superior da própria Administração, propiciando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos”.

4.3 - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O Estado Democrático de Direito é o desafio jurídico-institucional adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim sendo, estabeleceu-se que “em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, conforme prescreve o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna.

O Processo, seja ele judicial ou administrativo, como instituto submetido aos mandamentos constitucionais, visando a garantir aos litigantes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, só alcançará um resultado final válido, se este for construído de maneira compartilhada entre as partes, em acordo com a argumentação e as provas produzidas pelos partícipes do processo.

Diógenes Gasparini (2000) tem o mesmo entendimento:

“Previamente à revogação deve a autoridade superior comunicar ao vencedor da licitação dessas intenções, para que este, no prazo razoável que lhe for concedido, manifeste, exercendo o contraditório e a ampla defesa, o que for do seu interesse. A prática da revogação sem o atendimento dessas exigências é ilegal”.

Este mesmo entendimento foi positivado na, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe, em seu art. 2º, caput, o seguinte:

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

Assim, a Ampla Defesa só será atingida pelo exercício do contraditório, com a possibilidade de utilização de todos os meios de provas admitidas em direito, bem como a apreciação isonômica da autoridade administrativa julgadora.

4.4 - ESPÉCIES DE RECURSOS, PRAZOS E EFEITOS.

O direito de petição é apontado como um dos fundamentos constitucionais dos recursos administrativos, como nos ensina Di Pietro (2011), “Dentro do direito de petição estão agasalhados inúmeras modalidades de recursos administrativos [...] É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão.”.

Gasparini, (1995, p. 365), relaciona que o direito de petição aparece como um instrumento que propicia à Administração Pública, no sentido objetivo, o reexame de suas próprias decisões e atividades. Elenca ainda como meio: pedido de reconsideração, a reclamação administrativa e o recurso administrativo.

Esses controles, verdadeiros meios de proporcionar o resultado justo e lícito, no entender do autor, pois “proporcionam e viabilizam-se pelos recursos administrativos, isto é, os interpostos no âmbito da entidade responsável pelo ato, decisão ou comportamento impugnado, e mediante ações judiciais, ou seja, as impetradas na esfera judicial contra atos, comportamentos e decisões em razão da ilegalidade que encerram.

Prossegue da seguinte forma:

[...] Observe-se que, independentemente da interposição dessas medias, cabe à entidade licitante revogar e invalidar seus atos sempre que afrontarem o ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da autotutela. Esse comportamento é o que se chama de autocontrole ou controle interno.

4.4.1 – Recursos Administrativos

Recursos administrativos, lato sensu, em termos de licitação, são os instrumentos instauradores do processo de reexame interno de ato, decisão ou comportamento da entidade licitante. Com esse fim específico, aparecem as petições de recurso, de representação e de pedido de reconsideração.

A lei 8.666 de 21 de junho de 1993, em seu art. 109, prevê os recursos administrativos cabíveis dos atos decorrentes da licitação e do contrato, quais sejam: recurso, representação e pedido de reconsideração.

A oposição só pode ocorrer por quem tem legítimo interesse, justificador do ingresso do recurso, na licitação, no contrato ou cadastramento. Assim, têm legítimo interesse:

- O licitante inabilitado pela comissão de licitação (art. 109, I, "a");
- O contratado sancionado com a pena de advertência, suspensão temporária ou de multa;
- O interessado que teve indeferido o pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento pela competente comissão de cadastramento.
- Os interessados externos, no tocante à fiscalização (arts. 4o, 7o, § 8o, 15, § 6o, 41, § 1o).

4.4.2 - Recurso Hierárquico

É o meio adequado para o superior rever o ato, decisão ou comportamento de seu subordinado. Cabe, conforme mandamento legal expresso no art. 109, I, nos casos de: habilitação ou inabilitação; julgamento de propostas; anulação ou revogação da licitação; indeferimento do pedido de inscrição em registro-cadastral, sua alteração ou cancelamento; rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79; aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

Sob pena de decadência, deve ser interposto no prazo de cinco dias (inciso I do art. 109), ressalvados os casos de licitações efetuadas na modalidade de "carta-convite", quando há redução para 2 (dois) dias úteis, conforme § 6o da lei 8.666, com redação dada pela lei 8.883, de 8 de junho de 1994. Em ambos os casos, conta-se a partir da intimação do ato ou da lavratura da ata.

A petição, formalização do ato de impetrar recurso, deve expor os fatos, indicando o direito supostamente violado, bem como requerendo a providência restauradora. Os documentos pertinentes, adequados e comprovadores das alegações devem estar anexos à peça. Como já ressaltado, deve ser a petição dirigida à autoridade competente (§ 4o do art. 109), que comunicará, então, aos demais licitantes integrantes do certame. Esses poderão, como está posto no § 3o do art. 109, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a partir da data da comunicação.

Com fins enfáticos e visando a uma melhor compreensão do procedimento, convém repetir que, diante das disposições previstas no § 4o do art. 109, findo esse prazo, a

autoridade tem cinco dias úteis para reconsiderar sua decisão ou encaminhá-lo à autoridade superior competente para conhecê-lo e dar-lhe ou não o devido provimento. Nesse último caso, dever a autoridade, sob pena de responsabilização, proferir a decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

É o que transcrevemos da lei 8666/93:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

Por conseguinte, quando o recurso for impetrado contra o ato de habilitação ou contra o julgamento terá efeito suspensivo, que pode ser explicado nas palavras de Di Pietro (2000), como "O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente."

Os efeitos recursais para Meireles (2004) são imediatos, e "o efeito suspensivo produz de imediato, a nosso ver, duas consequências fundamentais: o impedimento da fluência do prazo prescricional e a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque ao ato pendente de decisão administrativa".

Ainda neste contexto Di Pietro (2000, p. 578) descreve que ninguém é obrigado a recorrer às vias administrativas de modo que, querendo, pode o interessado deixar exaurir o prazo para recorrer e propor ação judicial, isto porque, exaurido aquele prazo, o ato já começa a causar lesão. A partir daí, começa a correr a prescrição judicial e surge o interesse de agir para ingresso em juízo.

Esse entendimento dos recursos hierárquicos terão efeitos devolutivos. Esse efeito é a qualidade natural que permite, à autoridade competente para conhecê-lo, o poder de rever todo o processado e decidir segundo esse entendimento, ou seja, ele devolve o exame da matéria à autoridade competente para decidir.

Já a redação do § 4o do art. 109, reza que, quando motivado e presentes razões de interesse público, pode a autoridade competente atribuir ao recurso interposto eficácia

suspensiva aos demais recursos, que se provido o recurso, seus efeitos retroagem à data o ato, decisão ou comportamento impugnado.

4.4.3 - Representação

Prevista no inciso II do art. 109 da Lei 8.666/93 é cabível nos casos de decisão relacionada como o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico e pode ser conceituada como a petição dirigida a quem de direito, expondo situação determinada ou geral e solicitando providências na defesa de seus interesses.

Essa modalidade recursal está também prevista no art. 109 da lei 8666/93, em seu inciso II, que assim versa:

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

4.4.4 - Pedido de Reconsideração

Está disposto no inciso III do art. 109 da lei 8.666/93 o pedido de reconsideração,

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4o do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

É imprescindível que seja impetrado por pessoa legítima, ou seja, por quem sofreu a sanção, possuindo para tal o prazo de 10 (dez) dias úteis contados a partir da intimação do ato. Não tem efeito suspensivo, salvo se assim for recebido. Sua interposição é formalizada por petição em que o recorrente expõe os fatos, indica o direito que entende ter sido violado e requer a revisão do ato, decisão ou comportamento impugnado.

As intimações decorrentes dos atos da administração serão feitas através de três modalidades, conforme prevê o parágrafo primeiro do art. 109 da lei 8666/93, a seguir:

§ 1o A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos à advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os

casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

Os efeitos e prazos estão descritos no parágrafo segundo e seguintes também do artigo 109 da lei 8666/93, que se encontra em consonância com as normas gerais de direito:

§ 2o O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3o Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4o O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5o Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6o Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3o deste artigo serão de dois dias úteis. .

4.4.5 – Entendimentos Jurisprudenciais

Não há, na lei, determinação de correspondência entre as infrações praticadas pelo contratado e as respectivas punições. Essa relação é estabelecida em cada contrato, sempre tendo em vista o princípio da proporcionalidade, como já decidiu o STJ (Resp. 914087 / RJ):

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

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

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

(...)

2. O art. 87, da Lei nº 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.

(...)

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas. 2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

(...)

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

(fonte-site da internet:www.stj.jus.br/consulta/jurisprudencia- acessado em 12/10/2012).

Porém, em sentido contrário ao da dicção legal, o STJ considera que os efeitos dessa penalidade abrangem todas as entidades da Administração Pública, de todos os entes federativos.

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido. (Resp. 151567 / RJ).

O Superior Tribunal de Justiça considerou, no entanto, que as implicações não têm efeito imediato, podendo empresa punida continuar a cumprir seus contratos até o final, conforme manifestação jurisprudencial a seguir:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já

existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJ de 09.12.2008).

2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmado pelas impetrantes.

3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (STJ, MS 14002 / DF)

Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

5 - CONCLUSÃO

Do exposto, ao reconhecer a discricionariedade não como atributo do ato administrativo, mas como a competência do agente na prática do ato, supera-se a antítese entre atos vinculados e atos discricionários.

A discricionariedade é a possibilidade garantida pela lei ao agente público para dispor de certa esfera de liberdade no exercício da sua competência, seja na avaliação da existência dos pressupostos que deram ensejo ao ato, para produzi-lo ou não, escolher seu conteúdo, decidir o momento oportuno da sua prática ou selecionar sua forma.

Esta liberdade, porém, deve ser exercida na medida, extensão e modalidade que resultem da norma jurídica que a confere e, ainda, deve ser comportada pela situação concreta.

Desse modo, a discricionariedade apresenta-se não como um poder abstrato concedido ao agente pelo ordenamento jurídico, mas como condição conferida ao agente para que este, no exercício de suas funções, tome a decisão mais adequada ao caso concreto.

Para Justen Filho (2010) “a afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. Esse instituto é a discricionariedade administrativa.

No entanto, no caso específico do art. 87 da lei 8666/93, há que se perceber uma lacuna deixada pela norma, que se afigura como insegurança jurídica para os contratados, frente à possibilidade, pela mais simples conduta julgada inadequada pelo administrador público, ver-se envolvido em processos administrativo das mais diversas peculiaridades, com vista ao final causar-lhe prejuízos financeiros e de perda de patrimônio.

Não resta dúvida que sempre exista a disponibilidade de acesso ao judiciário, o que certamente ocorrerá nos casos em que a discricionariedade conduza à arbitrariedade. Todavia pudemos verificar que a restauração dos direitos da empresa penalizada injustamente não é imediato, mesmo com a manifestação judicial.

Neste sentido, há que se entender, que já houve grande volume de rescisões contratuais, com oneroso procedimento rescisório dos funcionários empregados na execução do contrato rescindido por conta da penalização havida.

Quando vier, e se vier decisão judicial favorável, essa na maioria dos casos se mostra ineficaz, pois já houve os prejuízos decorrentes do encerramento mesmo que temporário, já houve a desmobilização dos equipamentos, e principalmente e muito mais grave, já houve a contratação de outra empresa, normalmente em caráter emergencial.

Essa manobra, com o uso da discricionariedade da administração, tem guarida inclusive através da dispensa de licitação, pois sendo os serviços de natureza contínua, essa conveniência e oportunidade fazem com que o administrador, que é um ente político e que na maioria das vezes ocupa o espaço na administração por indicação daquele que agora será emergencialmente contratado.

Essa contratação enfim se eterniza, pois todos os editais que serão lançados a seguir, sempre conterão erros e vícios, que serão questionados e impugnados, e obviamente enquanto não houver o julgamento das impugnações o contrato emergencial permanecerá vigente.

Essa prática maléfica, claramente fere os princípios da moralidade administrativa, muito embora dentro da legalidade, todavia é o cerne da corrupção dentro das contratações dos serviços públicos, corrupção esta que disfarçada de discricionariedade, provoca e justifica as maiores irregularidades que poderia o poder e a norma regedora proporcionar.

O administrado, que ousa se voltar contra estas atitudes, sistematicamente é segregado da participação em licitações, pois a pecha que lhe foi imposta, “inidôneo”, até o trânsito em julgado judicial que restabeleça seus direitos, continua de ordem pública e não raramente alardeado pelos entes da administração e pelos concorrentes, que ocupam espaço privilegiado nas contratações emergenciais.

Finalmente concluímos, que embora seja um direito disponível, e devidamente positivado pelo legislador, a discricionariedade neste caso específico, nada mais é do que uma norma penal em branco, deixando a cargo do administrador público o poder de pelo simples fato de descumprimento de irrelevantes de parcelas contratuais a aplicação da penalidade máxima, que embora seja arbitrária, se tornará auto executável e por esta razão constamos sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

6.1 – REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

- 1 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- 2 - BRASIL. Lei Federal n. 8666/93 (Brasil 2011).

6.2 – REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

- 1 - ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I. Barcelona, 1970: Bosch, p.54
- 2 - BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 3 - CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 4 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- 5 - _____, Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- 6 - _____, DIREITO ADMINISTRATIVO, 24ª ED. SP, ATLAS, 2011.
- 7 - DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações, v.2. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 8 - GASPARINI, DIÓGENES. DIREITO ADMINISTRATIVO, 6ª. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2001
- 9 - _____. Direito Administrativo. Ed. Saraiva: São Paulo, 1995.
- 10 - JUSTEN FILHO, MARÇAL. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 5ª ED. SP, SARAIVA, 2010.
- 11 - _____, Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006
- 12 - _____, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1995.
- 13 - MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 14 - MEIRELLES, HELY LOPES. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 33ª ED. SP, MALHEIROS, 2007.
- 15 - _____. Direito administrativo brasileiro. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.
- 16 - _____. Licitação e contrato administrativo. Malheiros Editores: São Paulo, 1999.

- 17 - _____, op. cit., p. 134; e Miguel Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 1984,
- 18 - _____Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. São Paulo. 26a Ed. 2001.
- 19 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.
- 20 - _____, Curso de Direito Administrativo. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 21 - _____, Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 22 - _____, “Relatividade” da Competência Discricionária. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998.
- 23 - _____, Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 24 - _____, Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 28 ed. SP, Malheiros 2011.
- 25 - _____, Direito de Construir. 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2000.
- 26 - MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo, 2ª Ed. SP, Atlas, 2005.
- 27 - MOREIRA, Neto e Diogo Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- 28 - SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa. Direito de certidão, vista e intimação. Revista de Direito Público, v.82, p.54.
- 29 - TORRES JESSE PEREIRA JUNIOR, Comentários a Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 7 ed. RJ, Renovar, 2007.
- 30 - Venosa, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, v.2. 5ª Ed., São Paulo, Atlas, 2005.

6.3 - SITES DA INTERNET.

- 1 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm, acessado em 23/10/2011 às 20h30min horas.
- 2 - http://pt.wikipedia.org/wiki/Administra%C3%A7%C3%A3o_p%C3%Bablica acessado em 12/08/2011 às 20h30min horas
- 3 - <http://jus.com.br/revista/texto/7301/a-tutela-juridica-da-hierarquia-e-da-disciplina-militar/5#ixzz1yjuzp9ep> acessado em 03/09/2011 às 20h30min horas
- 4 - <http://jus.com.br/revista/texto/12262/a-edicao-da-sumula-vinculante-no-13-a-luz-do-principio-da-moralidade-administrativa#ixzz1yjqrHRN0> acessado em 25/10/2011 às 20h30min.