

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO SÓCIO-ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thiago Biesus Borsatti

PENALIDADES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS: Uma análise das penalidades aplicadas pelo poder executivo catarinense registradas no CADPEN – Cadastro de Penalidades

Polo Itapema

2021

Thiago Biesus Borsatti

PENALIDADES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS: Uma análise das penalidades aplicadas pelo poder executivo catarinense registradas no CADPEN – Cadastro de Penalidades

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina, CAD 9184 - Trabalho de Conclusão IV como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Administração Pública pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Área de concentração: Gestão Pública

Orientador: Prof. Dr. Lucas dos Santos Matos

Itapema

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor

Borsatti, Thiago Biesus

Penalidades administrativas em contratos: uma análise das penalidades aplicadas pelo poder executivo catarinense registradas no CADPEN - Cadastro de Penalidades / Thiago Biesus Borsatti ; orientador, Lucas dos Santos Matos, 2021.

65 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Socioeconômico, Graduação em Administração Pública, Florianópolis (Polo Itapema), 2021.

Inclui referências.

1. Administração. 2. Estado. 3. Administração Pública. 4. Contratos Administrativos. 5. Penalidades. I. Matos, Lucas dos Santos. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Administração Pública. III. Título.

Thiago Biesus Borsatti

PENALIDADES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS: Uma análise das penalidades aplicadas pelo poder executivo catarinense registradas no CADPEN – Cadastro de Penalidades

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel em Administração Pública e aprovado em sua forma final pelo Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina.

Itapema, 22 de julho de 2021.

Examinadores:

LUCAS DOS SANTOS MATOS

Universidade Federal de Santa Catarina

DAIANA RAFAELA PEDERSINI

Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico este trabalho à minha parceira de vida Bianca, pelo apoio e encorajamento, e a meus pais, pelo estímulo no meu processo de aprendizagem.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me guiar na caminhada e permitir a concretização desse momento.

A professora Helen Fisher Günther e a todos os servidores da UFSC que auxiliaram para que essa etapa fosse vencida.

Ao meu orientador, professor Lucas dos Santos Matos, pelo apoio e considerações.

Aos meus amigos e colegas, pelas palavras de apreço e incentivo.

A todos que participaram, direta ou indiretamente do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, enriquecendo o meu processo de aprendizado.

A prosperidade ou a ruína de um estado depende da moralidade de seus governantes

(Thomas More)

RESUMO

Para que consiga atingir os objetivos traçados em suas políticas públicas, a Administração Pública precisa contratar com a iniciativa privada para a aquisição de materiais e serviços. Para regular essa relação entre as partes surge a figura do contrato administrativo. Nestes contratos, a Administração possui prerrogativas especiais que lhe concedem uma posição de superioridade em relação ao particular. Dentre essas prerrogativas, temos a modificação e rescisão unilateral dos contratos, a fiscalização da execução, a ocupação provisória de bens e serviços e a possibilidade de aplicação de sanções ao contratado. Quando o contratado pela Administração deixa de cumprir com as obrigações assumidas no momento da contratação, surge a necessidade de se aplicar sanções ao contratado inadimplente, que podem ser desde uma advertência por escrito, a multa, a suspensão ou impedimento de licitar e contratar até a declaração de inidoneidade. No Poder Executivo catarinense, para servir de repositório acerca das penalidades aplicadas aos seus fornecedores de materiais e serviços, foi desenvolvido o sistema CADPEN – Cadastro de Penalidades. Através desse sistema, onde os órgãos integrantes do Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços fazem o registro das penalidades, é possível saber quais empresas ou fornecedores que tem deixado de cumprir com suas obrigações e, após o devido processo administrativo, sofrido penalidades aplicadas pelos órgão e entidades da administração estadual. No presente estudo, buscamos fazer um levantamento para identificar quais as penalidades mais aplicadas aos fornecedores no período pesquisado, avaliando qual o dispositivo legal mais utilizado para aplicação da penalidade e também identificar quais os órgãos que tem aplicado mais penalidades aos seus fornecedores. Através de um levantamento bibliográfico, são apresentados os principais elementos caracterizadores dos contratos administrativos e os principais princípios aplicados aos ajustes da Administração com o particular. Também se buscou identificar os principais elementos da fiscalização contratual e um levantamento das penalidades previstas na legislação possíveis de serem aplicadas aos fornecedores em caso de inadimplência contratual. Através dos registros do CADPEN – Cadastro de Penalidades, foram verificadas as penalidades mais recorrentes e também quais órgãos tem maiores quantidades de registros no sistema, para através do mapeamento entender as ocorrências relacionadas com a inadimplência contratual.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Fiscalização Contratual. Penalidades.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Quantidade de penalidades registradas por tipo.....	49
Gráfico 2 – Quantidade de penalidades de Advertência registradas por órgão sancionador ...	50
Gráfico 3 – Quantidade de penalidades de Multa registradas por órgão sancionador.....	51
Gráfico 4 – Quantidade de penalidades de Suspensão do direito de licitar e contratar registradas por órgão sancionador	52
Gráfico 5 – Quantidade de penalidades de Impedimento de licitar e contratar (pregão) registradas por órgão sancionador	53

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Tipos de penalidades e limites	44
Quadro 2 – Abrangência das penalidades	45

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Quantidade de penalidades registradas por tipo	49
Tabela 2 – Quantidade de penalidades de Advertência registradas por órgão sancionador	50
Tabela 3 – Quantidade de penalidades de Multa registradas por órgão sancionador	51
Tabela 4 – Quantidade de penalidades de Suspensão do direito de licitar e contratar registradas por órgão sancionador	52
Tabela 5 – Quantidade de penalidades de Impedimento de licitar e contratar (pregão) registradas por órgão sancionador	53

LISTA DE SIGLAS

AC – Acórdão

CADPEN – Cadastro de Penalidades

CEIS – Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas

CF – Constituição Federal de 1.988

CND – Certidão Negativa de Débito

CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

IN – Instrução Normativa

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

SAGMS – Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços

SEA – Secretaria de Estado da Administração

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

SUCAFO – Superintendência do Cadastro de Fornecedores

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
1.1. TEMA E PROBLEMA DE PESQUISA	14
1.2. OBJETIVOS	15
1.2.1. Objetivo Geral	16
1.2.2. Objetivos Específicos	16
1.3. JUSTIFICATIVA.....	16
1.4. ESTRUTURA DO TRABALHO.....	17
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	19
2.1. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	19
2.1.1. Conceito e Princípios	19
2.1.2. Da Fiscalização Dos Contratos	27
2.1.3. Das Penalidades	35
2.1.3.1. Das Penalidades da Lei de Licitações (8.666/93) e da Lei do Pregão (10.520/2002)	35
2.1.3.2. Outras Penalidades Administrativas.....	41
2.1.3.3. Penalidades na Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021).....	43
2.1.3.4. Quadro Resumo das Penalidades.....	46
3. METODOLOGIA DA PESQUISA.....	47
3.1. CARACTERIZAÇÃO DA PESQUISA.....	47
3.2. UNIVERSO E AMOSTRA.....	47
3.3. COLETA E ANÁLISE DE DADOS	48
3.4. LIMITAÇÕES DA PESQUISA.....	48
4. RESULTADOS DA PESQUISA	50
5. REFLEXÕES SOBRE OS RESULTADOS.....	59
6. CONCLUSÃO	61

1. INTRODUÇÃO

1.1. TEMA E PROBLEMA DE PESQUISA

No universo das contratações públicas, o ordenamento jurídico-administrativo concedeu aos órgãos da administração pública prerrogativas que favorecem o ente estatal em relação ao particular contratado pela Administração. Essas prerrogativas, chamadas de cláusulas exorbitantes, buscam preservar o erário e aumentar a segurança das contratações públicas, dando ao contratante a possibilidade de imposição de obrigações que não seriam válidas em contratos regidos pelo Direito Privado.

Dentre as cláusulas exorbitantes, destaca-se a da aplicação de penalidades contratuais aos fornecedores em virtude de descumprimentos do contrato. Com tais penalidades, busca a Administração influenciar os seus fornecedores a não deixarem de cumprir os deveres assumidos na contratação, já que o não cumprimento dos deveres assumidos pelos fornecedores geram prejuízos que são suportados por toda a sociedade, muitas vezes impossibilitando a prestação dos serviços públicos de forma satisfatória.

As penalidades que podem ser aplicadas pela Administração Pública em decorrência de inadimplência contratual são a Advertência, a Multa, a Suspensão ou Impedimento de licitar e contratar com o poder público e a Declaração de Inidoneidade, cada uma com suas consequências ao contratado conforme a gravidade do descumprimento contratual (art. 87 da Lei 8.666/93 e art. 7º da Lei 10.520/2002).

Nesse cenário, buscamos identificar e quantificar quais as penalidades aplicadas pelos órgãos e entidades do poder executivo do governo do estado de Santa Catarina em suas contratações de materiais e serviços, através de um levantamento das penalidades inseridas no CADPEN – Cadastro de Penalidades do Estado de Santa Catarina até o dia 1º de abril de 2021.

Através da Instrução Normativa nº 11/2019, publicada em 22 de outubro de 2019, o estado de Santa Catarina instituiu o CADPEN – Cadastro de Penalidades, que tem como finalidade reunir as penalidades aplicadas pelos diversos órgãos e entidades que compõem o SAGMS – Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços, cujas regras para a contratação de materiais e serviços seguem o Decreto Estadual nº 2.617/2009.

No Capítulo VIII do Decreto estão previstas as sanções a serem aplicadas aos fornecedores que não cumprirem com suas obrigações contratuais, determinando em seu art. 108 que:

Art. 108. As empresas que não cumprirem as obrigações assumidas na fase licitatória e/ou de execução do contrato estão sujeitas às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária, não superior a 5 (cinco) anos, na modalidade de pregão, e não superior a 2 (dois) anos para as demais modalidades, aplicada segundo a natureza e a gravidade da falta cometida; e

IV - declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública.

Estas previsões de penalidades seguem a referência da legislação federal, que define, na Lei nº 8.666/93, que é a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, e, na Lei nº 10.520/2002, que é a Lei do Pregão, tais penalidades aos fornecedores que deixarem de cumprir com suas obrigações, seja na fase contratual ou na fase de licitação.

Após oportunizada a defesa do contratado, cabe ao ordenador da despesa contratante a definição da penalidade a ser aplicada, que será devidamente publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina e também inscrita no CADPEN – Cadastro de Penalidades, mantido pela SEA – Secretaria de Estado da Administração.

Até a instituição do Cadastro de Penalidades, não havia nenhum controle centralizado das penalidades aplicadas aos fornecedores, sendo que apenas em caso de penalidades que restringiam a participação do fornecedor em licitações ou impedia a contratação registradas na Superintendência do Cadastro de Fornecedores - SUCAFO, que também é vinculada à Secretaria de Estado da Administração.

Nesse sentido, a partir das informações inseridas pelos órgãos no CADPEN, surge a oportunidade de fazer um levantamento da quantidade e do tipo de penalidades aplicadas aos fornecedores do estado de Santa Catarina após a implantação deste sistema, que centralizou as informações em um repositório único.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo Geral

Identificar e quantificar as penalidades aplicadas pelos órgãos do poder executivo do governo do estado de Santa Catarina aos seus fornecedores de materiais e serviços cadastradas no sistema CADPEN – Cadastro de Penalidades.

1.2.2. Objetivos Específicos

a) Identificar qual o tipo de penalidade mais aplicada pelos órgãos de governo aos seus fornecedores;

b) Avaliar qual dispositivo legal é o mais utilizado para aplicação de penalidades nos contratos administrativo do governo estadual;

c) Verificar qual o órgão ou entidade que mais possui penalidades aplicadas aos seus fornecedores no período pesquisado;

d) Proceder a uma análise crítica em relação aos dados levantados, com proposições para aperfeiçoamento do sistema CADPEN.

1.3. JUSTIFICATIVA

Toda contratação feita pelos órgãos públicos tem uma finalidade e um custo envolvido. Esta finalidade sempre deverá estar alinhada ao interesse público, e, por consequência, legitimar o gasto público correspondente.

Ao assumir uma contratação pública, o fornecedor passa a ser também responsável pelo atingimento do resultado esperado pelo órgão público, servindo de intermediário para a consecução do fim público que justificou a contratação.

Nesse cenário, o interesse dos órgãos e entidades contratantes é o de que todas as obrigações assumidas sejam cumpridas a seu tempo e modo, para que então o resultado esperado aconteça e a política pública relacionada seja atingida.

Como as penalidades são consequências de descumprimentos contratuais, não é do interesse público a aplicação de sanções aos fornecedores, já que tais penalidades surgem em virtude de um descumprimento, ou seja, um resultado esperado que deixou de se concretizar. O interesse público primordial é o completo cumprimento pelo contratado das cláusulas

contratuais, com as entregas sendo efetuadas dentro dos padrões de qualidade, quantidade e prazos previamente estabelecidos e assumidos na avença.

Caso o fornecedor descumpra suas obrigações, surge do ente estatal contratante o poder-dever de utilizar-se dos meios disponíveis para que o fornecedor as execute, e surge dentre as alternativas a aplicação de penalidades contratuais caso não haja cumprimento da entrega dos bens ou serviços contratados.

O trabalho busca trazer os principais elementos que caracterizam um contrato administrativo, seus elementos caracterizadores e suas principais diferenças em relação ao contrato privado. Busca demonstrar a existência de prerrogativas por parte da Administração Pública, quanto atuando em contratos de direito público, e dentre tais prerrogativas explicar as principais previsões legais relacionadas a penalidades em contratos administrativos.

Também destaca a importância da fiscalização da execução contratual, já que é na figura do fiscal que são verificados se os requisitos da contratação e as obrigações contratuais estão sendo executadas de maneira satisfatória, validando o recebimento do fiscal certificador deste recebimento do objeto.

Busca também identificar as penalidades previstas e que podem ser aplicadas nas contratações públicas, sempre que o fornecedor deixar de cumprir com suas obrigações contratuais, recebendo então uma punição pelo inadimplemento, que vai se tornando mais severo a partir da recorrência de falhas na execução do contrato.

Através de consulta ao sistema CADPEN – Cadastro de Penalidades, teremos um panorama das penalidades mais aplicadas aos fornecedores de materiais e serviços para a administração estadual, identificando qual a penalidade de maior recorrência e quais os órgãos que mais aplicam penalidades aos seus fornecedores.

1.4. ESTRUTURA DO TRABALHO

A primeira seção do trabalho traz o tema e problema de pesquisa, com os objetivos, a justificativa e a estrutura do trabalho.

A segunda seção traz a fundamentação teórica, com a primeira subseção evidenciando a caracterização do contrato administrativo e a existência de prerrogativas especiais da Administração em relação ao contratado, que envolvem a modificação e rescisão unilateral do

contrato, a fiscalização da execução, a aplicação de penalidades e a excepcional ocupação provisória de bens e serviços em caso de falhas graves do contratado na prestação de serviços essenciais e também são apresentadas as características e os principais princípios aplicáveis aos contratos administrativos.

Na subseção 2, ainda sobre a fundamentação teórica, destaca-se a importância da fiscalização contratual e da figura do fiscal - agente que será o principal responsável por registrar os problemas encontrados durante a execução contratual e que irá identificar a necessidade da penalização do fornecedor.

Na terceira subseção da fundamentação teórica são elencadas as penalidades a que os fornecedores estão sujeitos decorrentes da inadimplência contratual, com destaque para as penalidades previstas na lei de licitações e contratos, na lei do pregão, na lei anticorrupção e na lei de improbidade administrativa, uma breve análise das penalidades previstas na nova lei de licitações e contratos recentemente aprovada (Lei 14.133, de 1º de abril de 2021) e um quadro-resumo das penalidades e sua abrangência.

Na terceira seção é apresentada a metodologia da pesquisa, com sua caracterização, universo e amostra, coleta e análise dos dados e limitações da pesquisa. Nesta seção são apresentados os processos que foram executados para a conclusão da pesquisa.

Na quarta seção são apresentados os resultados da pesquisa, com o levantamento das penalidades cadastradas no CADPEN, com informações sobre qual o órgão do SAGMS que aplicou a penalidade, o tipo de penalidade aplicada, o fundamento legal e a pessoas física ou jurídica destinatárias da penalidade.

Na quinta seção é feita uma breve reflexão sobre os resultados e na sexta seção é apresentada conclusão, conforme os dados coletados. Por fim, são apresentadas as referências bibliográficas que alicerçam a pesquisa.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1.1. Conceito e Princípios

Os contratos são entendidos como a relação jurídica formada por um acordo de vontades, e onde são definidas obrigações recíprocas e na qual não cabe a nenhum dos contratantes alterar ou extinguir o que foi combinado, sendo uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes (MELLO, 2010, p. 614).

Nesta perspectiva, todos os contratos são atos de vontade dos contratantes, que reciprocamente assumem compromissos entre si. Quando os órgãos da Administração Pública assumem compromissos com particulares, tais instrumentos podem tanto seguirem o regime jurídico de direito público, quanto de direito privado, dependendo do objeto e do interesse envolvidos.

Seguindo este entendimento, Di Pietro (2011, p. 254) declara que:

A expressão contratos da Administração é utilizada em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Nos contratos em que a Administração contratante age com as mesmas prerrogativas do particular, a relação jurídica se apresenta como horizontal, não havendo supremacia da Administração em relação ao particular. Já nos contratos em que a Administração atua visando um interesse coletivo, e na qual são pactuados e regidos pelo direito público, a relação passa a ser vertical, passando a Administração a ter prerrogativas especiais e tendo o contrato a possibilidade de previsão de cláusulas exorbitantes, e desta forma ficam caracterizados como contratos administrativos (DI PIETRO, 2011).

Para Hely Lopes Meireles (2016, p. 240), é esta capacidade da Administração impor as cláusulas do ajuste é que o define como contrato administrativo, já que “[...] o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na

relação jurídica com *supremacia de poder* para fixar as condições iniciais do ajuste”, e ainda complementa que “[...] a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo”.

Essa perspectiva vertical é a que é abordada neste estudo, pois os contratos administrativos são instrumentos jurídicos que viabilizam aos entes públicos a busca pelo atingimento das políticas públicas e o atendimento aos anseios da sociedade, definidos através de decisões políticas de gestores e seguindo normas definidas pelos poderes legislativos federal, estaduais e municipais.

Neste sentido, toda a contratação pública decorre de um interesse público e os produtos ou serviços adquiridos pelo estado devem cumprir com sua função e atender ao interesse coletivo. Assim, qualquer inadimplemento provocado pelo contratado gera consequências e prejuízos aos entes públicos, que muitas vezes precisam recomeçar um processo de aquisição pela falha do fornecedor em cumprir com suas obrigações.

Considerando que estes contratos são regidos pelos princípios e regras de direito público, a aplicação de penalidades em contratos administrativos não é uma liberalidade do gestor, e sim um compromisso para que os prejuízos causados sejam reparados, bem como o fornecedor já sabidamente não cumpridor de suas obrigações não seja novamente contratado para evitar maiores prejuízos à Administração.

A Administração Pública brasileira possui uma série de regramentos legais que informam os limites de atuação do Estado frente aos particulares, e nesse contexto a Constituição Federal, ao tratar das compras públicas, traz a regra que:

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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Após a devida realização do procedimento licitatório ou sua justificada dispensa, cabe à Administração a assinatura do contrato administrativo, que definirão o objeto e os detalhes do fornecimento, devendo possuir cláusulas essenciais definidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93).

Esta lei, que define normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, é aplicado para obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atingindo os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades que sejam controladas direta ou indiretamente por quaisquer dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Na norma, dentre as chamadas cláusulas essenciais dos contratos, no inciso VII do art. 55 consta que:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

Desta forma, todos os contratos administrativos definem quais as penalidades a que está sujeito o contratado em caso de inadimplências, sejam em virtude de não entrega, atrasos, má qualidade do material ou serviço, dentre outras.

Cabe destaque também a previsão legal que concede a prerrogativa à Administração de fiscalizar o contrato e, a partir das conclusões do fiscal ou gestor, aplicar sanções aos contratados por sua inexecução. Dispõem o art. 58 da Lei de Licitações:

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

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

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

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

A prerrogativa concedida para a Administração aplicar sanções aos contratados inadimplentes decorre destas chamadas cláusulas exorbitantes, que desequilibram a relação contratual em virtude da supremacia do interesse público, dando à Administração poderes que o contratado não tem.

Acerca do tema, Di Pietro (2011, p. 264) destaca que “no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum”, são apontadas as seguintes características:

1. Presença da Administração Pública como Poder Público;
2. Finalidade pública;
3. Obediência à forma prescrita em lei;
4. Procedimento legal;
5. Natureza de contrato de adesão;
6. Natureza *intuitu personae*;
7. Presença de cláusulas exorbitantes;
8. Mutabilidade. (DI PIETRO, 2011, p. 264)

Assim, os contratos administrativos carregam características exclusivas e que, dentre elas, buscando preservar o interesse público, trazem a definição de penalidades como instrumento para a integral execução das obrigações do contratado.

As aplicações destas penalidades também devem sempre ser precedidas de processo administrativo, onde o contratado poderá apresentar suas justificativas pelo inadimplemento contratual, e também para a correta graduação da pena a ser aplicada, já que a inadimplência pode gerar desde apenas uma advertência por escrito até a decretação da inidoneidade do contratado, causando o impedimento de contratar com a Administração Pública por, no mínimo, 2 (dois) anos (MEIRELES, 2016).

Conforme ensinamentos de Carvalho Filho (2011), a iniciativa de aplicação de penalidades decorrentes de descumprimentos contratuais ou atitudes previstas como ensejadoras de penalidades são obrigatórias ao gestor público, tendo em vista a irrenunciabilidade e indisponibilidade do interesse público, destacando que:

Quando um poder jurídico é conferido a alguém, pode ele ser exercitado ou não, já que se trata de mera faculdade de agir. Essa a regra geral. Seu fundamento está na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta reflexos na esfera jurídica do próprio titular.

O mesmo não se passa no âmbito do direito público. Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade.

[...]

Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes (CARVALHO FILHO, 2011, p. 66).

Assim, embora haja certa discricionariedade da Administração em analisar qual das penalidades a ser aplicada, dependendo do tipo de inadimplência ocorrida bem como o grau de culpa do contratado no cometimento da infração, a aplicação da penalidade em caso de culpa do contratado é de natureza vinculada, não cabendo ao gestor abdicar da aplicação da penalidade sem que haja justo motivo e interesse público.

Para que os contratos administrativos atinjam suas finalidades, existem princípios a serem observados pelas partes na execução destes compromissos. Além dos princípios constitucionais expressos relacionados à Administração Pública, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, a teoria dos contratos administrativos prevê outros relacionados às compras públicas e que se aplicam aos contratos do poder público.

Como a Administração possui prerrogativas especiais, surgem princípios que limitam a aplicação destas prerrogativas, já que o contratado não pode ficar sujeito a um poder ilimitado por parte do gestor público.

Acerca destes princípios não expressos na Constituição Federal, Leandro Sarai (2005), pondera que:

Além desses princípios expressos na Constituição da República, a doutrina aponta ainda a supremacia do interesse público sobre o privado (MELLO, 2003, p. 87; MELLO FIGUEIREDO, 2001, p. 65; DI PIETRO, 2003, p. 68; MEDAUAR, 1998, p. 141), a indisponibilidade do interesse público (MEDAUAR, 1998, p.141; FIGUEIREDO, 2001, p. 66), motivação (FIGUEIREDO, 2001, p. 51, DI PIETRO, 2003, p. 82, MELLO, 2003, p. 102), razoabilidade (FIGUEIREDO, 2001, p. 50; DI PIETRO, 2003, p. 80, MELLO, 2003, p.99), proporcionalidade (MELLO, 2003, p. 101), isonomia (FIGUEIREDO, 2001, p. 47), finalidade (MELLO, 2003, p. 97; GASPARINI, 2002, p.13), devido processo legal e ampla defesa (MELLO, 2003, p.105), controle judicial dos atos administrativos (MELLO, 2003, p. 110), responsabilidade do Estado por atos administrativos (MELLO, 2003, p.110), segurança jurídica (MELLO, 2003, p.112).

Nota-se a divergência entre os princípios apontados. Mesmo o sentido que a eles é atribuído varia de autor para autor. (SARAI, 2005).

Pelo princípio da Legalidade, cabe à Administração fazer apenas o que lhe é autorizado por lei, sem extrapolar a autorização dada por via legislativa. A aplicação deste

princípio nos contratos administrativos decorre, além das normas de contratação, que as aquisições sigam o previsto em lei nos planos orçamentários, como o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

Decorrentes do princípio da legalidade, surgem o devido processo legal e a ampla defesa. Tais princípios garantem que não haverá legitimidade da Administração sem que sejam seguidas as regras definidas acerca do andamento dos processos administrativos, dentre eles o que define penalidades contratuais, bem como a ampla defesa, que permite ao contratado trazer seus elementos de fato e de direito para contrapor a versão do fiscal do contrato, para que a penalidade imposta seja a mais adequada.

Acerca destes importantes princípios, Marinela (2013, p. 52) traz o ensinamento que:

- Para sua verdadeira aplicação, algumas regras devem ser observadas:
- a) o caráter prévio da defesa: e a anterioridade da defesa em relação ao ato decisório, exigindo-se procedimentos e penas predeterminados, para que a parte saiba exatamente como e do que deve se defender;
 - b) o direito a informação geral decorrente do contraditório, o acesso ao processo, além do direito de cópias desde que as despesas corram a cargo do interessado;
 - c) o direito de solicitar a produção de provas, vê-las realizadas e interferindo efetivamente no convencimento do julgador;
 - d) a defesa técnica: seria aquela realizada pelo representante legal do interessado, o advogado, que contribui substancialmente para o equilíbrio e a legalidade do processo, mas tem presença facultativa. A situação ganha mais discussão no que diz respeito ao processo administrativo disciplinar, mas, ainda assim, hoje, a sua presença é uma escolha da parte, resultado da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que diz: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”;
 - e) o direito de interpor recurso administrativo, independentemente de previsão explícita em lei, com a aplicação da parte final do art. 5º, inciso LV, que garante esse direito, além do exercício do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, alínea a, todos da CF.

Decorrente também do princípio da legalidade, também é aplicável na Administração Pública o princípio da autotutela. Por esse princípio, a Administração pode rever os seus atos quando identificadas falhas ou irregularidades, podendo revogar seus atos quando não mais oportunos ou convenientes ou anulá-los quando identificados vícios insanáveis (ilegalidade).

Outro princípio previsto expressamente é o da impessoalidade. Sobre o tema, Meireles (2016) esclarece que:

O princípio da *impessoalidade* referido na Constituição/88 (art. 37, *caput*), nada mais é do que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o *seu fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*.

Este princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 12). (MEIRELES, 2016, p. 97)

Mais adiante, acerca da finalidade destaca que para ter validade o “[...] ato seja praticado sempre com finalidade pública” (MEIRELES, 2016, p. 98) e que a falta deste interesse público ou conveniência da Administração, na qual busca satisfazer a interesses particulares, configura desvio de finalidade.

Outro princípio expresso no texto constitucional é o princípio da moralidade. Importante destacar que a moralidade exigida aos administradores públicos vai além da moralidade privada, sendo maior que a noção da moralidade individual do indivíduo ou do administrador. Mesmo que individualmente o gestor tenha dúvida acerca de uma atitude, a mesma deverá ser exercida se decorrente da moralidade administrativa.

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador (MARINELA, 2013, p. 39).

Para que haja fiscalização acerca das ações e despesas públicas, outro princípio que rege as atividades administrativas é o princípio da publicidade. Através dele, busca-se a necessária transparência nas ações, sendo aplicado o sigilo apenas nas hipóteses previstas em lei.

Nos contratos administrativos, há previsão expressa de que se o contrato não for publicado na forma prevista em lei (também em decorrência do seu aspecto formal), ocorre a sua nulidade e não produzirá efeitos, servindo também de garantia quanto a eventuais abusos na contratação (art. 61 da Lei 8.666/93).

A eficiência é outro princípio que foi incluído ao texto constitucional para a defesa dos interesses da sociedade. Segundo Carvalho Filho (2011, p. 52) “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

A motivação dos atos administrativos, entre eles os relativos às contratações públicas, é condição essencial a exposição dos fundamentos que levaram o gestor a tomar uma decisão. Nesse sentido, deve expor as circunstâncias de fato e as normas aplicáveis ao caso que levaram aquela decisão. Nas palavras de Meireles (2016, p. 110) “pela motivação o administrador justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática”.

Já a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios que buscam limitar e legitimar a decisão estatal, sendo complementares entre si. Enquanto a razoabilidade busca a coerência lógica entre os fatos e a decisão administrativa relacionada, enquanto a proporcionalidade busca a adequação entre os meios e fins da decisão. Acerca da razoabilidade, Marinela (2013, p. 56) destaca que:

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

E sobre a proporcionalidade, Carvalho Filho (2011, p. 64) traz importante entendimento, ao explicitar os limites buscados pela aplicação deste princípio, discorrendo que:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Outro princípio que orienta a Administração Pública é o princípio da isonomia, que ampliando o princípio da igualdade, orienta no sentido de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Assim, requer que o administrador dê tratamento igualitário a todos, sem distinções injustificadas e discriminatórias. Para compreender a aplicação deste princípio ao caso concreto, Marinela (2013, p. 47) expõe o seguinte entendimento:

Com o propósito de facilitar a aplicação desse princípio, verificando se há ou não a sua violação, é possível utilizar-se de dois elementos: primeiro, identificar qual é o fator de discriminação e, em seguida, verificar se esse fator de exclusão está ou não de acordo com o objetivo da norma. Quando o fator de discriminação utilizado no caso concreto estiver compatível com o objetivo da norma, não há violação do princípio da igualdade e a exclusão é válida. De outro lado, o inverso não é verdadeiro, havendo desobediência a isonomia se a regra de exclusão estiver incoerente com a norma (MARINELA, 2013, p. 47).

Diversos são os princípios que norteiam a atividades administrativa, sendo mostrados aqui alguns dos que são mais citados em pesquisas doutrinárias acerca das atividades administrativas.

Conforme se amplia as discussões e as complexidades da sociedade moderna, novos princípios deverão surgir para auxiliar o administrador público nas suas tomadas de decisão, trazendo novas referências e elementos para a compreensão do princípio norteador de todos os demais, que é a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

2.1.2. Da Fiscalização Dos Contratos

O acompanhamento da execução do contrato é uma das funções administrativas essenciais para que se possa verificar o atendimento do interesse público no cumprimento das obrigações pelo contratado, e compreendem a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais (MEIRELLES, 2016, p. 258).

A fiscalização dos contratos administrativos tem a finalidade de assegurar a exata correspondência da entrega feita pelo contratado com as exigências ou o projeto pré-estabelecidos, e “[...] abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento” (MEIRELLES, 2016, p. 258).

Para que a fiscalização atinja seus objetivos, não cabe apenas a análise das questões legais, devendo ser feita uma ampla avaliação acerca do objeto contratado. Conjuntamente com os aspectos formais, a fiscalização deve analisar também as dimensões de eficiência, eficácia e efetividade, para que se possa verificar se os resultados esperados estão sendo alcançados através da contratação.

A Lei de Licitações traz em seu art. 67 a obrigatoriedade da designação de fiscal de acompanhamento do contrato, indicando que:

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

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário a regularização das faltas ou defeitos observados, ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores” (DI PIETRO, 2011, p. 275).

No mesmo sentido, manifesta-se Fernanda Marinela:

A fiscalização é o poder-dever da Administração de fiscalizar efetivamente a execução do contrato administrativo e está previsto no art. 67 da mencionada lei, ao exigir que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-la e subsidiá-la de informações pertinentes a essa atribuição. Todas as ocorrências devem ser registradas, devendo a autoridade determinar a regularização de possíveis falhas e defeitos, como também comunicar a autoridade competente, quando a medida extrapolar a sua esfera de competência (MARINELA, 2013, p. 472).

Considerando a previsão legal, a designação do fiscal é uma obrigação da Administração, sendo a pessoa que irá certificar a correta entrega do objeto contratado e o efetivo recebimento do objeto contratado. Augustinho Paludo destaca que:

a fiscalização da execução dos contratos não se insere na discricionariedade administrativa, mas consiste numa obrigação de velar para que a execução atenda os requisitos de qualidade, tempo, etc. Trata-se de um dever da administração, que poderá se valer de prerrogativas de império e de atos de força pública para assegurar a correta execução do objeto contratado (PALUDO, 2013, p. 404).

É através da atividade de fiscalização que serão avaliados os requisitos do fornecimento ou do serviço, e na qual se confirmará a correta prestação de suas obrigações pelo contratado. Sem esta análise realizada por agente qualificado, fica a Administração sujeita a fornecimentos e serviços de baixa qualidade, gerando prejuízos que poderiam ser evitados através de uma fiscalização efetiva quanto às entregas contratadas.

Confirmando a importância da fiscalização, Chaves e Rosa (2019) destacam:

A fiscalização e o acompanhamento da execução dos contratos representam uma garantia à Administração Pública de que os bens e serviços serão executados na quantidade e qualidade contratados. Ou seja, sem a devida fiscalização, agravam as chances de ocorrerem falhas as quais podem ser prejudiciais a sociedade pois receberia a prestação de um serviço mal executado ou um bem de qualidade duvidosa.

O fiscal de contrato deve ser leal à Administração, cumprindo suas funções com eficiência e probidade, além de executar suas atribuições sem envolvimento pessoal

e buscar sempre a resolução administrativa das questões apresentadas, a fim de evitar exageros de conduta que possam ser danosos à Administração (CHAVES e ROSA, 2019).

O Tribunal de Contas da União – TCU, órgão federal de controle externo, vem ao longo do tempo tomado várias decisões relacionadas à atividade de fiscalização dos contratos administrativos. Jesus (2018), traz algumas das decisões mais relevantes e a sua repercussão sobre a fiscalização contratual, trazendo 10 (dez) orientações do TCU sobre o tema.

A primeira destaca a necessidade de a Administração oferecer condições apropriadas para o desempenho de suas atividades, sem o qual o fiscal não pode ser responsabilizado em caso de falhas no exercício de suas atribuições:

1) O fiscal do contrato não pode ser responsabilizado, caso não possua condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições. “Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade” Indica que a culpa pode ser daquele que tinha o dever de oferecer ao Gestor ou Fiscal do contrato condições para tanto. Acórdão n.º 839/2011-Plenário (JESUS, 2018)

A segunda explicita que o fiscal pode ser responsabilizado de forma solidária com o contratado no caso de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico durante a execução do contrato:

2) Responsabilidade solidária do fiscal com os atos da contratada. O Fiscal do Contrato responde solidariamente com a empresa por possíveis danos (a) causados pela execução irregular do contrato, conforme art. 16, § 2º da Lei nº 8.443/1992. Lei nº 8.443/1992: Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. AC. Nº 380/2008 – TCU – 1ª Câmara (JESUS, 2018).

A terceira orientação indica a necessidade de dar ao fiscal o tempo necessário para a execução da atividade de fiscalização, já que sem esse tempo em sua jornada de trabalho a atividade fiscalizatória fica prejudicada:

3) Necessidade de o Fiscal ter tempo hábil para fiscalizar. Determinação para que na designação do fiscal do contrato, encarregado do acompanhamento da execução do contrato, seja observado a necessidade de que tal profissional possua tempo hábil suficiente para o desempenho das funções a ele confiadas, nos termos da art. 67 da Lei 8666/93. AC. 299/2007 – TCU – 1ª Câmara (JESUS, 2018).

A quarta orientação determina que a designação de fiscal não seja um ato meramente formal, com a indicação de servidor sem capacidade para a função, mas que o indicado realmente tenha condições de desempenhar ativamente a fiscalização:

4) Determinação para que seja designado fiscal de contratos servidores ocupantes de cargos (c) da área técnica ou administrativa que realmente tenha condições de desempenho tal mister. AC. Nº 2.960/2006 – TCU – 1ª Câmara (JESUS, 2018).

A quinta orientação reafirma a necessidade do registro em livro próprio das ocorrências e das determinações enviadas ao fornecedor para a correção das faltas e defeitos observados, para em caso de não observância das recomendações do fiscal seja iniciado o processo de penalização administrativa:

5) Obrigatoriedade das anotações das ocorrências e da determinação para a regularização das inexecuções contratuais. “9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Jaru/RO que: (...) 9.2.2. observe o disposto na Lei n.º 8.666/93, especialmente no que diz respeito ao art. 67, § 1º, procedendo às anotações em registro próprio de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou defeitos observados;” Acórdão n.º 558/2006 – Primeira Câmara (JESUS, 2018).

A sexta orientação destacada pelo autor traz a necessidade de a autoridade competente buscar a proporcionalidade entre a gravidade da conduta do fornecedor com o tipo e extensão da penalidade aplicada, evitando que, de forma injustificada, seja relevada pela autoridade a inexecução contratual verificada ou seja a penalidade aplicada em excesso conforme a conduta e a justificativa apresentada pelo contratado:

6) Obrigatoriedade de aplicar as sanções previstas na Lei 8666/93 sopesadas com a gravidade da inexecução contratual. Tomada de contas especial. Programa nacional de alimentação escolar. Irregularidade na aplicação de recursos. Elisão do débito. Falhas verificadas na distribuição de alimentos às escolas e na execução de contrato de fornecimento. Contas julgadas regulares com ressalvas. Determinação. O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/92, observado o devido processo legal. Acórdão 2558/2006 – Segunda Câmara (JESUS, 2018).

A sétima recomendação é para que sejam exigidos do fornecedor que apresente cópia de documentos que comprovem a regularidade dos pagamentos das obrigações trabalhistas

nos casos contratos de terceirização de serviços com dedicação de mão-de-obra exclusiva, já que a Administração pode ser responsabilizada em caso de não pagamento destas verbas aos trabalhadores prestadores do serviço:

7) Acompanhamento e fiscalização rigorosa com exigência das cópias dos documentos comprobatórias das obrigações trabalhistas. 9.4. Recomendar à Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 250, III, do RI/TCU, que:
9.4.5. Acompanhe rigorosamente o cumprimento, pelos fornecedores de serviços, de todas as suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias relacionadas ao respectivo contrato de terceirização, exigindo cópias dos documentos comprobatórios da quitação dessas obrigações, com o intuito de se resguardar de eventuais condenações judiciais por responsabilização subsidiária.” Acórdão 2085/2005 – Plenário (JESUS, 2018)

A oitava orientação do TCU se refere a impossibilidade de se produzir a renovação do contrato após expirado seu prazo de vigência, na qual são gerados termos aditivos de prorrogação com data retroativa, bem como a ilegalidade de se manter a execução de um contrato cujo prazo final já tenha ocorrido, ou seja, após o seu prazo de vigência:

8) Ilegalidade em manter execução contratual com contrato sem vigência. Prática ilegal de termo aditivo com data retroativa. Por fim, a celebração de aditivos referentes a contratos com prazo de vigência expirados não encontra amparo no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, que veda a manutenção de relações contratuais sem a devida formalização do instrumento de ajuste.
Essa irregularidade denota falha no acompanhamento da execução dos contratos firmados pela universidade que, para remediar o período sem amparo contratual, confere ao aditivo efeito retroperante.
A considerar que, da totalidade dos ajustes fiscalizados pela Unidade, essa prática não foi generalizada, julgo conveniente determinar à Fundação Universidade Federal do Acre que, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993, observe o fiel acompanhamento da execução dos contratos administrativos por ela firmados, a fim de prevenir a ocorrência de períodos sem cobertura contratual.” Acórdão 2563/2006 – Segunda Câmara (JESUS, 2018).

A penúltima decisão destacada, demonstra não ser válida a justificativa de indução ao erro por parte dos fiscais para justificar falhas no cumprimento de suas funções, já que tal argumento gera a possibilidade de sérios danos ao interesse público e também prejuízos ao contratante:

9) A responsabilidade da Gestão e Fiscalização do Contrato pesa sobre a pessoa do Representante nomeado para tal. Não procede a alegação de que foi induzido ao erro porque estava sob forte pressão.
Verifica-se do texto da Lei nº 8.666/93 (art. 67) que o dever atribuído ao representante da administração para o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato não deixa margem a que possa esse representante sucumbir a pressões. É dele a responsabilidade pelo fiel cumprimento de cláusulas contratuais, cabendo-lhe, inclusive, adotar providências no sentido da correção de falhas observadas. Portanto, não cabe acolher o argumento de indução ao erro.

“Se assim aconteceu, o Sr. Charles Ariel contribuiu para o resultado verificado.”
Acórdão nº 994/2006– Plenário (JESUS, 2018).

E a última recomendação é para que a Administração capacite e tenha um programa de educação continuada para o exercício da função de fiscal de contratos administrativos, em especial para os contratos com objetos complexos, como a de serviços terceirizados:

10) Finalmente, o Tribunal de Contas da União, reitera o que vem recorrentemente afirmando sobre a necessidade de haver um programa continuado de capacitação do Servidor Público que assume as funções de fiscal de contratos.
De fato é grande a importância da gestão e fiscalização contratual, bem como é inegável sua complexidade, especialmente quando se trata de serviços continuados com dedicação de mão obra.
É justa a preocupação do TCU sobre essa questão, resta aos Gestores Públicos e aos Servidores Públicos atentarem para a importância da função criada pela Lei 8.666/93 e aperfeiçoada na sua operacionalidade pela IN 05/2017. AC 2449/18 – Primeira Câmara (JESUS, 2018).

Como visto, a atividade fiscalizatória é dever da Administração e essencial para a validade dos pagamentos efetuados, já que a liquidação da despesa pública somente pode ser efetuada após a comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

No estado de Santa Catarina, através da Instrução Normativa SEA nº 11/2019, definiu-se que a nomeação do fiscal poderá ser feita no próprio edital de licitação, no instrumento de contrato ou por portaria de designação.

Na mesma instrução normativa, em seu art. 6º, trouxe quais as atividades que são de competência do fiscal (SANTA CATARINA, 2019):

Art. 6º Compete ao Fiscal:

- I - Identificar o objeto contratado;
- II - Conhecer as condições estabelecidas no Contrato/Ata, edital ou especificações técnicas para o recebimento do objeto (especificações do produto/serviço, prazo, forma de execução, etc.);
- III - Praticar os atos necessários à verificação do fiel cumprimento das obrigações, exigindo as providências necessárias para tal fim;
- IV - Receber o objeto contratado e proceder o atesto/certificação da despesa;
- V - Recusar produto ou serviço em desacordo com as condições fixadas em edital;
- VI - Exigir por escrito, o refazimento ou correção, comunicando ao Gestor do Contrato/Ata nas hipóteses de não atendimento ou quando as soluções excedam as suas competências;
- VII - Notificar, por escrito, a Contratada quanto ao não cumprimento das obrigações, fixando prazo para cumprimento ou apresentação de justificativa;
- VIII - Encaminhar ao Gestor do Contrato/Ata, a solicitação de instauração de processo administrativo sancionador, com os registros das ocorrências, das notificações, defesas e justificativas da Contratada, se for o caso, e documentação necessária;
- IX - Aceitar ou rejeitar, motivadamente, a indicação do preposto feita pela empresa

Contratada para fins do artigo 68 da Lei 8666/93;

X - Manter contato com o preposto;

XI - Desempenhar suas atividades com autonomia e independência fiscalizatória, buscando as condições necessárias para o desempenho da função, comunicando ao Gestor do Contrato/Ata sobre suas necessidades;

XII - Acompanhar a manutenção, pela Contratada, das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação;

XIII - Acompanhar sistematicamente a execução contratual/Ata, mantendo registro das ocorrências e dos documentos relativos à fiscalização;

XIV - Manter os registros de confirmação de recebimento dos comunicados a contratada;

XV - Assegurar o cumprimento do cronograma físico-financeiro;

XVI - Identificada necessidade de modificações contratuais, encaminhar ao Gestor do Contrato/Ata com as devidas justificativas;

XVII - Conhecer os prazos de execuções contratuais e dar subsídios para as prorrogações, quando necessários, ou se manifestar contrário à prorrogação;

XVIII - Assegurar a presença dos documentos exigidos em contrato para fins pagamento (CND's, INSS, FGTS, etc...);

XIX - Apontar, através de instrumentos de medição, a necessidade de glosas em NF's;

XX - Procurar auxílio junto às áreas competentes em caso de dúvidas técnicas, administrativas ou jurídicas;

XXI - Conhecer seus limites de atuação na atividade de fiscalização.

Assim, é o fiscal do contrato que irá identificar possíveis defeitos na entrega do produto ou serviço e fará o registro das situações encontradas em livro próprio, que servirá de embasamento para o procedimento administrativo de penalização.

A atuação do fiscal, fazendo um registro pormenorizado das ocorrências durante a execução contratual, é de grande importância para que haja uma correta análise pelo gestor ou autoridade competente quanto à penalidade a ser aplicada para o caso concreto.

Nesse sentido, cabe também à Administração fornecer os meios adequados ao fiscal, já que são os registros efetuados pelo fiscal no recebimento do objeto que servirão de base para a abertura do processo de penalização e quanto maior o detalhamento das ocorrências registradas, melhor será para o gestor e para a autoridade administrativa decidir qual a penalidade a ser imposta pela conduta do fornecedor.

Caso o fiscal não disponha dos meios adequados, fica a fiscalização prejudicada e, mesmo verificadas faltas pelo contratado, sua penalização acaba não acontecendo em virtude da falta do devido registro pelo fiscal. Costa (2013, p. 63) informa que:

Para verificação da inexecução do contrato e de outras faltas é de suma relevância a correta fiscalização do contrato e o devido registro das falhas. São esses elementos que serão levados ao processo administrativo e que servirão de motivação para a prática do ato administrativo de rescisão contratual ou de aplicação de sanções (COSTA, 2013, p. 63).

Acerca do acompanhamento da execução, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos define que “o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeito ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados” (Lei 8.666/93. art. 69).

A doutrina também classifica a figura da fiscalização conforme o agente e atribuições sobre a fiscalização, prevendo a figura da fiscalização técnica, da fiscalização administrativa, da fiscalização setorial e da fiscalização pelo público usuário.

Sobre o perfil mais adequado para a indicação do fiscal, ALVES (2004, p. 63) recomenda que o servidor indicado como fiscal:

- a) tenha familiaridade com o objeto (é impróprio atribuir a responsabilidade de receber equipamentos de computação a quem sequer sabe digitar...);
- b) seja detalhista – a tarefa exige paciência, implicando, muitas vezes, em abrir centenas de caixas, examinar centenas de itens...
- c) seja organizado – que faça corretamente o registro das circunstâncias, dos fatos, com clareza, com método;
- d) esteja ciente das suas responsabilidades – esses funcionários têm que conhecer questões relacionadas a disciplina, improbidade administrativa e até do Código Penal, com reflexo no trabalho que irão desempenhar.

Em seu manual de gestão de contratos, o Superior Tribunal de Justiça, faz referência como uma boa prática que para a indicação de servidor “devem ser considerados a compatibilidade com as atribuições do cargo, a complexidade da fiscalização, o quantitativo de contratos por servidor e a sua capacidade para o desempenho das atividades (STJ, 2019)

O adequado treinamento e a indicação de agente público que consiga ter as virtudes necessárias para um adequado cumprimento da fiscalização do contrato dentro da estrutura da organização é condição essencial para que se possa evidenciar a inadimplência do contratado.

Para que a Administração possa avaliar se o objeto entregue atende aos requisitos da contratação, estão previstos no ordenamento jurídico de aquisições públicas o recebimento provisório, na qual é dado um prazo para a Administração averiguar se estão presentes todos os requisitos mínimos acerca do objeto, para então ser feito o recebimento definitivo do material, serviço ou obra contratada.

No recebimento provisório, em se tratando de obras ou serviços, o recebimento é de responsabilidade da pessoa designada e feito mediante termo circunstanciado assinado pelas

partes; já em caso de compras ou locação de equipamentos, o recebimento provisório é feito mediante recibo ou termo circunstanciado, sendo o termo usado para as compras de grande vulto e o recibo para as demais.

Já o recebimento definitivo é feito, em se tratando de obras ou serviços, mediante termo circunstanciado assinado pelas partes após o período de observação, ou por vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos do contrato, pelo servidor público ou comissão designada; e nos casos de compras e locação de equipamento, o recebimento definitivo ocorre após a verificação de qualidade e quantidade do material e sua aceitação.

Quando o fornecimento for de gêneros perecíveis e alimentação preparada, serviços profissionais ou obras e serviços de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) que não se componham de aparelhos, equipamento e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade, poderá ser dispensando o recebimento provisório, sendo o mesmo efetuado através de recibo.

Em se verificando qualquer entrega em desacordo com o contrato, deverá a Administração rejeitar, no todo ou em parte, o fornecimento, serviço ou obra, indicando ao contratado o problema encontrado e exigindo sua reparação.

2.1.3. Das Penalidades

2.1.3.1. Das Penalidades da Lei de Licitações (8.666/93) e da Lei do Pregão (10.520/2002)

Verificando a Administração que o contratado não está cumprindo de forma satisfatória o contrato administrativo, cabe ao fiscal designado a notificação deste fornecedor para que supra a falha e cumpra com as obrigações assumidas.

No entanto, há casos em que mesmo tendo sido alertado para a inadimplência de suas obrigações, o contratado deixe de executar toda ou parte de suas obrigações, fazendo com que seja penalizado pela Administração por seu comportamento.

Tendo a Administração o compromisso de zelar pelos recursos públicos e também buscando evitar a repetição dos comportamentos inadequados pelo fornecedor, cabe a

Administração, usando de suas prerrogativas e após a decisão em processo administrativo, a aplicação de penalidade ao contratado inadimplente.

O Caderno de Logística em Sanções Administrativas em Licitações e Contratos (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2014, p.6), ao tratar na finalidade da aplicação de penalidades em contratos administrativos esclarece que:

A finalidade das sanções administrativas em licitações e contratos é reprovar a conduta praticada pelo sancionado, desestimular a sua reincidência, bem como prevenir sua prática futura pelos demais licitantes e contratados. As sanções podem ter caráter preventivo, educativo, repressivo ou visar à reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao erário público. Trata-se, portanto, de um poder-dever da Administração que deve atuar visando impedir ou minimizar os danos causados pelos licitantes e contratados que descumprem suas obrigações (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2014, p. 6).

Conforme a gravidade da inadimplência do contratado e do dano causado, a Administração deve iniciar um procedimento administrativo para aplicação de sanção, definindo de forma clara e objetiva qual a conduta identificada e qual a penalidade a ser imposta ao contratado, notificando para que apresente defesa-prévia e justifique os motivos para a inadimplência verificada.

Após a apresentação da defesa e colheita das provas acerca do problema encontrado, a autoridade competente decidirá pelo acolhimento das justificativas do fornecedor ou pela aplicação de sanção ao contratado, conforme previsto no edital ou no contrato. Em linhas gerais, as penalidades estão definidas no art. 87 na Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e no art. 7º da Lei nº10.520/2002, que instituiu o Pregão para as aquisições de materiais e serviços comuns, sendo que em relação às penalidades decorrentes dos contratos definem que:

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

I - advertência;

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

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

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

A lei que institui a modalidade licitatória do pregão, também definiu uma nova penalidade, ao dispor que:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A penalidade a ser aplicada depende da gravidade do comportamento do contratado, do histórico do fornecedor e da justificativa apresentada durante o processo administrativo que definiu a penalidade a ser imposta. Embora a legislação fixe limites às penalidades, cabe a autoridade competente a definição do seu quantitativo, seja em relação ao valor das multas quanto ao prazo de suspensão ou impedimento de contratar.

Tais sanções administrativas, segundo Meireles (2016, p. 273) “[...] são aplicáveis diretamente pela Administração, mediante procedimento interno em que se faculte defesa ao infrator e sempre tendo presente o princípio da proporcionalidade” e destaca também que “se a responsabilização for ilegal, abusiva ou arbitrária, o interessado poderá opor-se a ela pelo recurso hierárquico ou pela via judicial adequada”.

Para Mello (2010, p. 641) “[...] a inexecução total ou parcial do contrato o expõe, garantida sempre a defesa prévia, a sofrer as sanções administrativas de (a) advertência; (b) multa, nos termos do instrumento convocatório; (c) suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e (d) declaração de inidoneidade para contratar ou licitar enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até a sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarcir a Administração pelos prejuízos que lhes haja causado e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção”.

Em nível estadual, em Santa Catarina vigoram as regras definidas no Decreto nº 2.617/2009, que dispõe sobre o Regulamento Geral para Contratação de Materiais, Serviços, Obras e Serviços de Engenharia, e que dispõe acerca das penalidades contratuais nos seguintes termos:

Art. 108. As empresas que não cumprirem as obrigações assumidas na fase licitatória e/ou de execução do contrato estão sujeitas às seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária, não superior a 5 (cinco) anos, na modalidade de pregão, e não superior a 2 (dois) anos para as demais modalidades, aplicada segundo a natureza e a gravidade da falta cometida; e

IV - declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública.

A Advertência é a penalidade mais branda dentre as previstas na legislação, enquanto a declaração de inidoneidade é a mais severa, já que impede o penalizado de licitar e contratar com a Administração Pública de todos os entes e esferas governamentais, abrangendo a União, Estados e Municípios e tendo a duração mínima de 2 (dois) anos.

A Advertência busca informar o contratado acerca de uma inadimplência contratual, e para alertar de que, se a situação não for corrigida, poderá acarretar outras penalidades mais severas, como a multa e a suspensão/impedimento de licitar e contratar.

Caso a Advertência não seja suficiente para evitar a reincidência do fornecedor em descumprir suas obrigações, pode o gestor então aplicar a pena de Multa, e seu valor será calculado conforme a gravidade da conduta do contratado, dentro dos limites expostos pela lei e pelo regulamento.

Sobre a multa, dispõe o regulamento estadual:

Art. 110. A multa é a sanção pecuniária que será imposta à contratada pelo atraso injustificado na entrega ou execução do contrato, de acordo com as alíquotas a seguir:

I - 0,33 % (zero, trinta e três por cento) por dia de atraso, na entrega do objeto ou execução de serviços, calculado sobre o valor correspondente à parte inadimplente, até o limite de 9,9% (nove, nove por cento);

II - 10 % (dez por cento) em caso de não entrega do objeto ou não conclusão do serviço ou rescisão do contrato por culpa da contratada, calculado sobre a parte inadimplente;

III - até 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, pelo descumprimento de qualquer cláusula do contrato, exceto prazo de entrega.

A multa é a única das penalidades que pode ser aplicada conjuntamente com as demais penalidades. Assim, a Administração poderá aplicar a penalidade de Advertência, Suspensão/Impedimento ou a Declaração de Inidoneidade somada a aplicação da multa pecuniária.

Já em relação às demais, não cabe a acumulação, devendo a autoridade administrativa escolher dentre as penalidades a que melhor se aplica ao caso concreto conforme a conduta do contratado.

Neste sentido, sendo grave a conduta do fornecedor, e sem que haja justificativa aceitável quanto ao inadimplemento contratual, o gestor poderá aplicar a pena de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração.

No regulamento estadual de compras públicas estão definidos alguns limites quanto a aplicação desta penalidade, consignando que:

Art. 111. A suspensão é a sanção que impossibilita a participação da empresa em licitações e/ou contratos, ficando suspenso o seu registro cadastral no Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Santa Catarina/SEA, de acordo com os prazos a seguir:

I - por até 30 (trinta) dias, quando aplicada a pena de advertência emitida pela Administração e a empresa permanecer inadimplente;

II - por até 90 (noventa) dias, quando a empresa interessada solicitar cancelamento da proposta após a abertura e antes do resultado do julgamento;

III - por até 12 (doze) meses, quando a empresa adjudicada se recusar a retirar a autorização de fornecimento ou assinar o contrato;

IV - por até 12 (doze) meses, quando a empresa adjudicada motivar a rescisão total ou parcial da autorização de fornecimento e/ou do contrato;

V - por até 12 (doze) meses, quando a empresa praticar atos que claramente visem à frustração dos objetivos da licitação;

VI - por até 24 (vinte e quatro) meses, quando a empresa apresentar documentos fraudulentos nas licitações;

VII - por até 5 (cinco) anos quando, na modalidade de pregão, a fornecedora convocada dentro do prazo de validade da sua proposta, que não celebrar o contrato, que deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, que ensejar o retardamento da execução de seu objeto, que não mantiver a proposta, que falhar ou fraudar na execução do contrato, que se comportar de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedida de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; e

VIII - até a realização do pagamento, quando a empresa receber qualquer das multas previstas no artigo anterior.

Seguindo os limites da norma nacional de licitações e contratos e da lei do pregão, no caso de aplicação da suspensão do direito de licitar e contratar com base na Lei 8.666/93, a penalidade aplicada engloba apenas o órgão que aplicou a penalidade (incisos de I a VI). Já se a penalidade for aplicada com base na Lei do Pregão, cujo teor foi replicado no regulamento estadual, o impedimento abrangerá todos os órgãos do ente cuja penalidade foi aplicada, fazendo com que o penalizado não possa contratar com qualquer órgão do ente sancionador, seja do poder executivo, legislativo ou judiciário.

Acerca dos limites de aplicação da penalidade de suspensão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que:

Enquanto a pena de suspensão não pode ultrapassar dois anos, a de declaração de inidoneidade não tem um limite preciso definido em lei. Apesar da má redação do inciso IV do art. 87, deduz-se que o limite mínimo é de dois anos, já que a lei, na parte final do dispositivo, emprega a expressão *após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior*; o limite máximo e a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados a Administração (art. 87; § 3º) (DI PIETRO, 2011, p. 276).

Já a declaração de inidoneidade, sendo a penalidade mais severa que poderá ser aplicada a um fornecedor inadimplente, requer seja a conduta considerada gravíssima, sendo, no caso de penalidade a ser aplicada por órgão do poder executivo catarinense, ser decretada pelo Secretário de Estado da Administração.

Dispõe o regulamento (Decreto Estadual nº 2.617/2009):

Art. 112. A declaração de inidoneidade será aplicada pelo Secretário de Estado da Administração - SEA.

§ 1º A declaração de inidoneidade prevista neste artigo permanecerá em vigor enquanto perdurarem os motivos que determinaram a punibilidade ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade que a aplicou.

§ 2º A declaração de inidoneidade e/ou sua extinção será publicada no Diário Oficial do Estado e seus efeitos serão extensivos a toda Administração Pública.

Caso uma pessoa, física ou jurídica, seja penalizada com a declaração de inidoneidade, não poderá contratar com qualquer órgão de qualquer esfera de governo, ficando impedida de ser contratada pela União, Estados ou Municípios, enquanto não tiver a reabilitação declarada pelo ente que aplicou a penalidade.

Assim, o estado de Santa Catarina, com o objetivo de unificar em um único repositório o registro das penalidades aplicadas pelos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, além das demais entidades vinculadas ao Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços – SAGMS, ao publicar a Instrução Normativa SEA nº 11 de 22 de outubro de 2019, criou o CADPEN – Cadastro de Penalidades, com o intuito de centralizar as informações acerca das penalidades aplicadas pelos órgãos do poder executivo estadual, gerando uma plataforma para acompanhamento das penalidades aplicadas aos fornecedores do estado.

Na mesma Instrução Normativa, definiu também normas para a gestão e fiscalização dos contratos e atas de registro de preços, definindo as competências do gestor e fiscal e o

momento de sua nomeação, que pode ser anterior à contratação, através de indicação do servidor no Termo de Referência da contratação, por portaria da autoridade ou por inclusão no próprio termo do contrato.

Como consequência da criação do CADPEN – Cadastro de Penalidades, também houve alteração no Decreto 2.617/2009, que previa o envio dos processos de penalização para Secretaria de Estado da Administração para a inscrição das penalidades aplicadas no Cadastro de Fornecedores, cuja operação está à esta secretaria subordinada.

Assim, a nova redação do decreto exige a inscrição pelas unidades gestoras das penalidades aplicadas no CADPEN, devendo o histórico de penalidades registradas contra o fornecedor considerados como agravantes para a aplicação de novas penalidades.

Além da inscrição no CADPEN, cabe aos órgãos e entidades o registro das penalidades que geram a impossibilidade de contratação ou de participação em licitações nos cadastros nacionais, no Sistema Integrado de Registro do Cadastro Nacionais de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

2.1.3.2. Outras Penalidades Administrativas

Além das previsões de penalidades já colocadas, outras legislações também preveem a aplicação de penalidades administrativas, destacando a lei que prevê penalização às pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública (Lei nº 12.846/2013) e a lei que prevê sanções aos agentes públicos que enriquecerem ilícitamente em virtude de mandato, cargo, emprego ou função pública (Lei nº 8.429/1992).

Para as pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública, a lei prevê que a aplicação de multa, graduada de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa, prevendo também a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Em relação a licitações e contratos, as condutas previstas e que podem gerar a condenação são (art. 5º, IV):

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Para a dosimetria da multa, deverão ser levados em consideração a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação para a apuração das infrações, a existência de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Já a lei que pune os agentes públicos que enriquecerem ilicitamente, conhecida como a lei de improbidade administrativa, separa as condutas em três categorias: os atos que provocam enriquecimento ilícito do agente, os atos que geram prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

No caso de enriquecimento ilícito do agente público, este ficará sujeito a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

No caso de dano causado ao erário, fica o agente sujeito as penas de ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de

contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Nos casos de violação dos princípios administrativos, caberão aos agentes as penas de ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

No caso específico de concessão de benefício financeiro ou tributário relacionado ao ISS – Imposto sobre Serviços, fica o agente público sujeito à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

2.1.3.3. Penalidades na Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021)

Mudanças significativas serão implementadas nas regras de licitações e contratos administrativos a partir da entrada em vigor da Lei de Licitações e Contratos Administrativos aprovada em 1º de abril de 2021 (Lei 14.133/2021). Segundo o art. 191 desta lei, pelo período de 2 (dois) anos caberá à Administração optar pelo uso da legislação em vigor até então, em especial as leis 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, ou então as regras da nova lei aprovada. Após este período de 2 (dois) anos, as normas anteriores sobre licitações e contratos serão revogadas e então todas as contratações terão que seguir as diretrizes do novo marco legal de licitações e contratos.

Neste novo diploma normativo, as penalidades também passam a ter um novo regramento, pois embora não inove em relação os tipos de penalidade ao qual os contratados estão sujeitos, traz novos limites e exigências para a aplicação das penalidades.

No novo diploma legal estão previstas as penalidades de Advertência, Multa, Impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156). Ainda, traz elementos a serem considerados para a graduação das penalidades, expondo

que deverão ser considerados a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos que dela provierem para a Administração Pública e a implantação ou aperfeiçoamento de programas de integridade, conforme as normas e orientações dos órgãos de controle.

Neste novo sistema, a aplicação de Advertência será exclusivamente aplicada quando o fornecedor der causa a inexecução parcial do contrato (art.155, I). Já a penalidade de multa, tem como limite mínimo 0,5% (cinco décimos por cento) do valor do contrato e como valor máximo 30% (trinta por cento) do valor, sendo aplicada nas seguintes situações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Os atos lesivos da Lei nº 12.846/2013 são previstos como:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Para a quantificação do valor de quaisquer das penalidades, deverá ser averiguado os elementos já mostrados, já que o caso concreto irá definir a forma de mensurar a aplicação das penas e evitar a repetição da inadimplência verificada.

Acerca do impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, tal penalidade será aplicada nos casos previstos acima, nos incisos II a VII, e terão como consequência o impedimento do penalizado em licitar ou contratar com quaisquer dos órgãos da administração direta e indireta do ente federativo aplicador da sanção, sendo o prazo máximo estabelecido de 3 (anos) anos.

Pelo novo ordenamento, a aplicação da penalidade de impedimento terá uma abrangência maior que a atual suspensão da Lei nº 8.666/93, já que por esta lei a suspensão tem o prazo máximo de 2 (dois) anos e como limite de abrangência o próprio órgão sancionador.

Caso a Administração opte pela penalidade de impedimento, não existirá mais a opção de penalizar apenas com o órgão contratante, seguindo entendimento de que se um licitante ou contratado tem reiteradamente descumprido suas obrigações, este fornecedor não poderá ser contratado por nenhum órgão ou entidade daquele ente, seja União, Estados ou Municípios.

Acerca da pena mais grave, que é a declaração de inidoneidade, a lei trouxe de forma taxativa que tal penalidade se aplica nos casos dos incisos VIII a XII trazidos acima, que estão no art. 155 do referido diploma. No caso de aplicação desta penalidade, o prazo mínimo será de 3 (três) anos e no máximo 6 (seis) anos e a abrangência é da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

Diferentemente do previsto na Lei 8.666/93, nos casos em que a Administração buscar a responsabilização com base nos elementos caracterizadores de condutas de impedimento de licitar ou contratar ou da declaração de inidoneidade, o processo administrativo terá que ser conduzido por 2 (dois) servidores estáveis, que conduzirão o processo concedendo o prazo 15 (quinze) dias úteis para a apresentação da defesa.

2.1.3.4. Quadro Resumo das Penalidades

Enquanto as penas de Advertência e Multa possuem abrangência apenas no órgão sancionador, possuindo caráter predominantemente pedagógico afim de evitar a reiteração da conduta inadequada, as penas de suspensão e impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade possuem consequências de maior impacto ao fornecedor, já que o impede de participar de licitações e assumir novos contratos perante o poder público.

Quadro 1 – Tipos de penalidades e limites

Penalidade	Base Legal	Limites
Advertência	Inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666/93	Não se aplica
Multa	Inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666/93	Máximo de 20% (vinte por cento) do valor do contrato
Suspensão de licitar e contratar	Inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93	Máximo de 2 (dois) anos
Impedimento de licitar e contratar	Art. 7º da Lei nº 10.520/2002	Máximo de 5 (cinco) anos
Declaração de Inidoneidade	Inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93	Mínimo de 2 (dois) anos

Fonte: Elaborado pelo autor (2021)

Acerca da abrangência das penalidades, o Caderno de Logística do governo federal apresenta o seguinte quadro resumo sobre as penalidades que impedem a contratação do fornecedor penalizado, conforme demonstra o Quadro 2.

Quadro 2 – Abrangência das penalidades

QUADRO DEMONSTRATIVO		
ABRANGÊNCIA	SANÇÃO	DISPOSITIVO LEGAL
ÓRGÃO SANCIONADOR Ex: Ministério do Planejamento	Suspensão temporária de participar de licitação com a Administração Pública	III, do Art. 87 da Lei 8.666/93
	Impedimento de contratar com a Administração Pública	III, do Art. 87 da Lei 8.666/93
ENTE DA FEDERAÇÃO: Ex: UNIÃO, ESTADO, DISTRITO FEDERAL OU MUNICÍPIO (de forma isolada)	Impedimento de licitar com o ente federativo sancionador	Art. 7º, do 10.520/2005
	Impedimento de contratar com o ente federativo sancionador	Art. 7º, do 10.520/2005
TODOS OS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	Declaração de Inidoneidade	IV, do Art. 87 da Lei 8.666/93

Fonte: Manual de Sanções Administrativas em Licitações e Contratos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2014, p. 14).

3. METODOLOGIA DA PESQUISA

3.1. CARACTERIZAÇÃO DA PESQUISA

A pesquisa realizada neste trabalho pode ser caracterizada como descritiva, qualitativa, por análise bibliográfica, a partir de levantamento normativo e legal e documental, a partir de relatório das penalidades registradas no CADPEN.

Conforme ensinamento de Gil (2002, p. 42) “As pesquisas descritivas têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis”. Nesse sentido, buscamos identificar, dentre as penalidades registradas no CADPEN – Cadastro de Penalidades, qual a aplicada pelo órgão que fez o registro da penalidade no sistema.

A pesquisa também é por análise bibliográfica, pois o estudo é baseado em livros de referência em Direito Administrativo, em artigos sobre penalidades em contratos administrativos, na legislação aplicável e documental, pois se utiliza de dados retirados diretamente do CADPEN – Cadastro de Penalidades, sem qualquer análise prévia. A pesquisa bibliográfica “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” e a pesquisa documental “vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico” (GIL, 2002).

Também pode ser caracterizada como pesquisa qualitativa, já que busca uma análise de conteúdo dos lançamentos efetuados sem fazer uma análise de tendência ou correlação, envolvendo diferentes modelos de análise, já que do mesmo fato ou ocorrência dentro dos contratos podem gerar consequências diferentes dependendo do gestor que avalia a situação e toma a decisão, com análise dos tipos de penalidade e fundamentos inseridos pelos órgãos integrantes do sistema.

3.2. UNIVERSO E AMOSTRA

Serão analisadas as penalidades aplicadas pelos órgãos do poder executivo do estado de Santa Catarina pertencentes ao Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços e que foram registrados no CADPEN – Cadastro de Penalidades a partir de sua implantação em outubro de 2019 até 1º de abril de 2021. Todas as penalidades impostas durante o período serão identificadas.

3.3. COLETA E ANÁLISE DE DADOS

A coleta dos dados se deu no endereço eletrônico <https://cadpen.sc.gov.br/cadpen/> através de Relatório das penalidades incluídas na plataforma pelos órgãos e entidades participantes, gerado em 1º de Abril de 2021.

No endereço, é possível acessar um relatório gerado pelo sistema, que traz as informações sobre as penalidades inscritas pelos órgãos e entidades até o momento de geração do relatório. Após a extração, os dados foram convertidos para uma análise por planilha eletrônica, onde foi possível fazer o levantamento das informações apresentadas nos Resultados da Pesquisa e um panorama dos órgãos e tipos de penalidade mais recorrentes no período.

Através das informações, é possível identificar quais os órgãos e entidades que mais aplicam penalidades aos seus fornecedores, bem como avaliar se alguma empresa possui maior recorrência de ações consideradas como ensejadoras da aplicação de penalidades administrativas.

3.4. LIMITAÇÕES DA PESQUISA

As limitações da pesquisa envolvem penalidades que podem ter sido aplicadas pelos órgãos públicos, mas que não tiveram seu registro na ferramenta CADPEN, bem como órgãos públicos pertencentes ao SAGMS, mas que ainda não alimentam o sistema com as suas informações sobre as penalidades aplicadas.

Também apresenta limitações acerca dos órgãos que registram suas penalidades, já que cada órgão integrante do SAGMS é responsável por indicar um servidor responsável pela inserção dos dados no sistema, podendo ter órgãos que ainda não solicitaram acesso ao sistema e, por consequência, fizeram apenas a publicação da penalidade no Diário Oficial do Estado e deixaram de registrar as penalidades aplicadas na ferramenta CADPEN.

Os órgãos que se subordinam ao regime de contratações do Decreto Estadual nº 2.617/2009, devem fazer o registro da aplicação de penalidades aos seus fornecedores no CADPEN, sendo utilizado para centralizar as informações dos órgãos públicos, além de servir como base para o cadastramento dos fornecedores penalizados pelo poder executivo

catarinense nos cadastros mantidos pelo governo federal, a exemplo do CEIS – Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas e o CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

Considerando que a aplicação da penalidade é uma decisão de âmbito interno dos órgãos do estado, caso algum órgão deixe de registrar a aplicação da penalidade no sistema CADPEN, não estará sendo contabilizado na presente pesquisa, já que a penalidade entra em vigor a partir da sua publicação no Diário Oficial do Estado, podendo não estar devidamente registrada e por consequência ficar de fora do escopo deste trabalho.

4. RESULTADOS DA PESQUISA

Na análise das informações incluídas, nota-se o registro de 373 (trezentas e setenta e três) penalidades aplicadas desde a instituição do Cadastro de Penalidades, em 22 de outubro de 2019 até o dia 1º de Abril de 2021.

Das penalidades aplicadas, a principal foi a de Multa, com 220 registros, seguido da Advertência, com 135 ocorrências, 8 Impedimentos (Lei do Pregão), 1 decisão judicial/liminar que impede a contratação, 3 proibições de contratar (Lei de Improbidade – Lei 8.429/1992 e 6 suspensões do direito de licitar/contratar (art. 87, III da Lei 8.666/1993). A Tabela 1 exibe os referidos dados.

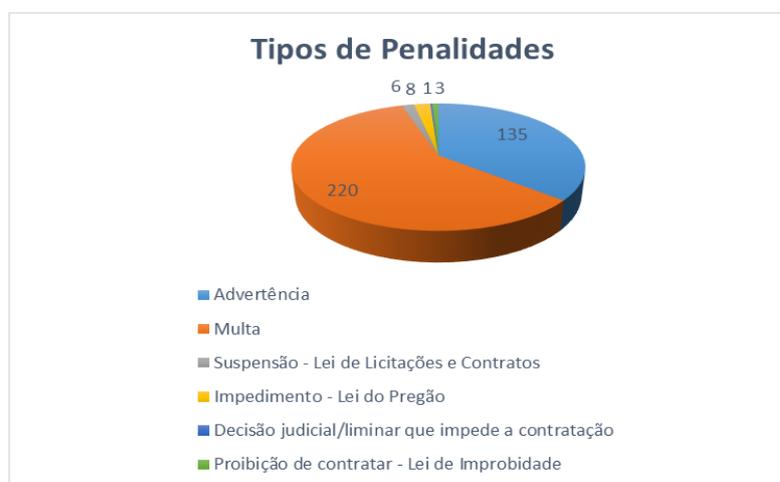
Tabela 1 – Quantidade de penalidades registradas por tipo

Tipo de Penalidade	Quantidade
Advertência	135
Multa	220
Suspensão - Lei de Licitações e Contratos	6
Impedimento - Lei do Pregão	8
Decisão judicial/liminar que impede a contratação	1
Proibição de contratar - Lei de Improbidade	3
TOTAL	373

Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

Em formato gráfico, temos a distribuição de penalidades, conforme Gráfico 1.

Gráfico 1 – Quantidade de penalidades registradas por tipo



Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021)

Das penalidades de Advertência, 9 (nove) órgãos ou entidades registraram penalidades, sendo o órgão que o órgão que mais aplicou este tipo de sanção foi a Secretaria de Estado da Saúde, com 92 (noventa e duas) anotações, seguido da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina, com 30 (trinta) registros, a Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa, com 6 (seis) anotações, a Procuradoria Geral do Estado, com 2 (duas) e o Corpo de Bombeiros Militar, a Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural, a Polícia Civil, a Secretaria de Estado da Fazenda e a Secretaria de Estado da Administração com 1 (um) registro cada. A Tabela 2 dispõe sobre a quantidade de advertências por órgão sancionador.

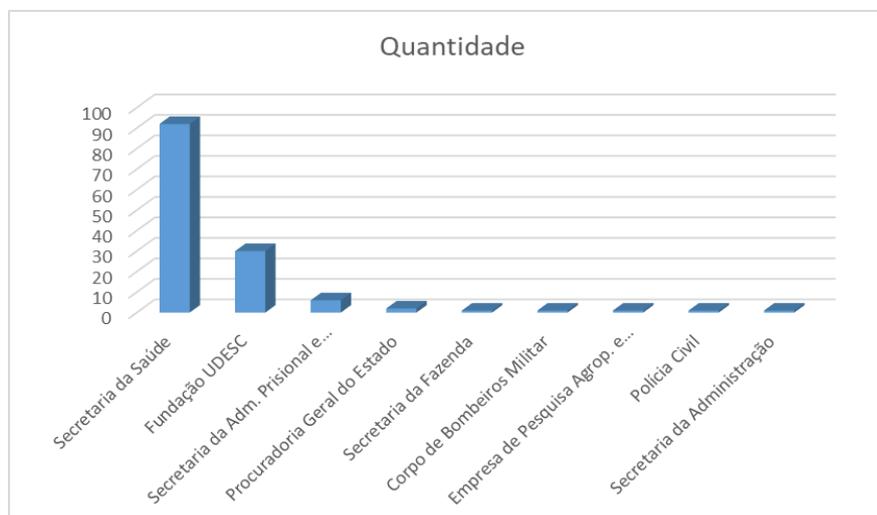
Tabela 2 – Quantidade de penalidades de Advertência registradas por órgão sancionador

Órgão Sancionador	Quantidade
Secretaria da Saúde	92
Fundação UDESC	30
Secretaria da Adm. Prisional e Socioeducativa	6
Procuradoria Geral do Estado	2
Secretaria da Fazenda	1
Corpo de Bombeiros Militar	1
Empresa de Pesquisa Agrop. e Extensão Rural	1
Polícia Civil	1
Secretaria da Administração	1
TOTAL	135

Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021)

Em formato gráfico, temos a distribuição da penalidade de Advertência conforme evidenciada no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Quantidade de penalidades de Advertência registradas por órgão sancionador



Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021)

Já a penalidade de Multa, 10 (dez) órgãos/entidades distintos registraram penalidades, sendo novamente a Secretaria de Estado da Saúde o órgão que mais aplicou esta penalidade, com 154 (cento e cinquenta e quatro) registros durante o período pesquisado. A Tabela 3 demonstra os referidos dados.

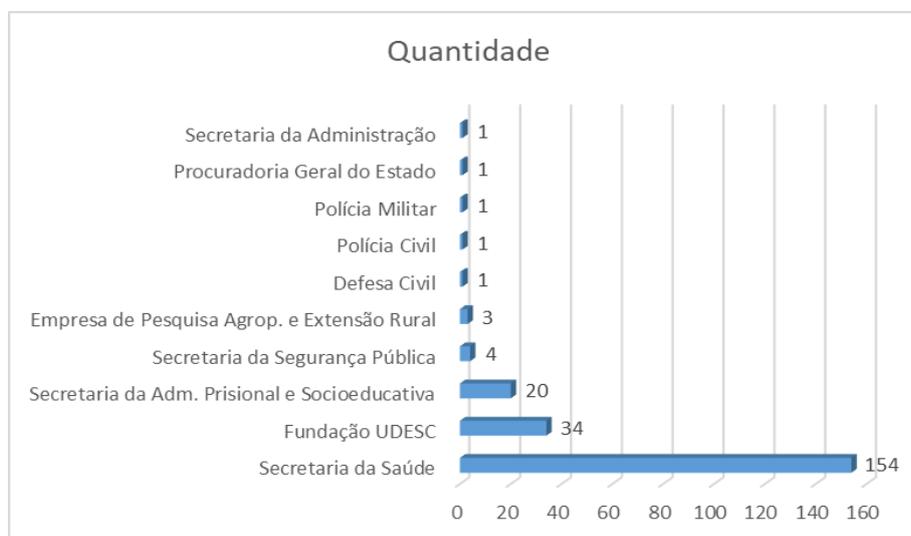
Tabela 3 – Quantidade de penalidades de Multa registradas por órgão sancionador

Órgão Sancionador	Quantidade
Secretaria da Saúde	154
Fundação UDESC	34
Secretaria da Adm. Prisional e Socioeducativa	20
Secretaria da Segurança Pública	4
Empresa de Pesquisa Agrop. e Extensão Rural	3
Defesa Civil	1
Polícia Civil	1
Polícia Militar	1
Procuradoria Geral do Estado	1
Secretaria da Administração	1
TOTAL	220

Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

Em formato gráfico, temos a seguinte distribuição da penalidade de Multa por entidade, conforme Gráfico 3.

Gráfico 3 – Quantidade de penalidades de Multa registradas por órgão sancionador



Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

A penalidade de Suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração com base na lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666/93) foi aplicada 6 (seis) vezes, sendo 3 (três) registradas pela Secretaria de Estado da Infraestrutura e Mobilidade - SIE, 2 (duas) pela Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC e 1 (uma) registrada pela Secretaria de Administração Prisional e Socioeducativa – SAP. A Tabela 4 apresenta os referidos dados.

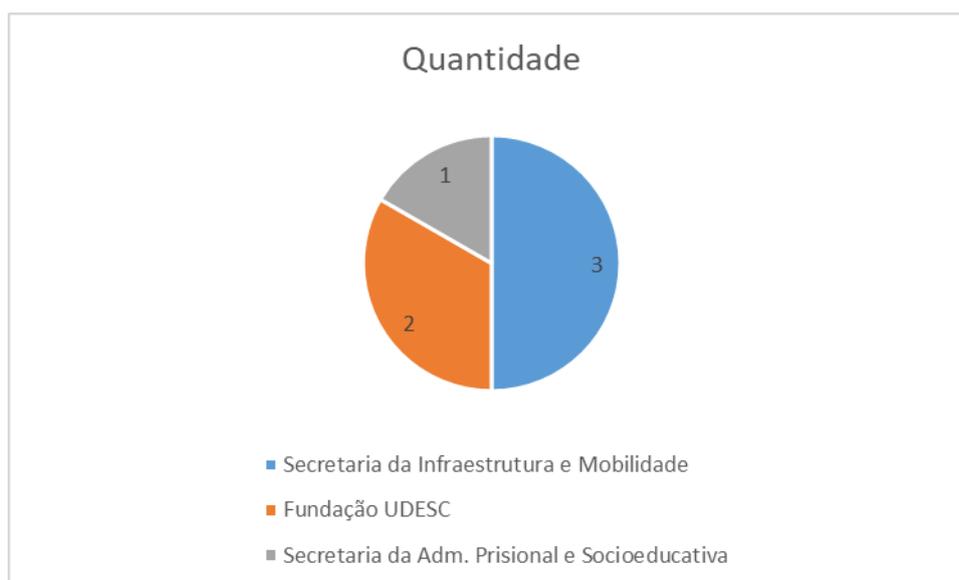
Tabela 4 – Quantidade de penalidades de Suspensão do direito de licitar e contratar registradas por órgão sancionador

Órgão Sancionador	Quantidade
Secretaria da Infraestrutura e Mobilidade	3
Fundação UDESC	2
Secretaria da Adm. Prisional e Socioeducativa	1
TOTAL	6

Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

Graficamente temos a seguinte distribuição, conforme exhibe o Gráfico 4.

Gráfico 4 – Quantidade de penalidades de Suspensão do direito de licitar e contratar registradas por órgão sancionador



Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021)

Tendo como fundamento legal o Impedimento previsto da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), temos 8 (oito) penalidades registradas, sendo 5 (cinco) registrados pela

Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC e 3 (três) registrados pela Secretaria de Administração Prisional e Socioeducativa – SAP. A Tabela 5 exibe o quantitativo de penalidades de impedimento por órgão sancionador.

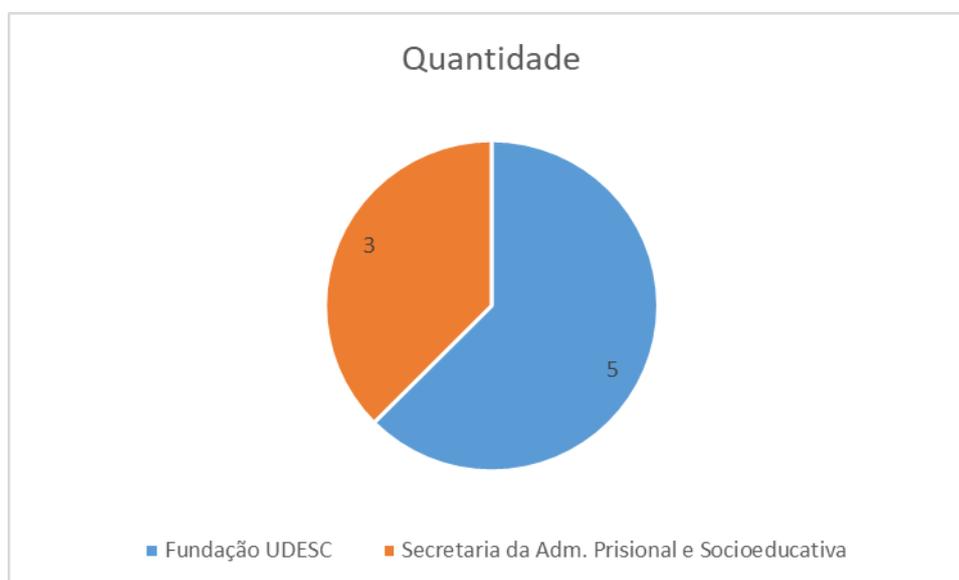
Tabela 5 – Quantidade de penalidades de Impedimento de licitar e contratar (pregão) registradas por órgão sancionador

Órgão Sancionador	Quantidade
Fundação UDESC	5
Secretaria da Adm. Prisional e Socioeducativa	3
TOTAL	8

Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

Distributivamente, temos a seguinte distribuição da penalidade de Impedimento pela Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), conforme evidencia o Gráfico 5.

Gráfico 5 – Quantidade de penalidades de Impedimento de licitar e contratar (pregão) registradas por órgão sancionador



Fonte: CADPEN/SC, elaborado pelo autor (2021).

Ainda temos 1 (um) registro de Impedimento de licitar e contratar por decisão judicial/liminar que impede a contratação, registrado pela Secretaria de Estado da Administração.

E também 3 (três) registros de impedimento de licitar e contratar decorrentes da Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992) registrados pela Secretaria de Estado da Administração.

Já em relação a quantidade de fornecedores penalizados, o levantamento mostra que as 373 (trezentas e setenta e três) penalidades foram aplicadas à 173 (cento e setenta e três) fornecedores.

As 92 (noventa e duas) penalidades de Advertência aplicadas pela Secretaria de Estado da Saúde tiveram como destino 61 (sessenta e um) fornecedores, sendo a empresa Soma/SC Produtos Hospitalares (CNPJ 05.531.725/0001-20) com 8 (oito) registros, Altermed Material Médico Hospitalar (CNPJ 00.802.002/0001-02) a destinatária de 6 (seis) registros. A empresa Ciamed Distribuidora de Medicamentos Ltda (CNPJ 05.782.733/0001-49) com 5 (cinco) apontamentos, Cirúrgica Santa Cruz Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (CNPJ 94.516.671/0002-34) com 4 registros, a empresa Asli Comercial Eireli (CNPJ 01.578.276/0001-14) teve 3 (três) registros. Medilar Importação e Distribuição de Prod. Médico Hospitalares S/A (CNPJ 06.272.575/0010-30) com 3 (três) marcações, Logfarma Distribuição e Serviços (CNPJ 02.376.381/0001-33) com 2 (dois) registros, Olined Material Hospitalar (CNPJ 03.033.589/0001-12) com 3 (três) registros, Lavebrás Gestão de Textéis S.A. (CNPJ 06.272.575/0010-30) com 2 registros, Sulmedic Comércio de Medicamentos Ltda (CNPJ 09.944.371/0001-04) com 2 registros, Machado Comércio, Obras e Serviços Eireli (CNPJ 16.954.128/0001-24, com 2, Voa Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios Eireli (CNPJ 29.303.183/0001-04) com 2, Cirurgica Fernandes – Comércio de Materiais Cirúrgicos e Hospitalares – Soc. Limitada (CNPJ 61.418.042/0001-31) com 2, Promefarma Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda (CNPJ 81.706.251/0001-98) com 2,

Já em relação as Advertências da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina, a Elfort Importação e Distribuição de Produtos Eireli (CNPJ 09.213.849/0001-18) teve 3 registros, a 3D Projetos e Assessoria Ltda (CNPJ 07.766.048/0001-54) recebeu 2 penalidades, sendo as demais empresas penalizadas apenas uma vez.

Já os demais órgãos aplicaram penalidades a empresas diversas, não tendo empresa que tenha recebido mais de uma Advertência.

Na aplicação da penalidade de Multa, novamente a Secretaria de Estado da Saúde é o órgão que mais aplicou a penalidade. Soma/SC Produtos Hospitalares Ltda (CNPJ 05.531.725/0001-20), com 34 registros, Sulmedic Comércio de Medicamentos Ltda (CNPJ

09.944.371/0001-04) com 10 anotações, Licimed – Distribuidora de Medicamentos, Correlatos e Produtos Médico Hospitalares Ltda (CNPJ 04.071.245/0001-60), com 7 registros, Altermed Material Médico Hospitalar Ltda (CNPJ 00.802.002/0001-02), Espirito Santo Distribuidora de Produtos Hospitalares Eireli (CNPJ 28.911.309/0001-52) e Maxipack Industria e Comércio de Produtos Descartáveis Eireli (CNPJ 07.604.021/0001-65) com 6 anotações, Logfarma Distribuição e Serviços Ltda (CNPJ 02.376.381/0001-33) e Olimed Material Hospitalar Ltda (CNPJ 03.033.589/0001-12) com 5 registros, Nuteral Indústria de Formulações Nutricionais Ltda (CNPJ 69.363.174/0001-15) e Cirúrgica Santa Cruz Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (CNPJ 94.516.671/0002-34), com 4 anotações; Asli Comercial Eireli (CNPJ 01.578.276/0001-14), Victoria Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (CNPJ 00.088.317/0001-21) e Miranda & Georgini Ltda (CNPJ 10.596.721/0001-60) com 3 registros, Merco Soluções em Saúde (CNPJ 05.912.018/0001-83), MCA Comércio e Assistência Técnica Hospitalar Ltda (CNPJ 15.229.902/0001-71), Engefrio Refrigeração Ltda (CNPJ 23.258.794/0001-93), Zero5 Distribuidora Eireli (CNPJ 31.552.106/0001-21), União Química Farmaceutica Nacional S.A. (CNPJ 60.665.981/0009-75) e Edera Distribuidora de Medicamentos Ltda (CNPJ 26.291.613/0001-19) com 2 registros.

Já a Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina, com seus 34 registros de aplicação da penalidade de Multa, aplicou tal penalidade para 26 empresas distintas, sendo Maycon Gomes do Santos 02113292238 (CNPJ 31791509000123) com 5 registros; Elfort Importação e Distribuição de Produtos Eireli (CNPJ 09.213.849/0001-18) com 3 registros; Francisco Lucas da Silva Junior ME (CNPJ 27.805.590/0001-86), Bidden Comercial Ltda (CNPJ 36.181.473/0001-80) e Santa Catarina Comércio Atacadista de Alimentos Ltda (CNPJ 35.436.093/0001-86) com 2 anotações.

Na Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa, com um total de 20 multas aplicadas, apenas a empresa Coringa Comércio e Representações de Equipamentos Eletrônicos de Segurança Ltda (CNPJ 01.468.282/0001-19) possui mais de uma penalidade aplicada, com o total de 2 (dois) registros.

Na Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural – EPAGRI, dos três registros anotados, foram aplicadas 2 (duas) multas ao fornecedor Sanigran Ltda (CNPJ 15.153.524/0001-90).

Já os demais órgãos, registraram apenas uma penalidade de multa aplicada no período pesquisado.

Acerca da suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, previsto no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, a Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina registrou 2 (duas) penalidades, sendo a penalidade de suspensão por 2 (dois) anos para a empresa FGH Distribuidora de Artigos para Papelaria Eireli (CNPJ 21.063.346/0001-09) e de suspensão por 1 (um) ano para a empresa Santa Catarina Comércio Atacadista de Alimentos Ltda (CNPJ 35.436.093/0001-86).

A Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa registrou a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de um ano, para o fornecedor Jean Clei Luchtemberg (CNPJ 03.958.256/0001-02).

Com o total de 3 (três) registros de suspensão, a Secretaria de Estado da Infraestrutura e Mobilidade aplicou a penalidade por 2 (dois) anos para as empresas União Prestadora de Serviços Ltda (CNPJ 08.985.901/0001-91), Eletro Comercial Energiluz Ltda (CNPJ 09.008.659/0001-69) e Almeida & Filhos Terraplenagens Ltda (CNPJ 32.487.258/0001-50).

Em relação ao Impedimento de Licitar e Contratar previsto na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), apenas dois órgãos registraram este tipo de penalidade. A Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina registrou a penalidade por 1 (um) ano ao fornecedor Cetrilife Tratamento de Resíduos de Serviços (CNPJ 26.522.047/0001-09), por 2 (dois) anos ao fornecedor Francisco Lucas da Silva Junior ME (CNPJ 27.805.590/0001-86), por 4 (quatro) meses à empresa Neuza Silveira dos Santos Eireli (CNPJ 31.254.425/0001-50), por 6 (seis) meses ao fornecedor Fontana e Joaquim Ltda (CNPJ 31.381.381/0001-20) e de 1 (um) ano para a empresa Bidden Comercial Ltda (CNPJ 36.181.473/0001-80).

Já a Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa teve um total de 3 (três) registros, sendo 2 (dois) anos para a empresa Rede Compre Bem Eireli (CNPJ 04.725.386/0001-50), 1 (um) ano para Éder Comércio de Frutas e Verduras Eireli (CNPJ 24.517.110/0001-93) e 1 (um) ano para a empresa Comercial Agrícola Alto Vale Ltda (CNPJ 75.779.223/0001-06).

Por fim, tivemos 1 (um) registro de decisão judicial liminar/cautelares que impede a contratação em todos os poderes da esfera do órgão sancionador, registrado pela Secretaria de

Estado da Administração, contra a empresa Escrimate Comercial e Serviços de Informática Eireli (CNPJ 00.748.569/0001-30) e também 3 (três) registro de pessoas físicas relacionados à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) contra Agostinho Fraiberg Machado (CPF 145.614.419-72), Antonio Carlos Medeiros Magalhães (CPF 195.109.859-53) e Marlos Wanderlei Wasen (CPF 558.820.809-91).

5. REFLEXÕES SOBRE OS RESULTADOS

Analisando as penalidades registradas no Cadastro de Penalidades – CADPEN, verificamos que a Advertência e a Multa são as penalidades mais aplicadas pelos órgãos do Estado, totalizando 95,17% (noventa e cinco virgula dezessete por cento), sendo a Multa a penalidade mais aplicada, com quase 59% (cinquenta e nove por cento) das ocorrências.

Já quanto ao órgão que mais aplicou penalidades, o líder em registros foi a Secretaria de Saúde, que reuniu aproximadamente 66% (sessenta e seis por cento) das penalidades registradas. Em segundo lugar aparece a Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina, com pouco mais de 19% (dezenove por cento) das penalidades aplicadas aos seus fornecedores.

Apenas estes dois membros da Administração Estadual respondem por cerca de 85% (oitenta e cinco) por cento dos lançamentos no sistema de controle de penalidades, demonstrando maior maturidade administrativa e o exercício da prerrogativa de imposição de penalidades aos seus fornecedores inadimplentes.

Ao analisar o perfil das penalidades aplicadas no período analisado, verificou-se que a maioria das ocorrências está relacionada a deficiências na entrega do objeto, como por exemplo “atraso na entrega ou impossibilidade da entrega conforme acordado”. Nota-se o predomínio de situações nas quais o fornecedor recebe a advertência ou multa e busca cumprir com as determinações da Administração, buscando evitar que sejam aplicadas penalidades mais severas.

A aplicação das penalidades que impedem a nova contratação e que são relacionadas a problemas com o produto tendem a considerar casos com maior influência, como entrega de produtos fora das especificações contratadas ou de serviços executados de forma insatisfatória, não atendendo aos fins aos quais foram contratados.

As situações que envolvem a penalidade de suspensão ou impedimento de licitar tendem a considerar as situações de maior gravidade na gestão contratual, como a desídia do fornecedor em atender ou justificar as determinações da Administração ou deixar de entregar ou cumprir o objeto contratual sem qualquer justificativa. Questões relacionadas a falta de documentação ou de declaração falsa também são motivos de suspensão ou impedimento de

contratar, pois geram prejuízos ao retardar e influenciar nas decisões administrativas e nos processos de escolha do fornecedor.

Importante também destacar que a mesma inadimplência do contratado, como a entrega extemporânea, pode trazer consequências e penalidades diversas conforme o ente contratante, já que, por exemplo, o atraso na entrega de medicamentos para órgãos de saúde ou unidades hospitalares tendem a gerar maiores danos do que os mesmos produtos a serem entregues em unidades administrativas; ou material escolar ou alimentos em unidades de ensino possui consequências mais graves do que o mesmo atraso de produtos como material de expediente. Assim, quanto maior a essencialidade do material ou serviço ao órgão ou entidade contratante, mais gravosa a penalidade a ser aplicada ao fornecedor inadimplente.

Assim, cabe ao gestor, analisando cada situação e as justificativas apresentadas, e utilizando dos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e interesse público, decidir qual a penalidade deva ser aplicada no caso concreto.

6. CONCLUSÃO

O estudo das penalidades em contratos administrativos é importante pois é por meio delas que a Administração busca evitar que o contratado deixe de cumprir com suas obrigações contratuais. Ao receber punições pelo descumprimento de suas responsabilidades, o contratado pela Administração é estimulado a evitar a recorrência em descumprir com suas obrigações, já que a penalidade se torna mais severa na medida em que a conduta do fornecedor gera prejuízos ao ente contratante, servindo de estímulo ao exato cumprimento do contrato administrativo.

Esse trabalho teve por objetivo analisar as penalidades registradas pelos órgãos estaduais no sistema CADPEN – Cadastro de Penalidades, além de fazer um levantamento bibliográfico acerca dos contratos administrativos, destacando a importância da fiscalização contratual e também uma análise das penalidades administrativas a serem aplicadas aos fornecedores inadimplentes com as obrigações assumidas no momento da contratação.

Representando mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos registros, nota-se também que a prevalência das penalidades mais brandas (Advertência e Multa) denota iniciativas com caráter de orientação e a não aplicação de penalidades que geram o impedimento do fornecedor de licitar e contratar com a Administração.

Assim, os dispositivos legais usados foram cinco, sendo mais usados, pela ordem, os incisos II e I do art. 87 da Lei nº 8.666/93, o art. 7º da Lei 10.520/2002, o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e ainda o art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Embora a não identificação de aplicação de penalidades por uma série de órgãos e entidades da Administração que pertencem ao SAGMS possam demonstrar a não inadimplência de seus fornecedores, em muitos casos isso reflete a falta de apuração das falhas encontradas durante a execução dos contratos administrativos, bem como o não registro das penalidades no CADPEN pelos órgãos, tendo em vista que o sistema entrou em operação em outubro de 2019 através da IN SEA 11/2019.

Para diminuir as ocorrências relacionadas a inadimplência contratual faz-se necessária a oferta de capacitação aos gestores e fiscais designados para o acompanhamento contratual, para que os mesmos estejam cientes de seu dever de notificar o contratado acerca dos

problemas encontrados durante a execução do contrato e de reportar tais ocorrências para que busquem uma solução aos defeitos registrados.

Com o aumento da fiscalização, embora inicialmente seja provável um aumento no número de penalidades, estas servem de alerta para que os demais fornecedores do órgão cumpram com suas obrigações na integralidade, evitando sejam penalizados e não possam mais contratar com o poder público.

Uma alternativa para evitar que os órgãos deixem de inserir a aplicação de suas penalidades no sistema CADPEN é a integração do sistema com o Diário Oficial do Estado, fazendo com que haja a inserção automática das penalidades publicadas no DOE no sistema CADPEN, evitando falhas quanto ao registro das penalidades aplicadas.

Também é importante fazer um levantamento dos órgãos que não possuem registros para que possa se investigar se não houveram penalidades aplicadas, e os motivos da eventual falta dos registros no CADPEN.

Com o levantamento das penalidades mais aplicadas, os gestores poderão direcionar ações para melhoria da fiscalização contratual e aumentar a eficiência das contratações públicas. Busca a Administração Pública, por meio do correto acompanhamento e fiscalização contratual, preservar o interesse público, além de promover entregas mais efetivas à sociedade, gerando melhores resultados para o cidadão e uma maior eficiência administrativa nas aquisições públicas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Gestão e fiscalização de contratos públicos**. Revista do Tribunal de Contas da União – Ano 35 – Número 102 – Out/Dez 2004. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/31>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de jun. de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**, Brasília, DF, 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Brasília, DF, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021

_____. Lei 8.429, 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Brasília, DF, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021

_____. Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Brasília, DF, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 05 fev. 2021

_____. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 05 abr. 2021

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAVES, Fábio Barbosa; ROSA, Alan Wortmann da. A fiscalização contratual como meio para busca de eficiência na Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 24 (5817), 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73487>. Acesso em: 7 maio 2021.

COSTA, Antonio França da. Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos. **Revista do Tribunal de Contas da União** – Número 127 – Maio/Agosto 2013. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/revista-do-tcu-n-127-maio-ago-2013.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas. 2011.

JESUS. Genildo Gomes de. **As 10 orientações do TCU sobre fiscalização de contratos**. Rio de Janeiro, RJ, 2018. Disponível em <https://institutocapacitar.com.br/gestao-e-fiscalizacao-contratual/orientacoes-do-tcu-fiscalizacao-de-contratos/>. Acesso em 02 jun. 2021.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Sanções Administrativas em Licitações e Contratos** – Caderno de Logística. Brasília: 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/manual-sancoes-22-09.pdf>. Acesso em 15 fev 2021.

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SANTA CATARINA. Decreto 2.617, de 16 de setembro de 2009. **Aprova o Regulamento Geral para Contratação de Materiais, Serviços, Obras e Serviços de Engenharia, no âmbito do Sistema Administrativo de Gestão de Materiais e Serviços - SAGMS, e estabelece outras providências**. Florianópolis, SC, 2009. Disponível em

<<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2009/002617-005-0-2009-003.htm>>
Acesso em: 09 mar 2021.

_____. Instrução Normativa SEA 11, de 22 de outubro de 2019. **Estabelece normas para a gestão e fiscalização de Contratos e Atas de Registro de Preços celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública estadual com fornecedores de bens e/ou serviços para a Administração Pública. Regula o registro de informações no Cadastro de Penalidades das sanções administrativas aplicadas a fornecedores - CADPEN/SC, e dá outras providências.** Florianópolis, SC, 2019. Disponível em
<<http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2009/002617-005-0-2009-003.htm>>
Acesso em: 09 mar 2021.

SARAI, Leandro. **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos.** Publicado em 31 de maio de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53264/contratos-administrativos>>
Portal Âmbito Jurídico. Acesso em 16 de março de 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos.** Brasília: 2019. Disponível em
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/gestaocontratos/article/view/184/154>.
Acesso em 18 abril 2021.