



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS – IAB
COMISSÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Indicação n. 032/2022

Lei Federal n. 14.133/2021. Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 50.797/2022. Hipótese de contratações diretas. Anexo II. Minuta-padrão prevista no regulamento municipal. Cláusula Décima Primeira, VI, “a”. Retenção de valores em débitos contratuais para fins de quitação de débitos trabalhistas decorrentes de demandas ajuizadas. Alegada violação dos arts. 55 e 87 da Lei Ordinária Federal n. 8.666/1993. Simetria aos arts. 92 e 156 da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021. Espécies de sanções sujeitas a rol taxativo ou exaustivo. Retenção de valores não prevista em lei nacional, o que viola o princípio da legalidade estrita. Parecer com *ratione definire* norteada para reconhecer ilegalidade e inconstitucionalidade.

Excelentíssimos Senhores Membros da Comissão de Direito Administrativo.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

1. RELATÓRIO

O expediente versa sobre indicação de Parecer pela Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), registrado na forma da Indicação n. 032/2022, de autoria do Dr. Emerson Moura.

Em suma, o indicante almeja lograr pronunciamento do IAB acerca da legalidade de parte da Minuta-padrão de contrato administrativo para as hipóteses de contratação direta, em especial prevista no Anexo II, Cláusula Décima Primeira, VI, “a”, do Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 50.797/2022, com o seguinte teor:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

São obrigações da CONTRATADA:

[...]

VI - responsabilizar-se, na forma do Contrato, por todos os ônus, encargos e obrigações comerciais, sociais, tributárias, trabalhistas e previdenciárias, ou quaisquer outras previstas na legislação em vigor, bem como por todos os gastos e encargos com material e mão-de-obra necessária à completa realização dos serviços até o seu término:

a) em caso de ajuizamento de ações trabalhistas em face da CONTRATADA, decorrentes da execução do presente Contrato, com a inclusão do Município do Rio de Janeiro ou de entidade da Administração Pública indireta como responsável subsidiário ou solidário, o CONTRATANTE poderá reter, das parcelas vincendas, o montante dos valores cobrados, que serão complementados a qualquer tempo com nova retenção em caso de insuficiência;

[...]

O indicante solicita a manifestação do IAB sobre a matéria lastreado no rol previsto de cláusulas obrigatórias da Lei Ordinária Federal n. 8.666/1992 (art. 55), bem como no rol de sanções previsto no mesmo diploma (art. 87) – Estatuto das Contratações Públicas este que foi sujeito a revisão geral por meio da publicação da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021, cujos arts. 92 e 156 trazem simetria com os dispositivos vindicados pelo indicante, conforme será observado na fundamentação deste Parecer.

Relatei. Passo a exarar a *opinio juris*.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Da Simetria entre os Estatutos Brasileiros da Contratação Pública

Em primeiro lugar, até mesmo em apreço ao novo regime de licitações e contratos administrativos regulado pelo Estatuto das Contratações Públicas publicado sob a forma da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021, que promoveu revisão geral e substituiu a Lei Ordinária Federal n. 8.666/1993, verifica-se que os arts. 92 e 156 da nova lei guardam simetria com os arts. 55 e 87 da lei anterior, suscitados pelo indicante, mantendo desta forma hígido seu pleito pela lavratura desta *Opinio Juris*.

Dispõem os arts. 92 e 156 da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021 – Estatuto das Contratações Públicas:

Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021 – Estatuto das Contratações Públicas

[...]

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.

§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

I - licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

II - contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

III - aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

§ 2º De acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução.

§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

§ 5º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, a medição será mensal.

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.

[...]

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e

VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

A Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021, que estabelece novo Estatuto Brasileiro das Contratações Públicas, é mais completa e acresce ao que já era previsto na norma anterior, Lei Ordinária Federal n. 8.666/1993, pelo que a *ratione definire* seguirá o referido parâmetro para se aviar a presente *Opinio Juris*.

2.2. Da Legalidade Estrita no Direito Administrativo Geral e Sancionador

O Direito Administrativo brasileiro é informado pelo princípio da legalidade estrita, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988, que possui conformação própria e deveras afastada da compreensão tradicional de legalidade como direito fundamental previsto no art. 5º, II, da *Lex Mater*.

Nesse sentido, os agentes públicos e o próprio agir administrativo do Estado não pode olvidar da aplicação rigorosa e estrita do texto normativo, respeitando-se especialmente as normas de modal deôntico cogente, na medida em que expressam matérias de ordem pública e ligadas ao interesse público primário do Estado brasileiro, o qual é informado pelos cânones

da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público.

Por mais que a partir do fim do século XX, com a ascensão do modelo gerencial de administração pública, argua-se a incidência d'um princípio da prevalência do interesse público, suavizando-se o extremo rigor conferido à supremacia do interesse público, fato é que ainda se arrima o Direito Administrativo Geral e, mais ainda, o Direito Administrativo Sancionador, nestes duas vigas mestras, verdadeiras “pedras de toque do regime jurídico-administrativo” nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹.

Quanto ao princípio da legalidade e suas nuances próprias no Direito Administrativo, é possível trazer à balha a posição doutrinária clássica e contemporânea acerca da matéria, na lavra de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Santos de Aragão e Aloísio Zimmer Júnior, nos termos que seguem:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. 1 do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, ficá evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".²

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.³

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.⁴

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 93.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 72.

O princípio da legalidade administrativa significa, então, nessa acepção, que a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie. A lei não precisa preordenar exaustivamente toda a ação administrativa, bastando fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes por ela conferidos. E, em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais.⁵

O princípio da legalidade, quando aplicado à Administração, restringe toda atuação ao que anteriormente foi definido pelo Poder Legislativo, o que de maneira alguma representa espécie de hierarquia entre os poderes, mas sim a existência de uma divisão de funções. De fato, toda atividade administrativa está fundada nas leis e nas regras que dela diretamente decorrem e, também é verdade, está fundamentada nos valores que inspiraram a sua realização e a sua aplicação – além da Constituição Federal, das leis complementares e das ordinárias, dos decretos legislativos e das resoluções do Congresso Nacional ou do Senado, das leis delegadas e das medidas provisórias, também existe o espaço do infralegal (o poder regulamentar).⁶

Dessa forma, o espaço normativo deferido aos regulamentos não pode inovar, via de regra, aquele transitado pelas leis, sob pena de violação ao princípio da divisão funcional do poder (Constituição do Brasil de 1988, art. 2º). O Estatuto das Contratações Públicas – antes publicado na forma da Lei Ordinária Federal n. 8.666/1993 e hoje sob vigência da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021 – não é apenas norma de natureza federal, mas nacional, vinculando o agir administrativo da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, incluso o Município do Rio de Janeiro.

O Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 50.797/2022, no ponto em que dispõe sobre a Minuta-padrão de contrato administrativo para as hipóteses de contratação direta, mormente quanto à Cláusula Décima Primeira, VI, “a”, estabelece cláusula exorbitante não prevista no rol taxativo de cláusulas obrigatórias do art. 92 da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021, e de tal sorte viola não apenas o disposto na aludida lei nacional, mas também o disposto no art. 22, XXVII, da Constituição do Brasil de 1988, na medida em que é de competência legislativa privativa da União legislar sobre as cláusulas exorbitantes de contratos administrativos, haja vista tratarem-se de matéria de ordem pública que limita a esfera de atuação do setor privado em suas relações com o Estado, vulnerando aspectos ínsitos à economia capitalista brasileira.

Em virtude de tais fundamentos, norteio minha *ratione definire* para a ilegalidade e inconstitucionalidade de tal dispositivo, que não pode ser considerado necessariamente um dispositivo normativo, mas que integra o campo de normatividade do decreto sob análise por se tratar de Minuta-padrão que vinculará a atuação dos órgãos administrativos do Município

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

6 ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, pp. 105-106.

do Rio de Janeiro, o que enseja a presente manifestação circunstanciada do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) sobre a matéria.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, manifesto-me pela aprovação dos requerimentos efetuados na Indicação n. 032/2022, considerando em especial a violação ao princípio da estrita legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da Constituição do Brasil de 1988 quanto à exigência prevista no Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 50.797/2022 apontada pelo indicante, sem que se vislumbre violação à moralidade.

Nada obstante, a *ratione definire* exarada nesta *Opinio Juris* basta para norteá-la no sentido da inconstitucionalidade e ilegalidade da aludida norma regulamentar frente a nova concepção trazida pelo Estatuto das Contratações Públicas publicado na forma da Lei Ordinária Federal n. 14.133/2021.

É como penso, *sub censura*. Submeto à Comissão de Direito Administrativo e ao Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Rio de Janeiro, aos 18 de setembro de 2023.



Divo Augusto P.A. Cavadas

Membro do IAB