CAUÊ VECCHIA LUZIA

O Dever de Proporcionalidade na Aplicação de Sanções Administrativas no Regime de Contratações Públicas

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

CAUÊ VECCHIA LUZIA

O Dever de Proporcionalidade na Aplicação de Sanções Administrativas no Regime de Contratações Públicas

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

VECCHIA LUZIA, Cauê
O dever de proporcionalidade na aplicação de sanções administrativas no regime de contratações públicas ; Cauê VECCHIA LUZIA ; orientador Gustavo Henrique Justino de Oliveira -- São Paulo, 2020.
241 f.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Sanções em Contratos Administrativos. 2. Dever de Proporcionalidade. 3. Direito Administrativo Sancionador. I. Justino de Oliveira, Gustavo Henrique, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: LUZIA, Cauê Vecchia.

Título: O dever de proporcionalidade na aplicação de sanções administrativas no regime de contratações públicas.

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos laços entre Pais e Filhos,
afeto incondicional e inesgotável.

Resumo

VECCHIA LUZIA, Cauê. **O dever de proporcionalidade na aplicação de sanções administrativas no regime de contratações públicas**. 2020. 241 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

A presente pesquisa busca compreender a sanção em contratos administrativos sob o prisma da incidência do dever de proporcionalidade em sua feição de conformação de finalidade. E, em relação à sua contribuição original às ciências jurídicas, dedica esforços para a designação de um modelo funcional da atividade sancionatória em contratações públicas. O problema das sanções contratuais está marcado por uma prevalente lógica de autoridade, derivada das noções fundantes do critério do contrato administrativo que se ancoram nas cláusulas exorbitantes e seu excesso de discricionariedade. Esse contexto se agrava pelas tensões decorrentes do confronto entre os anseios de eficiência da atividade administrativa contrastados com os valores garantidos pelo ordenamento constitucional, resultando num dilema, que aqui se designa, de cooperação. Em enfrentamentos aos temas, a pesquisa prospecta duas bases teóricas que se comunicam. A primeira, ambientada no Direito Administrativo Sancionador que orienta, a partir de teorias comportamentais e econômicas do Direito, em sentido à construção de um modelo, aqui designado, funcional da atividade administrativa centrado em três pilares: a sanção deve possuir um caráter instrumental aos fins coletivos; a capacidade punitiva pode ser elevada a categoria material de realização de agendas e políticas públicas; e, a administração pública detém o encargo de ponderar os valores e medidas concretas à melhor solução. A segunda premissa teórica refere-se à incidência do dever de proporcionalidade no campo de ação da administração pública, aqui designada de ganho qualitativo, significando a vocação do instituto para condicionar a percepção da administração pública em relação aos instrumentos de sua atividade. Ante estes aportes teóricos, defende-se que os contratos administrativos estão intimamente relacionados com finalidades prestacionais da administração pública, motivo pelo qual as imposições deles derivadas – dentre as quais as próprias sanções administrativas – podem, e devem, adotar como finalidade a funcionalização de finalidades públicas e garantias fundamentais. No âmbito dos contratos administrativos, propõe-se a ressignificação do conceito de sanção administrativa no que toca sua finalidade.

Palavras-chave: Sanções em Contratos Administrativos. Dever de Proporcionalidade. Direito Administrativo Sancionador.

Resumen

VECCHIA, LUZIA, Cauê. **El deber de proporcionalidad en la aplicación de sanciones administrativas en el régimen de contrataciones públicas**. 2020. 241 h. Tesis (Doctorado en Derecho de Estado) - Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, 2020.

La presente investigación busca comprender la sanción en contratos administrativos desde el punto de vista de la incidencia del deber de proporcionalidad en su carácter de conformación de finalidad. Y, en relación con su contribución original las ciencias jurídicas, se esfuerza en designar un modelo funcional de la actividad sancionatoria en contrataciones públicas. El problema de las sanciones contractuales está marcado por una lógica preponderante de autoridad, derivada de las nociones fundacionales del criterio del contrato administrativo que se basan en las cláusulas exorbitantes y su exceso de discrecionalidad. Ese contexto se agrava por las tensiones recurrentes del enfrentamiento entre los deseos de la eficiencia de la actividad administrativa contrastados por los valores garantizados por el orden constitucional, resultando así un dilema, denominado aquí, de cooperación. En enfrentamiento con los temas, la investigación presenta dos bases teóricas que se comunican. La primera, ambientada en Derecho Administrativo Sancionador que orienta, a partir de las teorías de comportamientos y económicas de Derecho, en un sentido la construcción de un modelo, aquí designado, funcional de la actividad administrativa centrado en tres pilares: la sanción debe poseer un carácter instrumental a los fines colectivos, la capacidad punitiva puede ser elevada a la categoría material de las realización de agendas y políticas públicas; y, la administración pública tiene la tarea de considerar los valores y medidas concretas para una mejor solución. La segunda premisa teórica se refiere a la incidencia del deber de proporcionalidad en el campo de acción de la administración pública, aquí designada de ganancia cualitativa, significando la vocación del instituto para condicionar la percepción de la administración pública con relación a sus instrumentos de actividad. Ante estos aportes teóricos, se defiende que los contratos administrativos están íntimamente relacionados con finalidades de prestaciones de la administración pública, motivo por el cual las imposiciones de ellas derivadas – entre las cuales las propias sanciones administrativas – pueden, y deben, adoptar el funcionamiento de finalidades públicas y garantías fundamentales. En el ámbito de los contratos administrativos, se propone una redefinición del concepto de sanciones administrativas con respecto a su finalidad.

Palabras claves: Sanciones en Contactos Administrativos. Deber de Proporcionalidad. Derecho Administrativo Sancionador.

Résumé

VECCHIA LUZIA, Cauê. **Le devoir de proportionnalité dans l'application des sanctions administratives dans le régime des contrats administratifs**. 2020. 241 f. Thèse (Doctorat en Droit de l'État) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2020.

Cette recherche cherche à comprendre la sanction dans les contrats administratifs du point de vue de l'incidence du devoir de proportionnalité, en tant que devoir de conformation de la sanction à son but. Par rapport à sa contribution originale aux sciences juridiques, elle consacre des efforts à la définition d'un modèle fonctionnel d'application des sanctions administratives dans les contrats administratifs. Le problème des sanctions contractuelles est marqué par une logique autoritaire, dérivée des notions fondatrices du critère du contrat administratif qui reposent sur des prérogatives de puissance publique excessivement discrétionnaires. Ce contexte est aggravé par les tensions résultant de la confrontation entre les aspirations d'efficacité de l'action administrative contrastées avec les valeurs de l'ordre constitutionnel, aboutissant à un dilemme, que l'on appelle ici de coopération. Face aux thématiques, la recherche prospecte deux bases théoriques qui se communiquent. La première, inscrite dans le Droit des Sanctions Administratives, qui guide, compte tenu des théories comportementales et économiques du droit, vers la construction d'un modèle, ici désigné, de fonctionnelle orienté vers une action administrative centrée sur trois piliers: la sanction doit être instrumentale à des fins collectives; le pouvoir punitive peut être élevée à la catégorie matérielle d'élaboration de l'agenda et de politique publique; et l'administration publique a la charge de peser les valeurs et les mesures concrètes pour la meilleure solution. La seconde prémisse théorique renvoie à l'incidence du devoir de proportionnalité dans le champ d'action de l'administration publique, ici appelé gain qualitatif, signifiant la vocation de l'institut à conditionner la perception de l'administration publique par rapport aux instruments de son activité. Compte tenu de ces contributions théoriques, il est avancé que les contrats administratifs sont étroitement liés aux objectifs de performance de l'administration publique, c'est pourquoi les impositions qui en découlent - parmi lesquelles les sanctions administratives elles-mêmes - peuvent et doivent viser, en tant qu'objectif principal, la réalisation des fins publiques et des garanties fondamentales. Dans le contexte des contrats administratifs, il est proposé de redéfinir le concept de sanction administrative en fonction de sa finalité.

Mots-clé: Sanctions en Contrats Administratifs. Devoir de Proportionnalité. Droit des Sanctions Administratives.

Sommario

VECCHIA LUZIA, Cauê. **Il dovere di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni amministrative nel regime dei contratti pubblici**. 2020. 241 f. Tesi (Dottorato in diritto statale) - Scuola di giurisprudenza, Università di São Paulo, 2020.

Questa ricerca mira a comprendere la sanzione nei contratti amministrativi dal punto di vista dell'incidenza del dovere di proporzionalità nel raggiungimento del suo fine. E dal punto di vista del suo ruolo originale di dare un contributo alle scienze giuridiche, si sforza di trovare un modello funzionale per l'attività sanzionatoria negli appalti pubblici. Il problema delle sanzioni contrattuali è caratterizzato da una prevalente logica di autorità, derivata dalle nozioni fondanti del criterio del contratto amministrativo che sono strettamente collegate a clausole esorbitanti e dal loro eccesso di discrezionalità. Questo contesto è aggravato dalle tensioni derivanti dal confronto tra le aspirazioni di efficienza dell'attività amministrativa in contrasto con i valori garantiti dall'ordine costituzionale, risultante in un dilemma, che qui viene chiamato cooperazione. Di fronte ai temi, la ricerca prospetta due basi teoriche comunicanti tra di loro. La prima, inserita nel Diritto Amministrativo Sanzionatorio, guida, dalle teorie comportamentali ed economiche del diritto, alla costruzione di un modello funzionale, qui designato, dell'attività amministrativa incentrato su tre pilastri: la sanzione deve avere un carattere strumentale ai fini collettivi; la capacità punitiva può essere elevata alla categoria materiale di ordine del giorno e politica pubblica; e la pubblica amministrazione ha l'onere di valutare i valori e le misure concrete al fine di trovare la migliore soluzione. La seconda premessa teorica si riferisce all'incidenza del dovere di proporzionalità nel campo di azione dell'amministrazione pubblica, qui definito guadagno qualitativo, che significa la vocazione dell'istituto a condizionare la percezione della amministrazione pubblica in relazione agli strumenti della sua attività. Alla luce di questi contributi teorici, si sostiene che i contratti amministrativi sono strettamente correlati alle finalità esecutive dell'amministrazione pubblica, motivo per cui le imposizioni derivanti da esse - tra cui le sanzioni amministrative stesse - possono e dovrebbero adottare come finalità la funzionalità degli scopi di garanzie pubbliche e fondamentali. Nel contesto dei contratti amministrativi, si propone di ridefinire il concetto di sanzione amministrativa in termini di finalità.

Parole chiave: Sanzioni nei Contratti Amministrativi. Dovere di Proporzionalità. Diritto Amministrativo Sanzionatorio.

Lista de Quadros

Quadro 1: Penalidades Aplicadas por Ano (CEIS-Dezembro/2018) 118
Quadro 2: Projeção da Vigência das Sanções Aplicadas (CEIS-Dezembro/2018) 119
Quadro 3: Estratificação da Vigência das Sanções Aplicadas (CEIS-Dezembro/2018) 120
Quadro 4: Tendências na Dosimetria da Suspensão de Direitos (CEIS-Dezembro/2018) 120
Quadro 5: Tendências na Dosimetria do Impedimento em Contratar (CEIS-Dezembro/2018) 121
Quadro 6: Tendências na Dosimetria da Declaração de Inidoneidade (CEIS-Dezembro/2018) 121

Sumário

INTRODUÇÃO.....13

Capítulo 1: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER SANCIONADOR E SUA INCIDÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....20

1.1. Notas Essenciais em Torno da Natureza e Características das Contratações Públicas.....25

1.1.1. Recepção da matriz francesa do critério do contrato administrativo e radicalização do conceito de prerrogativas exorbitantes.....25

1.1.2. Uma definição de contrato administrativo e a disciplina de prerrogativas exorbitantes 31

1.1.3. Defasagem do critério da autoridade e os impulsos por novos sentidos teóricos do contrato administrativo.....37

1.1.4. Apesar de sua defasagem, a lógica da autoridade se mantém no exercício da prerrogativa sancionatória no contrato administrativo.....44

1.2. Dimensão Sancionatória da Administração Pública e sua Interseção com o Contrato Administrativo.....53

1.2.1. O problema da justificação da atividade sancionatória da administração pública.....54

1.2.2. A resposta do Direito Administrativo Sancionador.....58

1.2.3. Construindo um modelo funcional da atividade sancionatória da administração pública.....65

a) Teorias responsivas.....65

b) Teorias de identificação de riscos.....69

c) Contribuições extraídas das teorias em sentido a um modelo funcional da atividade sancionatória da administração pública.....71

1.3. Síntese Parcial do Capítulo.....75

Capítulo 2: REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DAS SANÇÕES CONTRATUAIS E SEUS FUNDAMENTOS NORMATIVOS.....76

2.1. Considerações sobre o Regime Constitucional das Contratações Públicas e sua Disciplina Sancionatória.....78

2.1.1. O perfil constitucional das contratações públicas.....79

2.1.2. Moldura constitucional da atividade sancionatória da administração pública.....86

2.1.3. Competência legislativa e profusão de normas infraconstitucionais.....91

2.2. A Disciplina Jurídico-Normativa da Atividade Sancionatória nas Contratações Públicas.....100

2.2.1. Revisitação aos critérios jurídico-normativos da atividade sancionatória.....101

a) Na Lei Geral de Licitação e Contrato Administrativo.....101

b) Na Lei do Pregão.....106

c) Nas leis que regulam outras hipóteses específicas de contratações públicas.....110

d) No Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional.....112

2.2.2. Qual a extensão atual do problema em relação aos contratos administrativos?.....116

2.2.3. Análise crítica dos critérios legais das infrações e sanções contratuais.....122

a) Os tipos infracionais.....122

b) As sanções.....126

c) Aspectos processuais.....135

2.3. Síntese Parcial do Capítulo.....137

Capítulo 3: O DEVER DE PROPORCIONALIDADE DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....139

3.1. O Desafio da Legitimação das Atividades Administrativas e sua Particular Relevância no Contexto Brasileiro 141

3.2. O Dever de Proporcionalidade como Diretriz e Fonte de Legitimação da Administração Pública.....148

3.2.1. Considerações sobre a trajetória de expansão do dever de proporcionalidade no contexto europeu.....149

3.2.2. Um conceito e a estrutura do dever de proporcionalidade como fonte de legitimação da atividade administrativa.....154

3.2.3. O ganho qualitativo a partir da Carta de Direitos Fundamentais 158

3.3. O Dever de Proporcionalidade no Contexto Brasileiro e sua Centralidade como Vetor da Atividade Sancionatória da Administração Pública.....163

3.3.1. A incidência do dever de proporcionalidade no sancionamento em contratos administrativos 164

3.3.2. O desafio de legitimação é atenuado quando o ambiente contratual da administração pública é permeado pelas diretrizes de proporcionalidade.....168

3.3. Síntese Parcial do Capítulo 176

Capítulo 4: PROPOSIÇÕES DE UM MODELO FUNCIONAL-PEDAGÓGICO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....177

4.1. O Dilema da Cooperação Contratual: Tensão entre Eficientismo e Garantismo nas Sanções do Contrato Administrativo 179

4.2. Em Continuidade: Construção de um Modelo Funcional de Sanções Contratuais.....189

4.2.1. Ressignificação do sentido finalístico da sanção administrativa.....189

4.2.2. Principais implicações do conceito de sanção funcional-pedagógica na disciplina das sanções contratuais 196

a) Aproximação da sanção contratual ao conteúdo do contrato administrativo 196

b) A noção funcional atenua o desafio de caracterização da conduta infracional e delimitação da sanção aplicável 199

4.3. Apontamentos sobre o Processo Sancionatório Frente às Garantias de Contraditório e Ampla Defesa 204

4.4. Síntese Parcial do Capítulo 211

CONCLUSÕES 213

REFERÊNCIAS 218

INTRODUÇÃO

O tema sanções em contratações públicas representa ponto de acentuada tensão nos espaços de interação público-privado. Se por um lado o monopólio do poder sancionatório é confiado ao Estado desde a remota formação da sociedade, por seu turno os direitos e garantias individuais devem ser sacramente protegidos como forma de assegurar um ambiente indisponível de civilidade. Infrações devem ser punidas, mas liberdades também necessitam ser asseguradas. Tudo, em justa medida, pois a prevalência de um aspecto sobre outro revela injustiça. O uso de força descomedida expõe arbitrariedades, assim como o emprego de privilégios excessivos descortina impunidades.

Os contratos administrativos são celebrados sob a perspectiva de apropriação, pela administração pública, da eficiência inata da iniciativa privada na solução de demandas públicas. Nessa linha, os contratos administrativos possuem conteúdo intima e essencialmente atrelado a deveres prestacionais do Estado para com a sociedade, ainda que com maior ou menor intensidade. Através da execução contratual são garantidas à sociedade, direta ou indiretamente, uma plêiade de utilidades e serviços devidos pelo Estado.

Logo, nesse contexto de relevância para as finalidades públicas, o cometimento de uma infração é conduta significativamente indesejável, constitui uma severa arritmia no pulso normal da relação contratual, reivindicando resposta pelo Estado. No entanto, o ordenamento jurídico não provê diretrizes suficientemente claras, objetivas e sistematizadas para que a administração pública desencadeie e ultime um processo sancionador[1]. Além disso, o tema não tem sido objeto de aprofundamento na doutrina, conforme aponta Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 495) anotando que “o tema das sanções no âmbito da Lei nº 8.666/93 não propiciou debates mais aprofundados na doutrina [...] os autores mais abalizados costumam passar sobre a matéria num voo de pássaro”.

[1] Francisco ZARDO (2014, pp. 26-27) anota que: “Entretanto, esse otimismo não pode ser estendido à disciplina das sanções administrativas em licitações e contratos, cujo laconismo é incompatível com a gravidade das penas. Apenas três artigos da lei de licitações são dedicados ao assunto, os quais estabelecem genericamente as infrações, as sanções e o prazo de defesa. Não se faz a necessária correlação entre as infrações e as sanções”.

Para suprir essa escassez do regime jurídico relativo ao tema, a doutrina tem se apropriado de teorizações e formulações das ciências criminais, com esforços destinados a adequar e moldar os conceitos transpostos para a realidade da administração pública. Estes impulsos se revelam nas teorias do Direito Administrativo Sancionador, cuja essência repousa na noção de que as infrações e sanções, penais ou administrativas, seriam ontologicamente idênticas sob o ponto de vista de sua conceituação jurídica.

Nesse contexto, são dois os problemas principais que atraíram o interesse da presente pesquisa. O primeiro relativo ao enfrentamento dado ao tema, tradicionalmente fitado como uma situação afeta à legalidade e cuja solução seria a ampliação do quadro normativo. Essa perspectiva, repetida em décadas, não reverberou efeitos práticos e se revela com sinais de esgotamento, o que indica uma necessária inovação do meio de aproximação ao assunto. O segundo problema, mais específico, consiste na adoção de um fundo conceitual para as sanções administrativas transplantadas do Direito Penal sem maiores ressalvas, porque o conceito emprestado decorre de premissas e valores próprios das ciências criminais e distintos dos primados administrativistas. Esta circunstância denota uma necessidade de ressignificação conceitual da sanção administrativa, para que ela informe melhor os desígnios próprios da administração pública.

Anote-se, ainda, que as relações contratuais formam ambiente de trânsito de interesses diversos, por vezes até mesmo antagônicos, e sujeito a pressões externas impostas a partir de anseios sociais e, também, órgãos de controle e fiscalização. Sua própria formalização já deriva de rito bastante complexo. Em essencial síntese, o processo de contratação pública comporta duas fases distintas e relativamente autônomas. Tem início em etapa interna, promovida exclusivamente pelo ente público e segue com etapa dedicada à escolha do contratado. O marco inicial é a verificação, por parte da administração pública, da necessidade e conveniência da contratação e detalhamento do objeto capaz de suprir a demanda. Em continuidade, dá-se a etapa de eleição do particular apto a satisfazer a contratação, que pode ocorrer em processo licitatório público ou, em casos específicos, por contratações diretas. Tais procedimentos resultam no contrato, que passa a ser executado em ambiente de íntima relação entre particular e administração pública frente aos anseios coletivos.

Nesse ambiente, o ordenamento confere uma posição de prevalência ao Estado, a chamada condição exorbitante que coloca a administração pública em disposição vertical sobre os particulares. Tal condição encontra amparo no raciocínio de que administração pública possui o dever de tutelar o interesse público de forma permanente e, para que possa assim realizar, dispõe do poder de mando na relação vigente no contrato para, por exemplo, modificar, ampliar, reduzir ou mesmo extinguir a contratação.

Dentre as prerrogativas exorbitantes, o regime jurídico desenha uma disciplina sancionatória atribuindo um arsenal de penalidades que podem ser aplicadas e dosadas em razão de critérios não previamente definidos de escolha. As penalidades envolvem simples advertências, multas, suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública e declaração de inidoneidade. Todavia, os agentes públicos dispõem de margem de discricionariedade para suas decisões, podendo adotar as soluções que julgarem oportunas e convenientes ao caso concreto. Noutras palavras, tem-se que a execução de contrato administrativo deve ser, sempre, presidida pelo interesse público, e, em caso de eventuais desvios de rota, o ordenamento jurídico concede arsenal de medidas punitivas a serem impostas pela administração pública ao particular contratado. Sucede que as sanções administrativas transitam em espaços de exorbitância e discricionariedade da administração pública, o que implica em inúmeros desafios.

Como regra, há previsão legal para a tomada de decisões sancionatórias ou absolutórias. Porém, tais previsões remetem à motivação e avaliação interna da administração pública. O ordenamento jurídico não estabelece diretrizes precisas para balizar a tomada de decisão pela administração pública, criando margem de excessiva discricionariedade capaz de permitir a prevalência de uma lógica de autoridade na relação contratual.

O ponto de desconforto nessas situações é que, de um lado, o particular contratado se encontra dependente de uma escolha do agente administrativo e com poucas prerrogativas que lhe assistem; e, noutra margem, os agentes administrativos não dispõem de subsídios específicos para orientarem suas decisões.

Além disso, o particular contratado – ainda que infrator – é titular de direitos e garantias fundamentais, esculpidas no altiplano da Constituição Federal e que

devem valer em face de qualquer intervenção estatal que lhes implique restrições ou reduções. Então, é de interesse do contratado que suas garantias de propriedade e livre iniciativa não sejam restringidas injustamente por sanções administrativas.

O ambiente das contratações públicas é, conceitualmente, espaço de disputa entre interesses contrapostos. Grosso modo, de um lado a administração pública tem em perspectiva a concretização do objeto contratado nas melhores e mais eficientes condições possíveis; noutro extremo, o particular contratado busca obter proveitos da relação firmada, via de regra, de ordem econômica, o que lhe é legítimo. Daí que a cooperação entre as partes repousa sobre um delicado equilíbrio de todos os interesses, forças e pressões incidentes sobre a relação contratual.

Dada sua posição de prevalência e presidência nos contratos administrativos, confia-se à administração pública o encargo de orquestrar o fino equilíbrio da relação público-privado. Daí a incidência, com ênfase, do dever de proporcionalidade como vetor central da atividade sancionatória, não somente como técnica hermenêutica de motivação, mas, sobretudo, como diretriz axiológica destinada a condicionar a própria percepção que a administração pública faz recair sobre os instrumentos de sua atividade.

Então, mais do que em qualquer outra atividade estatal, o poder sancionador não deve ser desempenhado na base do improviso ou do acaso. Mas, ao contrário, tal atividade demanda criteriosas reflexões e ponderações acerca da extensão de seus efeitos, porque intimamente relacionada à intervenção em esferas jurídicas distintas. Sem diretrizes fortes, o exercício das prerrogativas do poder sancionatório tenderá a escolhas díspares e pautadas em critérios muito diferentes. Tudo isto revela indiscutíveis fragilidades no regime sancionatórios de contratações públicas. Estas circunstâncias desaguam um desafio, ou mesmo déficit, de legitimação na dimensão sancionatória dos contratos administrativos. Compreender com maior profundidade estas fraquezas e institucionalizar mecanismos que as supram parece ser o esforço necessário para assegurar um ganho qualitativo ao tema.

Com essas ponderações, a escolha do tema é justificada na necessidade e oportunidade de se desenvolver pesquisa sobre aspecto reputado de essencial interesse ao bom desenvolvimento da atividade sancionatória do Estado.

Reclama-se um atualizado enfrentamento ao regime sancionatório e uma ressignificação dos institutos incidentes sobre as contratações públicas, visando conferir conteúdo apto a privilegiar a adequação, necessidade e ponderação na aplicação de penalidades em face de condutas írritas. Além disso, nos últimos anos se vê uma escalada do número de sanções aplicadas no ambiente das contratações públicas[2].Portanto, vive-se momento favorável à estruturação e valorização do controvertido assunto, permitindo a proposição de fundamentos teóricos destinados a conferir maior densidade ao tema.

Nesse contexto e tendo como pano de fundo a noção do dever de proporcionalidade na atuação administrativa, a presente pesquisa tem como principal objetivo investigar se a sanção administrativa pode ser alçada a meio instrumental de realização dos fins prestacionais subjacentes à relação contratual, que, a um só tempo, assegure balizas mais densas à atividade administrativa e garanta a realização dos valores coletivos essenciais, dentre os quais os direitos e garantias fundamentais. Objetiva-se, assim, avaliar o dever de proporcionalidade como vetor central de legitimação da atividade sancionatória, de modo a garantir parâmetros jurídicos necessários a justificar a aplicação de sanções administrativas no âmbito das contratações públicas.

A atividade sancionatória refere-se a, conforme lembra Juliana BONACORSI DE PALMA (2015, p. 55), “todo o ciclo regulatório sancionador”, abrangendo desde os regramentos das infrações e sanções administrativas, a fiscalização dos contratos, a apuração da conduta infracional e o sancionamento em espécie. O recorte metodológico desta pesquisa orienta-se, porém, em relação a este último componente, o da sanção propriamente dita. A opção pela investigação mais detida deste componente decorre da percepção de que o problema do sancionamento refere-se a uma zona de penumbra acerca da legitimação da imposição estatal restritiva à esfera de direitos do particular. Com efeito, opta-se por não aprofundar debates acerca da caracterização e estrutura das infrações propriamente ditas, senão apenas como pressuposto necessário à incidência das sanções administrativas. Portanto, considerando as sanções como

[2] Nesse sentido, Fábio Mauro MEDEIROS (2012) anota que, “a partir de 2011, com o novo entendimento do TCU, verifica-se uma reação ao contexto de abuso de direito de entidades privadas em desfavor da Administração, logo, reação contrária também ao administrado afetado pela inadimplência”. Assim, percebe uma percebe uma progressiva intensificação de um contexto sancionatório.

elemento nuclear da atividade sancionatória em que a administração pública externa efeitos concretos sobre a esfera de direitos do particular, justifica-se a investigação focada na prerrogativa de imposições de sanções administrativas.

A hipótese central para o enfrentamento desse contexto é que os contratos administrativos corporificam desígnios prestacionais do Estado, que prevalecem como valor jurídico central da relação celebrada entre administração pública e particular frente à sociedade. Quando esta atuação material afeita à satisfação de interesses coletivos é atacada por uma conduta infracional, então os esforços da administração pública devem priorizar o restabelecimento e readequação da utilidade prestação atrelado ao conteúdo do contrato administrativo. O contrato administrativo e seu conteúdo devem ser o ponto de partida e, principalmente, o objetivo de chegada de toda e qualquer imposição feita pela administração pública, inclusive eventuais sanções administrativas.

Um pressuposto desse raciocínio é que o Direito Administrativo é, historicamente, ramo de constante interlocução com teorizações e formulação de outras áreas do Direito, das quais se apropria de institutos e conceitos jurídicos específicos. Não raras vezes, estes instrumentos exigem adaptações e revisões de seus paradigmas para que melhor atendam às necessidades coletivas que lhe são contemporâneas. É o que se sucedeu em relação ao próprio contrato administrativo desde sua incorporação a partir do Direito Civil e seu processo de autonomização. É o que se vê, atualmente, em relação à atividade sancionatória da administração pública, cujo substrato decorre da influência e empréstimo das teorias criminais e que demandam ressignificação.

Para a investigação que se propõe, a presente pesquisa é inaugurada com capítulo dedicado a avaliar a amplitude e intersecção de dois problemas: de um lado o ambiente das contratações públicas fundado em prerrogativas exorbitantes, que lhe impõem uma lógica de excessiva discricionariedade, bem como os impulsos em sentido ao reposicionamento teórico do regime jurídico das contratações públicas; noutra esquina, os debates e construções teóricas ambientados no Direito Administrativo Sancionador, centrados na preocupação de autonomização da disciplina sancionatória da administração pública. Neste capítulo são expostos conceitos e fundamentos construídos em perspectiva de centralidade dos direitos e garantias fundamentais que decorrem do Constitucionalismo Garantista.

Em continuidade ao tema proposto, o segundo capítulo procura avaliar a incidência da problemática da atividade sancionatória em contrato administrativo no cenário específico do Direito brasileiro. Parte-se de uma melhor compreensão acerca do regime jurídico das contratações públicas no ordenamento brasileiro, percorrendo análise sobre o perfil constitucional e o ambiente regulamentar do instituto. Segue-se com uma revisão crítica das diretrizes e critérios normativos pertinentes às infrações e sanções em contratações públicas, o que se faz por investigação acerca da disciplina jurídico-positiva da dimensão sancionatória dos contratos administrativos.

Essas anotações situam-se sobre a percepção de um ambiente jurídico-normativo poroso de rarefeito, destituído de elementos suficientes a justificar e legitimar de maneira desejável a atividade sancionatória. Este problema é enfrentado no terceiro capítulo da pesquisa, dedicando esforços para compreender os desafios de legitimação da atividade administrativa e suas particularidades no cenário brasileiro. Segue-se com a revisitação ao instituto da proporcionalidade enquanto instrumento de justificação e condicionamento da administração pública, avaliando em que medida a incidência do referido dever é capaz de atenuar o déficit de legitimação das sanções administrativas. Com esta avaliação, busca-se chamar a atenção para a necessidade de qualificação do discurso do dever de proporcionalidade no seu campo de aplicação prática.

O quarto e último capítulo inicia-se com esforços para compreensão acerca do ambiente de tensão gerado a partir do antagonismo existente entre o eficientismo administrativo e o garantismo jurídico. Esta análise tem foco no aprofundamento da percepção sobre os impactos gerados a partir daqueles impulsos conflitantes na atmosfera dos contratos administrativo, sob o recorte de sua dimensão sancionatória. Segue-se no capítulo com proposição específica buscando a construção de um modelo funcional de atividade sancionatória, onde, como contribuição original à ciência jurídica, propõe a ressignificação do sentido finalístico da sanção contratual. Por fim, dedica alguns apontamentos acerca da densificação do dever de proporcionalidade dos processos de formação do juízo de pertinência do sancionamento.

∴

Capítulo 1: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER SANCIONADOR E SUA INCIDÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

1.1. Notas Essenciais em Torno da Natureza e Características das Contratações Públicas. 1.1.1. Recepção da matriz francesa do critério do contrato administrativo e radicalização do conceito de prerrogativas exorbitantes. 1.1.2. Uma definição de contrato administrativo e a disciplina de prerrogativas exorbitantes. 1.1.3. Defasagem do critério da autoridade e os impulsos por novos sentidos teóricos do contrato administrativo. 1.1.4. Apesar de sua defasagem, a lógica da autoridade se mantém no exercício da prerrogativa sancionatória no contrato administrativo.
1.2. Dimensão Sancionatória da Administração Pública e sua Interseção com o Contrato Administrativo. 1.2.1. O problema da justificação da atividade sancionatória da administração pública. 1.2.2. A resposta do Direito Administrativo Sancionador. 1.2.3. Construindo um modelo funcional da atividade sancionatória da administração pública: a) Teorias responsivas; b) Teorias de identificação de riscos; c) Contribuições extraídas das teorias e o modelo funcional da atividade sancionatória.
1.3. Síntese Parcial do Capítulo.

Em sua trajetória de desenvolvimento, o contrato administrativo sobrevive em permanente conflito com seu tempo. A prática contratual e a teoria administrativista caminham descompassadas, não raras vezes exigindo a criatividade dos administradores na gestão das demandas públicas, ou, a habilidade dos publicistas na conformação de relações complexas e inovadoras.

O Direito brasileiro adotou a matriz francesa da teoria do contrato administrativo, ao seu tempo marcada pela interferência de poderes tidos como próprios da administração pública (*puissance publique*) para promover a alteração e rescisão unilateral, a fiscalização da execução, a ocupação provisória de bens e a aplicação de sanções em face do contratado. Trata-se das chamadas

prerrogativas exorbitantes. Esta moldura foi transposta, a partir das formulações originais, sem grandes adequações ou ajustes ao cenário e realidade nacionais. Em verdade, a legislação infraconstitucional brasileira acolheu a fórmula estrangeira e acentuou suas expressões, daí cultivando um regime jurídico atrelado às noções de prerrogativas exorbitantes protetivas de interesses públicos como características naturais do instituto.

Dada sua origem, as prerrogativas exorbitantes sempre foram percebidas como poderes indissociáveis da administração pública na tutela dos interesses subjacentes à relação contratual. E o ordenamento jurídico no Brasil vem perpetuando a noção de que o contrato administrativo se qualifica pelo exercício de autoridade, pois ancora o regime jurídico da relação, exatamente, nas prerrogativas exorbitantes da administração pública.

Todavia, apesar do intenso foco nos poderes exorbitantes, a legislação que regula os contratos administrativos não estabelece diretrizes precisas de balizamento para o exercício de tais prerrogativas. Mesmo considerando outros diplomas que orientam a atuação administrativa, a exemplo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e da Lei do Processo Administrativo Federal, enxergam-se vetores muito rarefeitos para a atuação da administração pública, porque com elevado grau de subjetivismo e conteúdos juridicamente indeterminados. A baixa densidade legislativa remete o agir administrativo à acentuada discricionariedade, permitindo respostas estatais díspares e inconstantes.

O problema da ampla discricionariedade das prerrogativas exorbitantes ganha complexidade nas situações limítrofes das relações contratuais, como é o caso da aplicação de sanções administrativas.

Aliás, dentre os poderes exorbitantes conferidos à administração pública, a imposição de sanções talvez seja aquele que exprime com maior intensidade o exercício da autoridade estatal. Veja que, num contexto de pouca regulação, a apuração parte de presunções de veracidade que favorecem a caracterização da infração, o julgamento imprime, a um só tempo, a qualificação do contratado como infrator e a imposição de restrições diretas à esfera de direitos do particular e, ao cabo, a decisão é executada por meios próprios. Tudo ancorado em prerrogativas extravagantes, não escritas e percebidas como naturais da administração pública.

No contrato administrativo convivem perspectivas distintas, da administração pública e do particular, com enfoques e finalidades específicas, mas que compartilham da mesma insegurança decorrente da imprecisão dos critérios jurídicos de sancionamento.

A administração pública contrata buscando apropriar-se de eficiência, inata da iniciativa privada, na solução de demandas públicas, dispondo, dentre outras prerrogativas, de um arsenal de sanções que podem ser aplicadas ao contratado como forma de coagir ao atingimento das finalidades públicas. É necessário presumir que, ao lançar mão do poder sancionador, os agentes administrativos almejam agir corretamente e de maneira complacente à legalidade e moralidade. Todavia, o problema do regime jurídico da atividade sancionatória, aliado à ausência de balizas objetivas e diretrizes concretas, abre margem para excessos ou impunidades.

Por seu turno, o particular vê nas contratações públicas um mercado amplo e constante para ofertar bens e serviços. Nesta relação, se sujeita a responsabilidades que extrapolam os riscos usuais de suas atividades, notadamente ser sancionado a partir de prerrogativas unilaterais atribuídas ao contratante, além de ter mitigados instrumentos para defesa de seus direitos a partir de uma lógica de subserviência. Ocorre que, numa eventual hipótese de sancionamento, os direitos e garantias consagradas ao particular não podem sofrer limitações a partir de um raciocínio de autoridade. Logo, a imprecisão legislativa quanto aos critérios de sancionamento torna mais difícil dissociar a atividade punitiva da lógica da autoridade que se enraíza na relação contratual.

Com isso, o contrato administrativo semeia terreno de tensão entre a autoridade da administração pública contratante e a subordinação do contratado, externada nos poderes conferidos ao Estado para alterar os parâmetros da relação contratual em contraposição ao dever de sujeição esperado do particular. Esta característica das contratações públicas tinge de instabilidade a relação contratual, implicando, não apenas o aumento nos custos como resposta do mercado ao ambiente de riscos, mas, principalmente, no comprometimento da segurança jurídica na contratação.

Sucede que o posicionamento radical da lógica da autoridade não encontra mais sustentação. Há muito tempo que o Estado deixou de ser entendido como detentor único dos meios de coerção para converter-se numa figura prestadora e

protetiva da sociedade. Estas atuais feições implicam novo equacionamento das funções da administração pública na sociedade e a releitura do Direito Administrativo. É dizer que o pensamento jurídico acerca do papel da administração pública anda em constante evolução e, provavelmente, o impulso qualitativo mais expressivo na modernidade é a denominada constitucionalização do direito administrativo[3]. Dado este fenômeno, o texto constitucional e os direitos nele enunciados passam a incidir de forma mais intensa nas relações jurídicas, demandando que o Estado, a um só tempo, atue como garantidor dos direitos fundamentais e observe um complexo sistema de legitimação para decisões que impliquem limitações às liberdades públicas.

Por outro lado, esse contexto sofre a pressão de uma racionalidade pragmática aplicada ao setor público, que exige da administração pública um comprometimento prioritário com a apresentação de resultados e com a máxima eficiência no desempenho de suas atividades[4]. Esta perspectiva gerencial pressupõe a flexibilização dos meios empregados pela administração pública na consecução de suas atividades, bem como a abstenção do controle sobre a revisão dos métodos, assim para assegurar uma orientação apegada à produção de resultados para a sociedade-cliente. Desloca-se o centro de gravidade da legitimação das funções administrativas, focalizando-o nos fins atingidos e nos saldos granjeados pelo desempenho administrativo.

Esse contexto revela uma espécie de crise de identidade do regime jurídico característico das prerrogativas incidentes sobre as contratações públicas,

---

[3] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2012, p. 89) explica que "o sentido em que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida) foi a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico".

[4] Adriana da Costa Ricardo SCHIER (2001, p. 128) pondera que "a Administração Pública Gerencial busca legitimidade através da aferição de resultados eficientes. Entende-se, pois, que o administrador público poderá optar pelos meios que entender mais adequados para o devido alcance do interesse público, concretizado a partir das finalidades definidas pela lei. Com efeito, como se afirmou, procura-se eliminar o controle de meios, característico da organização burocrática, flexibilizando o regime jurídico administrativo para privilegiar uma dimensão controladora que se restrinja à apreciação dos resultados da atividade do poder público".

impactando diretamente nos fundamentos de justificação das sanções nos contratos administrativos. Assim, pressupondo a relevância da atividade sancionatória, neste capítulo busca-se avaliar a amplitude do problema exposto e delimitar referenciais teóricos de resposta àquela crise de identidade. Para tanto, o plano de trabalho proposto consiste nas seguintes etapas de investigação:

(i) Revisitar o contexto dos fundamentos teóricos que ancoram o regime das contratações públicas nas denominadas prerrogativas exorbitantes. Assim como atualizar a crítica acerca da noção de defasagem da lógica da autoridade nas relações entre a administração pública e os particulares; e,

(ii) Compreender os fundamentos da dimensão sancionatória da administração pública à luz da teoria sancionatória do Direito Administrativo. Ainda, explorar a interseção do modelo funcional com a atividade sancionatória da administração pública em suas relações contratuais.

1.1. Notas Essenciais em Torno da Natureza e Características das Contratações Públicas

O Estado sempre tomou a colaboração de particulares em sua manutenção e no desempenho de suas atividades. Em dado momento histórico, estas relações se fizeram permear pelo Direito, desencadeando esforços voltados a explicar, sistematizar e harmonizar o fenômeno contratual da administração pública e o próprio regime jurídico que o sustenta.

A noção atual de contrato administrativo é fruto de um longo trajeto de práticas administrativas e formulações teóricas, que serviram de subsídios para o reconhecimento, autonomização e sistematização de um instituto largamente utilizado pela administração pública. Nesse contexto, parece prudente empenhar esforços na compreensão da trajetória de sedimentação do contrato administrativo, para, com isso, apreender seus elementos estruturantes.

1.1.1. Recepção da matriz francesa do critério do contrato administrativo e radicalização do conceito de prerrogativas exorbitantes

O percurso de construção teórica sobre as relações contratuais da administração pública contou com largo protagonismo de instituições e pensadores franceses. E, de fato, as contribuições francesas foram pioneiras e amplamente difundidas, vindo a influenciar os ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive o Brasil.

As nuanças teóricas nesse trajeto histórico são incontáveis, alargando-se por mais de um século de formulações. Porém, algumas deles merecem destaque por sua relevância para o objeto desta pesquisa, porque deles reverberam conceitos que ainda hoje dão cor e forma à interpretação jurídica que recai sobre o fenômeno das relações contratuais.

Esse contexto justifica as breves exposições que seguem. É que, enquanto se pretenda abordar as condicionantes para o exercício das prerrogativas

sancionadoras, mostra-se prudente um breve apanhado acerca das formulações dogmáticas que influenciaram o percurso de consolidação da teoria do contrato administrativo até o direito brasileiro. Como ressalva metodológica, cabe pontuar que as indicações a fontes e formulações estrangeiras não possuem como propósito o desenvolvimento de um estudo de direito comparado, sob os rigores de seus métodos, mas servem de subsídio, de estofo teórico, para a melhor compreensão do contexto no qual a doutrina do contrato administrativo foi edificada e expandida.

Pois bem, a concepção de um regime jurídico específico dos contratos administrativos é atribuída ao pensamento francês do período pós-revolucionário, a partir do ocaso do século XIX. O tema costuma ser apresentado numa perspectiva mais ampla, do encontro das formulações da Europa continental num processo de emancipação e afirmação do Direito Administrativo como ramo autônomo e não mera exceção ao Direito Civil. Neste trajeto houve reconhecido protagonismo das contribuições francesas[5]. E de fato foi assim, tendo a figura do contrato administrativo ocupado papel central no percurso.

O impulso ao tema dos contratos administrativos surgiu de forma acidental, a partir dos esforços franceses para evolução de sua justiça administrativa (*contentieux administratif*) [6] , intensificados quando o *Tribunal des Conflits* reconheceu, no celebre julgamento do caso *Agnès Blanco* em 8 de fevereiro de 1873[7], a sujeição ao foro administrativo sob o fundamento da natureza especial do serviço público. E assim, num contexto de debates acerca da amplitude da jurisdição administrativa no sistema dual da França, a doutrina encontrou na atividade contratual da administração pública o exemplar típico para defender uma autonomia fundamental de incidência do regime de Direito Público, traduzida pelo princípio do contencioso por natureza[8]. A figura do contrato administrativo passou a ser a explicação substancial para o dualismo na jurisdição francesa.

---

[5] Sobre a difusão da doutrina francesa do contrato administrativo pelos ordenamentos europeus, ver Eduardo Gárcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2011, pp. 34-35).

[6] Sobre o processo de autonomização do Direito Administrativo, ver Maria João ESTORNINHO (2003, pp. 21-23).

[7] Ver em Maurice LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ e Bruno GENEVOIS (2013, pp. 1-7).

[8] No que concerne à sujeição exorbitante da administração pública à jurisdição, Valérie DUFAU (2000, p. 73) ressalta que “o juiz administrativo vincula de maneira absoluta os serviços públicos à existência de prerrogativas de autoridade pública, cuja pertinência atrai a competência da

A progressão do tema foi fortemente influenciada pela produção jurisprudencial do *Conseil D'État* e do *Tribunal des Conflits*, cujos julgados passaram a destacar elementos essenciais da caracterização do regime dos contratos administrativos[9]. Neste percurso, merecem destaque seis formulações:

- A primeira relativa à afirmação do conteúdo material como critério de qualificação do contrato administrativo e determinação da competência da jurisdição administrativa, extraída dos casos *Terrier* (CE, 06/02/1903), *Thérond* (CE, 04/03/1910), *Effimieff* (TC, 28/03/1955), *Expoux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ consorts Grimouard* (CE, 20/04/1956) e *Société entreprise Peyrot* (TC, 08/07/1963).

- A segunda ligada à noção de equação econômico-financeira do contrato administrativo, traduzida na justa equivalência entre as prestações e benefícios pactuados, retirada dos casos *Compagnie Générale Française de Tramways* (CE, 11/03/1910) e *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (CE, 30/03/1916).

- A terceira centrada no reconhecimento de um poder de direção e controle – *pouvoir de direction et de controle* – expressado através de atos legais e materiais destinados a fazer cumprir as cláusulas contratuais, conforme identificado pelo caso *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (CE, 21/12/1906).

- A quarta referente ao poder de modificação – *pouvoir de modification* – como meio hábil de adaptação da relação contratual à dinâmica da realidade, retirada dos casos *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-*

---

jurisdição administrativa, na medida em que estas prerrogativas estejam presentes na execução do serviço público administrativo" (tradução livre: *"le juge administratif lie de manière absolue la mission de service public à l'existence de prérogatives de puissance publique dont la mise en œuvre entraîne la compétence du juge administratif et ce, dans la mesure où ces prérogatives concernent l'exécution d'un service public administratif"*).

[9] Nesse sentido, consultar Maurice LONG *et all* (2013), *Les décisions les plus importantes du Conseil D'État* (disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat>, acesso em 08 fev. 2018) e *Quelques grands arrêts du Tribunal des Conflits* (disponível em <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>, acesso em 08 fev. 2018).

Rouen (CE, 10/01/1902) e *Société commerciale de l'Ouest africain* (CE, 22/01/1921).

- A quinta afeta a afirmação de um poder sancionador – *pouvoir de sanction* – destinado a reprimir condutas impróprias do concessionário de serviço público, mesmo sem prévia prescrição contratual sobre a sanção, condicionado aos direitos de defesa, extraído dos casos *Deplanque c. Ville de Nouzon* (CE, 31/05/1907) e *Dame veuve Trompier-Gravier* (CE, 05/05/1944).

- A sexta fundada em um poder geral de rescisão unilateral – *pouvoir de résiliation unilatérale* – atrelado ao interesse do serviço público, conforme anunciado nos casos *Entreprise Duval* (CE, 29/07/1953) e *Distillerie de Magnac-Laval* (CE, 02/05/1958).

Esse contexto atraiu a atenção da doutrina sobre o problema do contrato, enquanto instituto de origem puramente privada, regular atividades estatais relacionadas à coletividade. Logo os esforços convergiram no sentido de autonomização substantiva de um regime jurídico de prerrogativas especiais intrínseco a certos contratos da administração[10]. Conforme avalia Maria João ESTORNINHO (2003, p. 21), "embevecida com a sua 'descoberta científica', a doutrina cedo esqueceu a origem do contrato administrativo e dedicou todo o seu esforço ao aperfeiçoamento dessa nova noção".

No decorrer de mais de cem anos, a doutrina debruçou-se em teorizar explicações para o fenômeno da cooperação particular tomada pela administração pública em suas atividades. Foi o período de formulação do critério do contrato administrativo[11]. Em primeira reação, a negação da natureza contratual para as relações travadas pelo Estado acerca de seus serviços públicos, pois o termo contrato estaria fortemente atrelado à noção privada de autonomia da vontade, presumidamente incompatível com o exercício da soberania; daí a construção circundada na ideia de ato-união para justificar a

[10] Refere-se a *certos* contratos em alusão à dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da administração. É que o Direito francês nunca excluiu a hipótese de celebração de contratos privados pela administração pública, nos quais o Estado se despe de suas prerrogativas em relações regidas por institutos privados; mas ocupou-se em estabelecer critérios de identificação de espécie contratual qualificada e sujeita a regime jurídico especial.

[11] Nesse sentido, ver Yves GAUDEMET (2001, p. 673).

posição de prevalência do poder soberano na relação. Em segundo momento, a aceitação da figura do contrato administrativo, porém, distinto do contrato de direito privado por carregar, aquele, prerrogativas e poderes exorbitantes imanentes à posição da administração titular de funções públicas; daí a formulação da teoria do contrato administrativo.

Dentre os esforços, atribui-se à obra de Gaston Jèze a grande sistematização da doutrina sobre os contratos administrativos[12].

Esse percurso fez consolidar, na França do século XX, um critério do contrato administrativo, centrado em torno da noção de um instituto sujeito, por natureza, ao regime de Direito Público designado pelas prerrogativas de ações unilaterais da administração pública e/ou pela aproximação com atividades afetas à função administrativa. Este modelo francês alastrou-se a influenciar a percepção acerca dos contratos públicos em outros ordenamentos jurídicos da Europa ocidental e das Américas, não com força derrogante, mas aderindo e estimulando, com menor ou maior grau, os capítulos seguintes das formulações teóricas, dogmáticas e pragmáticas.

Muito diferente da fervorosa produção francesa sobre contratos administrativos entre os séculos XIX a XX, no Brasil não se notava preocupação com formulações mais complexas em torno da natureza e características dos pactos públicos. Na doutrina, o assunto era rarefeito e despido de maior sistematização. Na legislação, o tema era abordado com importância secundária, derivado da preocupação com a legitimidade na liquidação das despesas públicas[13].

Em paralelo, a necessidade de a administração pública interagir com atores privados sob regimes convencionais era uma realidade, e uma realidade crescente dentro das funções do Estado brasileiro.

---

[12] Sobre o histórico de sistematização do critério do contrato administrativo, ver por todos Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, pp. 139-151).

[13] Inicialmente, as normas de *contractos com o Estado* faziam parte do "Título VII: Das Normas Administrativas que Devem Preceder o Empenho das Despesas" do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo Decreto Federal n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Posteriormente, o Decreto Federal n. 19.549, de 30 de dezembro de 1930, acresceu normas ao tema, com enfoque em regras do procedimento de contratação e de competência em razão dos orçamentos estimados. Ainda, o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, veiculando um maior detalhamento do processo licitatório.

Esse quadro, de baixa densidade jurídica do tema aliado ao incremento das necessidades de contratações de terceiros, criou um cenário propício ao aproveitamento de formulações teóricas já amadurecidas. O ambiente estava aberto à incorporação de um modelo já estruturado. E, de fato, a matriz francesa da teoria do contrato administrativo passou a se fazer presente no pensamento jurídico brasileiro a partir da segunda metade do século XX[14].

O processo de acolhimento, pelo ordenamento brasileiro, do modelo francês da teoria do contrato administrativo ocorreu de forma rápida e com manobras bruscas visando mitigar os pontos de controvérsia sobre o tema. Explica-se: a edição do Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, corporificou no plano legislativo a apropriação da matriz francesa, pelo qual o legislador infraconstitucional trouxe a inequívoca caracterização do contrato administrativo, sujeito a regime de Direito Público e carregado de prerrogativas exorbitantes em favor da administração pública[15]. As opções legislativas resolveram, ou esquivaram, as controvérsias que permeavam as formulações teóricas na Europa, galopando sobre os debates da natureza do contrato, do critério de qualificação do regime jurídico aplicável e das características conferidas pelas cláusulas exorbitantes.

Essa lógica se manteve com a sucessão legislativa verificada no advento da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e vem se perpetuando através da profícua produção normativa complementar às relações contratuais públicas.

A realidade normativa brasileira, então, originou-se e mantém-se em favor da quase absoluta verticalização da relação contratual, revelando uma latente expansão dos critérios do contrato administrativo centrados na noção de cláusulas exorbitantes[16]. Em linhas gerais, o ordenamento brasileiro adota critério

---

[14] Sobre o contexto da doutrina nacional com inspirações nas formulações francesas, ver Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, pp. 157-161).

[15] "Art 44. Os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado.

Art 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingüi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste".

[16] Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 198), a propósito da adaptação brasileira do modelo francês, ressalta que, "pelo modo como cristalizadas certas ideais na legislação, pode-se dizer que no Brasil *radicalizou-se* esse modelo".

de natureza subjetiva, estabelecendo que a simples presença da administração pública na relação contratual é bastante para caracterizar o contrato administrativo e atrair a incidência do regime de prerrogativas exorbitantes[17]. E, com isso, no Brasil, "ao apresentar o tema a partir da legislação vigente, *[a doutrina]* sem hesitação constata o regime de prerrogativas da administração" (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 217).

O ponto é que a imposição legislativa desviou o interesse de debates acerca da pertinência dos critérios eleitos, que se fizeram aceitos e legitimados pelo fato de estarem positivados. Este salto no ordenamento nacional talvez tenha revelado o pecado original do tema, capaz de repercutir tantas incertezas e distorções que até hoje reverberam nas relações contratuais celebradas pelo Estado, porque neste percurso de expansão do tema "a balança dos contratos administrativos pendeu excessivamente em favor da Administração Pública e isso tem sido prejudicial, sobretudo, a ela" (Joel de MENEZES NIEBUHR, $2015_{(A)}$, p. 795).

1.1.2. Uma definição de contrato administrativo e a disciplina de prerrogativas exorbitantes

Como anotado, a cultura jurídica pátria incorporou o critério subjetivo de definição das contratações públicas, estabelecendo que a presença da administração pública no polo contratual é bastante para caracterizar o instituto. A definição legal vigente acompanha esta lógica quando, no parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal n. 8.666/93, estabelece que "considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

[17] Em relação ao tema, Adilson Abreu DALLARI (1985, citado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, 1989, p. 147) leciona: "Temos dito que a administração é como um Rei Midas. Este, tudo que tocava virava ouro. A Administração, onde toca, publiciza. Se se tem a presença da Administração Pública, tem-se junto, necessariamente, o ingresso do regime jurídico administrativo e a presença das chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum. A Administração é sempre afetada por cláusulas de direito público. Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, e contratos onde haverá uma participação menor de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado".

Nos termos definidos pela norma, as contratações públicas pressupõem o consentimento das partes para a constituição da relação e para a determinação do conteúdo do contrato. Todavia, a amplitude dessa consensualidade encontra temperamentos, a exemplo do conteúdo do artigo 55 da Lei Federal n. 8.666/93 quando elenca rol de cláusulas obrigatórias aos contratos. Ainda que mitigada, a autonomia da vontade das partes encontra um espaço de reserva nas contratações públicas[18], que se exprime, por exemplo, na escolha pela formação do vínculo, nas hipóteses de alteração e rescisão consensual do contrato e nas condicionantes contratuais derivadas dos termos da proposta contratada.

O texto legal traduz um conceito amplo de contratação pública, abrangendo uma pluralidade de figuras jurídicas heterogêneas e que comportam classificação. Nesse contexto, Marçal JUSTEN FILHO (2018, pp. 383-384) enumera três espécies de contratações públicas, que são: (i) os acordos de vontade da administração pública, tendo como característica um elevado grau de consensualidade e natureza não comutativa; (ii) os contratos particulares da administração pública, que se relacionam com atividades de mercados específicos e sujeitam-se a regime prioritariamente privado; e, (iii) os contratos administrativos em sentido estrito, que abrangem o aprovisionamento de bens, serviços e obras e, também, a delegação de competências públicas através de concessão, tendo como característica a incidência ampla do regime de Direito Público.

O ponto de convergência entre as espécies de contratos públicos é que a presença da administração pública na relação atrai a incidência, com maior ou menor grau, do regime de autoridade que lhe municia de poderes instrumentais ao atingimento dos interesses públicos. A variável para as espécies contratuais reside na intensidade das prerrogativas.

---

[18] Marçal JUSTEN FILHO (2018, pp. 400-401) leciona: “Rejeitam-se, por isso, as concepções que defendem a existência de dois atos unilaterais encobertos pelo contrato administrativo. Essa orientação defende que a Administração Pública emitiria um ato unilateral de natureza regulamentar, disciplinando a conduta do particular. Por seu turno, esse particular emitiria uma declaração de unilateral de vontade, aceitando a determinação proveniente da Administração Pública. Isso justificaria a existência de competências anômalas em favor da Administração Pública, que poderia unilateralmente alterar o conteúdo de seus atos anteriores. (...) Essas concepções são rejeitadas por se reputar que a vontade conjunta e harmônica de ambas as partes é necessária para produzir e aperfeiçoar a relação jurídica. Ainda que seja reconhecida à Administração Pública a competência para unilateralmente introduzir modificações ou extinguir a contratação, a constituição do vínculo depende desse acordo de vontades”.

A teoria do contrato administrativo pressupõe uma posição de prevalência da administração pública na relação contratual, atribuindo-lhe prerrogativas exorbitantes que a colocam em disposição vertical sobre os particulares. Estes poderes de mando e intervenção se justificam na medida em que a administração pública atua como curadora de interesses públicos e promotora de direitos fundamentais. Nesta composição, o Direito reconhece a existência de desafios inerentes à consecução de finalidades públicas. Daí que, objetivando conferir meios adequados para enfrentar e solucionar estas dificuldades, o ordenamento institui conjunto de prerrogativas jurídicas aos titulares das funções públicas[19].

Essa lógica está presente com particular ênfase no regime contratual da administração pública, sobretudo porque as contratações públicas abrangem infinitas situações, com relações de complexidades heterogêneas e com intersecção de interesses distintos. É um arco amplíssimo de hipóteses e variáveis que a administração pública gere em suas relações contratuais, justificando a atribuição de instrumentos maleáveis para sua atuação em prol dos interesses públicos. Tais instrumentos estão corporificados nas prerrogativas exorbitantes explicitadas pelo artigo 58 da Lei Federal n. 8.666/93, assim:

> 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.

O ponto é que tais prerrogativas estão estabelecidas de forma bastante intensa nos contratos administrativos. A norma geral ancora o regime jurídico do contrato administrativo nas prerrogativas exorbitantes da administração pública, fazendo delas o núcleo caracterizador da natureza da avença celebrada. Nota

[19] Para um conceito de função administrativa, ver Marçal JUSTEN FILHO (2018, pp. 33-34).

elementar acerca da radicalização das prerrogativas exorbitantes no ordenamento brasileiro decorre da regra prescrita pelo § 3º do artigo 62 da Lei Federal n. 8.666/93[20]. Nos termos do referido dispositivo, a disciplina das prerrogativas exorbitantes da administração aplica-se, inclusive, nos contratos regidos predominantemente por normas de direito privado, revelando a intensidade do critério subjetivo.

Nesse sentido, o inciso I do citado artigo 58 outorga à administração pública o poder de alterar unilateralmente as condições pactuadas. Tal prerrogativa permite que a administração pública imprima modificações qualitativas e quantitativas no contrato, ainda que o particular não queira ou se oponha, podendo redesenhar o objeto da obrigação e exigir acréscimos ou reduções no escopo. A capacidade de alteração anula a autonomia da vontade do particular em face do contrato administrativo.

O artigo 65 da Lei Federal n. 8.666/93 estabelece algumas balizas para que a administração pública promova alterações nas condições contratuais de forma unilateral. A primeira baliza é que o aditamento contratual decorra de fatos supervenientes, ou da necessidade de alteração nas especificações para ganho técnico do objeto ou da alteração do volume demandado do escopo. Outra diretriz estabelecida é que as alterações não podem desfigurar o objeto contratado, transformando-o noutra prestação completamente diferente, mas devem ser limitadas a adequações do escopo. Além disso, a capacidade de alteração encontra limites em relação aos efeitos econômicos derivados, não podendo gerar variações maiores que 25% do valor inicial atualizado do contrato, ou 50% no caso de reformas de edifícios. Por fim, em todos os casos, resguardam-se os direitos de ordem patrimonial do contratado, encadeando a alteração com o necessário restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado.

Em leitura apurada, pode-se observar que a capacidade de alteração unilateral pressupõe que as demandas atreladas aos interesses públicos são dinâmicas e acompanham a evolução das interações sociais, motivo pelo qual a

[20] “Art. 62. ... § 3º Aplica-se o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público”.

administração contratante é munida de instrumento para adaptar o contrato às novas realidades. Em certo ângulo, a capacidade de impor alterações tem em mira a preservação da relação contratual, na medida em que permite remodelar o contrato para evitar sua extinção ou consecução em sentido diferente dos interesses públicos. De qualquer forma, a nota de exorbitância se revela na unilateralidade da prerrogativa.

O inciso II do citado artigo 58 concede à administração pública o poder de rescindir unilateralmente o contrato administrativo, colocando fim à relação contratual em razão de circunstâncias supervenientes.

Quanto ao tema, os artigos 78 e 79 da Lei Federal n. 8.666/93 traçam parâmetros capazes de motivar a rescisão contratual. Nestas balizas, percebe-se um largo feixe de hipóteses nas quais a administração pública pode impor a rescisão unilateral do contrato. Em linhas gerais, qualquer falta atribuída ao particular, ou, mesmo, casos fortuitos ou de força maior, ou, ainda, razões de interesse público são motivos admitidos para a rescisão determinada unilateralmente pela administração pública. Outra condicionante à rescisão unidirecional é a observância do devido processo administrativo legal, assegurado o contraditório e ampla defesa ao contratado.

Cumpre notar que a norma elenca quatro hipóteses em que o contratado poderá reivindicar a rescisão contratual, sendo: necessidade de supressão do escopo com reflexos econômicos superiores ao limite do artigo 65; suspensão ou repetidas suspensões da execução contratual por prazo superior a 120 dias; atraso injustificado de pagamentos por prazo superior 90 dias; e, falta de liberação de áreas ou utilidades necessárias para a execução do contrato. Contudo, a rescisão amparada nestas hipóteses pode ser requerida apenas judicialmente pelo contratado, não lhe assistindo opção de notificar a rescisão extrajudicialmente.

O inciso III do citado artigo 58 confia à administração pública o poder de fiscalizar a execução das obrigações contratuais, traduzido nas competências e atribuições outorgadas ao representante da administração contratante. A prerrogativa de policiar a execução contratual constitui, acima de tudo, um dever de vigília sobre a ampla regularidade na execução contratual, abrangendo tanto a prestação contratada em si como as relações indiretamente conectadas com a contratação.

A eficácia do contrato está atrelada à regular execução de todas as obrigações que permeiam a relação, sejam prescritas na avença ou impostas pelo ordenamento jurídico. Não apenas o resultado útil, mas as condicionantes indiretas também importam para a regularidade da contratação. Daí o dever de acompanhamento dos meios empregados na execução do contrato, tanto quanto em seu resultado final. Por exemplo, ao adquirir um bem, a administração pública deve, tanto quanto preocupar-se que o produto seja entregue nas condições contratadas, também atentar que o particular tenha recolhido os tributos incidentes sobre o trânsito e venda do bem.

É essencial para a administração pública que o particular contratado empregue meios idôneos e regulares na execução do contrato. Para assegurar tal finalidade, os artigos 67, 69 e 73 da Lei Federal n. 8.666/93 enumeram diretrizes que dotam o representante da administração pública com competências para acompanhar a execução contratual, receber provisória e definitivamente o objeto contratado, avaliar a regularidade da execução e determinar a correção de falhas.

O inciso IV do citado artigo 58 confere à administração pública o poder de aplicar sanções em face de infrações constatadas. Esta prerrogativa traduz uma lógica de relação de imputação em resposta a um comportamento impróprio, e, carrega, também, a ideia de coação para fazer observar o Direito.

Sob a ótica do Estado, o contrato administrativo é vínculo focado na consecução de interesses públicos. É instrumento pelo qual se confia ao particular a realização material de finalidades coletivas. Neste ambiente de confiança, o reconhecimento de poderes sancionadores tem o efeito de evitar o descompromisso do particular com as finalidades do contrato, e, também, responsabilizar eventual falta que revele o descuido com os interesses públicos subjacentes à contratação.

A exorbitância dessa prerrogativa revela-se em dois aspectos, primeiro na autonomia da administração pública aplicar, *per se*, as sanções; e, segundo, na qualidade e conteúdo das sanções. As particularidades do poder de aplicar sanções em razão de ilícitos contratuais serão mais bem exploradas nos próximos capítulos desta pesquisa.

Por fim, o inciso V do citado artigo 58 adjudica à administração pública o poder de, em caso de serviços essenciais, apoderar-se dos recursos atrelados ao contrato para assumir a execução direta de seu objeto. Este poder tem seu

campo de incidência limitado aos casos de apuração de infrações e de rescisão contratual, manifestando espécie de providência acautelatória para resguardar a continuidade das prestações essenciais.

Por dedução lógica, a ocupação provisória pode estender-se apenas pelo tempo necessário de suas providências, devendo cessar imediatamente após as apurações ou a solução de continuidade da prestação, quer pela encampação definitiva ou pela sucessão contratual.

Nota essencial relativa às prerrogativas exorbitantes é que são outorgadas à administração pública especificamente para que ela defenda e persiga os interesses públicos e a realização de garantias fundamentais.

Essas competências nascem e limitam-se na noção de finalidades públicas, por efeito que "os 'poderes' administrativos, em cada caso, não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica" (Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, 2014, p. 102). Dizendo de outra forma, as prerrogativas exorbitantes corporificam instrumentos de intervenção na relação contratual, reconhecidos à administração pública em razão e no limite de suas finalidades legítimas.

1.1.3. Defasagem do critério da autoridade e os impulsos por novos sentidos teóricos do contrato administrativo

A ideia de prerrogativas exorbitantes sempre gozou de ampla aceitação pela doutrina e jurisprudência pátria, a ponto de nela se identificar a própria natureza do contrato administrativo[21]. Porém, nos largos passos da história, o campo de relações públicas vivencia incontáveis mutações, que contribuem para a reformulação dos modelos estatais. Mutações que são desencadeadas tanto

[21] Para ilustrar, confira-se a clássica anotação de Edmir Netto de ARAÚJO (1987, p. 50) acerca das prerrogativas exorbitantes: "Trata-se do 'divisor de águas' entre o contrato de direito privado e o contrato de direito administrativo, que ainda suscita controvérsias entre os juristas, mas que permite reafirmar a posição de supremacia da Administração dentro do contrato, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, e deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas que ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe penalidades, concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimento, enfim, impondo-lhe sujeições com fundamento no interesse público".

pela evolução nas dinâmicas das relações sociais, como, também, por processos de rearranjos políticos.

As relações contratuais travadas pela administração pública são, antes de qualquer qualificação jurídica, um fenômeno da realidade. E, como tal, estas relações são suscetíveis de condicionamento em razão das evoluções e variações nas dinâmicas sociais.

Costuma-se anotar o aumento na complexidade dos processos produtivos e as inovações tecnológicas como principais fenômenos da atualidade, porque exprimem com maior evidência a volatilidade das mecânicas sociais e econômicas. Mas estas conjunturas não estão isoladas. A elas acoplam-se outros fenômenos que, com maior ou menor velocidade, com maior ou menor impacto, importam na remodelagem das dinâmicas de interação[22].

Por outro lado, as atividades públicas enfrentam dificuldades como a estagnação técnica e informacional, o avanço desmedido da rigidez de controle, o abandono da ideia de deferência e as dificuldades de planejamento e governança, que, em conjunto, destacam uma crise da eficiência pública em plena Era da Informação. E estes problemas se agravam a partir do alastramento sistêmico da corrupção, que intoxica e revela um latente déficit ético nos ambientes das contratações públicas.

Além disso, são cada vez mais frequentes os pontos de confluência entre as prestações públicas e as atividades privadas, cujas fronteiras se tornaram mais flexíveis e imprecisas. Se por um lado a própria administração pública se porta com características privadas, a exemplo de sua atuação através das empresas estatais; noutro ângulo, a sociedade civil organizada vem assumindo encargos públicos sob sua responsabilidade, como é caso das organizações sociais. A evolução deste quadro de relação tem ampliado o grau de dependência do Estado nas colaborações de particulares, a ponto de se poder afirmar que o antagonismo público-privado vem perdendo sentido.

Em acréscimo, não é de hoje que a administração pública se desvinculou de um eixo central de atuação para assumir características multilaterais e

[22] Nesse sentido, ver Gustavo JUSTINO DE OLIVEIRA (2005), Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008), Thiago MARRARA (2013), Fernando VERNALHA GUIMARÃES (2016), Joel de MENEZES NIEBUHR e Pedro de MENEZES NIEBUHR (2017) e Carlos Ari SUNDFELD (2018).

pluricêntricas, incumbindo-se de agir em razão de uma multiplicidade de interesses e fatores.

Sob esta perspectiva, é elementar que o atual contexto dos contratos celebrados pela administração pública não é o mesmo que era vivenciado na segunda metade do século XX, de quando são datados os fundamentos que estruturam e qualificam juridicamente o contrato administrativo.

O ponto é que, em relação ao seu passado, as atividades contratuais da administração pública estão expandidas e multipolarizadas, fazendo emergir novos desafios e a necessidade de novas formulações jurídicas para suas rotinas. Sucede que o Direito não tem provido respostas com a mesma velocidade e dinâmica. A doutrina vem destacando a insuficiência de formulações teóricas capazes de abranger todos os quadrantes da atuação contratual da administração pública, sobretudo pela discrepância dos critérios fundados nos poderes exorbitantes.

A esse propósito, Gustavo JUSTINO DE OLIVEIRA (2008, pp. 43-44) ressalta que os fenômenos da contemporaneidade se alastram e implicam em novas modelagens para as estruturas e comportamentos da sociedade e da administração pública. Para o autor, a demanda por imprimir maior efetividade nas ações da administração pública faz despontar novas modalidades e funções para os contratos no setor público. Esta nova modelagem reúne-se em torno da ideia de consensualismo e cooperação. Destaca que a conjuntura contemporânea vem imprimindo uma superação na lógica de verticalização do contrato administrativo. Fala em um ponto de equilíbrio entre os interesses tutelados pela administração pública e os direitos legítimos dos indivíduos como núcleo fundamental das relações atuais.

O referido autor demonstra a atual ampliação da ideia de contração para uma noção de *contratualização* administrativa. Reputa que esta dilatação teórica tem como escopo destacar a passagem das relações fundadas na imposição e na autoridade para relações plantadas sobre o diálogo e o consenso. O autor observa que “os novos empregos da contratualização no setor público reacenderam a polêmica atinente à *identificação do contrato no direito administrativo*” (pp. 46-47).

Com o mesmo timbre, Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2009, pp/ 77-79) atribui à *maldição do regime único* o fator principal da deficiência do direito

administrativo aplicado às contratações públicas. O autor observa uma tendência na doutrina e legislação de predicar um único regime jurídico a todas as atividades administrativas, resultando numa indesejável negação da diversidade das demandas existentes e da modulação das funções desempenhadas. Para ele, tentar reduzir todo o espectro de contratações públicas a um único regime, além de constituir tarefa impossível de se cumprir com êxito, acaba por esvaziar as vantagens que se pode extrair do instituto contrato.

Desse diagnóstico, o autor aponta a forte tendência de se superar as noções autoritárias que qualificam o regime jurídico contratual, e, com isso, reafirma que “o contrato administrativo vive um curso de importantes mudanças” (p. 79).

Por seu turno, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, pp. 323-325) centra sua crítica na incompatibilidade das cláusulas exorbitantes com a noção de confiança derivada do respeito à palavra dada. Observa, ele, que o poder dado à administração pública de interferir unilateralmente no contrato tem o preço da *desconfiança* e implica no abandono da deferência ao consenso das partes. Tais circunstâncias acarretam a desestabilização da finalidade do contrato como instrumento de pacificação social.

O autor reafirma uma ampliação nos quadrantes da atuação contratual da administração pública (pp. 236-240). Assim, centrado nos casos em que são criadas situações jurídicas, o autor classifica a atuação contratual entre módulos convencionais de cooperação, de concessão e instrumentais para evidenciar a diversificação do fenômeno contratual e a insuficiência da teoria clássica do contrato administrativo. E, sugere, que “é preciso que se avance em uma verificação material, de efetiva garantia da confiança no teor da disposição normativa” (p. 324).

Em acréscimo, Joel de MENEZES NIEBUHR ($2015_{(A)}$, pp. 789-796) afirma que as prerrogativas exorbitantes não se sustentam isoladamente, senão enquanto atreladas à noção de interesses públicos. O autor atenta que é, precisamente, a condição de curadora do interesse público que ampara a razão pela qual a administração pública é dotada de determinados poderes, tornando essencial a preservação deste laço de origem. Acrescenta que a evolução na complexidade dos processos produtivos gera maior dependência na cooperação privada, imprimindo uma crescente necessidade para que aspectos como

consensualidade, regulação e harmonização de interesses se façam presentes no ambiente do contrato administrativo. Apresenta estas ponderações para revisitar a noção de cláusulas exorbitantes, propondo que os poderes atribuídos à administração pública sejam lidos e compreendidos apenas sob o rótulo de prerrogativas administrativas protetoras dos interesses públicos, por assim exprimir a verdadeira dimensão do contrato administrativo.

Noutras oportunidades, o autor (2016; 2018) indica um quadro de desconfiança nas contratações públicas. Em sua avaliação, a distorção e o mau uso das prerrogativas exorbitantes pela administração criaram um cenário de *insegurança jurídica*, que se agrava com a ausência de instrumentos capazes de assegurar com eficiência os direitos dos contratados. Seria uma conjuntura de radicalização exponencial no desenho vertical do contrato administrativo. Para ele, esta combinação estimula a corrupção, a captura da administração pública pela política e uma plêiade de deformidades, conduzindo ao próprio fracasso da teoria contratual enquanto centrada nas cláusulas exorbitantes. Em seu balanço, “o Contrato Administrativo obriga a Administração Pública na teoria e não na prática, o que representa a antítese da segurança jurídica e da própria ideia de contrato” (2018).

Pois bem, ainda que se note algumas variáveis em cada perspectiva, há dois pontos de nítida convergência nas ponderações doutrinárias: (i) a crítica no sentido da defasagem do critério das prerrogativas exorbitantes como sustentação ao contrato administrativo e como suporte às interferências da administração pública na relação contratual; e, (ii) o impulso ao reposicionamento dos fundamentos da atividade contratual da administração pública.

Disso, é possível perceber que, em cenário de constante evolução, aquelas concepções que originaram a noção de prerrogativas exorbitantes e suas derivações passaram a apresentar sinais de fadiga, de esvaziamento ou insuficiência de seu conteúdo em face dos fenômenos contemporâneos. Sinais que reascendem os debates em torno do tema com o propósito de uma nova formulação jurídica.

E, de fato, a ascensão do Estado Democrático de Direito trouxe profundas alterações na composição política do Estado e no sentido axiológico do Direito. Para Bruce ACKERMAN (2000, pp. 639-640), a noção de pós-modernidade ocasionou a solidificação de uma proposta de constitucionalização das atividades

estatais, cujos interesses centrais passaram a focar na democratização do governo, especialização do controle e valorização dos direitos fundamentais[23].

Esse novo modelo busca revigorar a força normativa emanada do ordenamento constitucional. Para esta finalidade, o Estado deve assumir um papel de promotor de garantias fundamentais, porque, tomando as palavras de Daniel SARMENTO (2004, p. 155), "tem-se que os direitos fundamentais protegem bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros".

Na percepção de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012, pp. 2-3), a reestruturação do Estado implica em uma mudança dos paradigmas do Direito Administrativo, para a qual nenhum fato contribuiu com mais magnitude que a valorização dos direitos fundamentais.

O ordenamento constitucional assume textura viva e concreta dentre as diretrizes normativas da atuação estatal, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana e as liberdades fundamentais. Propõe-se uma releitura dos institutos e conceitos à luz dos princípios constitucionais. No campo de atuação administrativa, a constituição exerce papel central de legitimação.

A noção de interesse público, assim como sua difundida ideia de supremacia, passa a dialogar com os direitos fundamentais e valores metaindividuais constitucionalmente consagrados. A estrutura orgânica da administração pública abandona a postura retilínea de uma hierarquia concentrada, dando lugar a uma composição plural e democrática voltada à utilização de instrumentos técnicos e jurídicos capazes de conferir alto grau de eficiência. A discricionariedade supera a ideia de liberdade de escolha para

---

[23] O autor enumera três ideais para o Estado Democrático de Direito, a saber: "O primeiro ideal é a democracia. De uma forma ou de outra, deve servir (ou dificultar) ao projeto de auto-governo do povo. O segundo ideal é a especialização. As leis democráticas permanecerão puramente simbólicas a menos que os tribunais e órgãos administrativos sejam capazes de implementá-las de maneira relativamente imparcial. O terceiro ideal é a proteção e valorização dos direitos fundamentais. Sem estes, o regime democrático e a administração especializada poderão facilmente tornar-se instrumentos de tirania" (tradução livre: *"The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny"*).

convolar-se em técnica de legitimação da função administrativa, situando-se em campo de incidência direita de princípios jurídicos.

Esse cenário impacta fortemente na disciplina dos contratos administrativos, a qual ainda centra sua formulação na capacidade da administração pública desestabilizar unilateralmente a relação contratual. Então, conforme anota Jorge André de Carvalho Barreira Alves CORREIA (2015, p. 708)[24]:

> Atualmente, o problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos configura não um problema de sentido ou de admissibilidade enquanto forma do "agir administrativo" (essa era a grande interrogação para a doutrina administrativista do início do século XX), mas um problema de *determinação do regime jurídico aplicável* – um regime que deve oferecer às partes garantia de *estabilidade jurídica, segurança de orientação, calculabilidade e previsibilidade*. O particular tem o direito de poder confiar que ao contrato sobre poderes públicos se ligam efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento jurídico em termos formalmente claros, compreensíveis e não contraditórios.

Logo, num contexto de valorização das garantias individuais frente ao Estado, parece certo assinalar que a noção de prerrogativas exorbitantes perde força. Ou, em referência aos ensinamentos de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008, p. 583), com a proeminência dos valores jurídicos da pós-modernidade, a tradicional formulação de cláusulas exorbitantes abre-se para revisões e reformas. A este propósito, conforme destaca Thiago MARRARA (2013), há uma crescente tendência crítica da doutrina em relação às prerrogativas exorbitantes da administração pública em matéria contratual, colocando em perspectiva a reconstrução dos fundamentos teóricos de sua justificação.

E, dentre o conjunto de prerrogativas exorbitantes, a face sancionatória dos contratos administrativos talvez seja a mais resistente à reformulação. Porque é nesta atividade, a sancionatória, que se estabelece uma frontal contraposição entre o particular e a administração pública, esta última tradicionalmente munida de amplo poderio para repreender a conduta daquele.

---

[24] Cabe esclarecer que o ordenamento jurídico português estabelece duas categorias de contratos administrativos, sendo: (i) os contratos administrativos de colaboração, cujo escopo seria passível de contratações privadas; e, (ii) os contratos administrativos de exercício de poderes públicos, que abrangem objeto passível de ato administrativo. Esta distinção dá-se em função do conteúdo material e dos efeitos produzidos pela contratação pública.

1.1.4. Apesar de sua defasagem, a lógica da autoridade se mantém no exercício da prerrogativa sancionatória no contrato administrativo

A lógica da autoridade se relaciona com a amplitude da discricionariedade atribuída para o exercício das competências legais, em métricas diretamente proporcionais. Quanto maior o espaço de discricionariedade, tanto mais largo será o campo para que a administração pública coloque em exercício suas prerrogativas exorbitantes. Por outro lado, se reduzidas ou condicionadas pelo ordenamento jurídico as margens da escolha administrativa, na mesma medida será abatida a faculdade de uso de poderes extravagantes.

Tal circunstância decorre do raciocínio de que "autoridade e legalidade são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam" (Caio TÁCITO, 1959, p. 10), e, acrescenta-se, impactam nos níveis de segurança jurídica e previsibilidade das relações jurídicas.

Não se pressupõe, aqui, que a discricionariedade corporifique atividade exercida às margens da lei e do Direito, tampouco se propõe a aniquilação da noção de discricionariedade. Senão ao contrário.

Reafirma-se que o exercício regular da discricionariedade pressupõe a severa obediência aos parâmetros axiológicos eleitos pelo ordenamento jurídico e, ainda, à correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei e pelo Direito.

A discricionariedade não se afasta da concepção de Estado Democrático de Direito, tampouco se esquiva da sujeição aos controles interno e externo, mas é uma faculdade conscientemente criada no ordenamento jurídico para instrumentalizar a função administrativa[25]. É ferramenta própria da função administrativa do Estado, sem a qual, de um lado, a administração pública teria seu papel indesejavelmente reduzido a mera reprodutora da lei e, noutro ângulo,

[25] A propósito, a discricionariedade administrativa ganha relevância com o crescimento das funções e encargos prestacionais do Estado, porque, conforme leciona Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2001, p. 74), "(...) é por meio da atividade administrativa que 'se realizam atividades específicas de exercício da lei de maneira concreta, permanente, direta e imediata frente aos administrados'. É à Administração Pública que incumbe a tarefa de atender às necessidades coletivas; nessa tarefa, o poder discricionário é da mais alta relevância".

as casas legislativas teriam a hercúlea tarefa de esgotar todas as hipóteses de aplicação do Direito.

O que se considera, no raciocínio da relação entre a lógica da autoridade e a discricionariedade, é que deve haver um ponto de equilíbrio. Um balanceamento no qual dentro de uma moldura discricionária, devidamente orientada com critérios claros e objetivos, torna-se mais seguro e previsível antever e compreender as balizas de atuação administrativa, assegurando um desejável grau de previsibilidade e segurança jurídica nas relações, sem comprometer a possibilidade da administração prover respostas dinâmicas.

A outorga de margens discricionárias desequilibradas pode implicar ineficiência e engessamento, ou, imprevisibilidade e insegurança. Se muito reduzido o campo da discricionariedade, a administração pública estaria condicionada em amarras que a ineficientizariam e permitiriam, em última análise, manobras pelo particular, quando não tomado por boa-fé, capazes de esquivar da gestão contratual, em prejuízo aos interesses públicos. Por outro lado, a margem excessivamente ampla de discricionariedade pressupõe um largo espaço de atuação administrativa, atraindo demasiadas hipóteses para o exercício de suas prerrogativas exorbitantes.

Dito isso, veja que a propósito de sua funcionalização, a capacidade sancionatória da administração pública em suas relações contratuais é disciplinada, principalmente, pela Lei Federal n. 8.666/93. Como corolário dos interesses públicos conectados às contratações, a Lei confere à administração pública prerrogativas exercitáveis no decorrer da execução do contrato, dentre as quais a de sancionar o contratado quando detectado eventual descumprimento.

Em especial, a disciplina das sanções administrativas encontra-se nas Seções I e II do Capítulo IV da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que abrigam os artigos 81 a 88. Nestes poucos artigos, a Lei regula todo substrato do microssistema de penalização administrativa em contratações públicas, estabelecendo os tipos infracionais, sanções propriamente ditas, competências específicas, aspectos processuais e diretrizes para o diálogo com o sistema de tutela criminal. A Lei contempla, ainda, alguns outros dispositivos esparsos com incidência sobre a matéria. Nesse sentido, o § 2º do artigo 25 qualifica o superfaturamento como falta sujeita às sanções legais. O artigo 80 alude à possibilidade de aplicação de sanções em caso de rescisão unilateral. Por

fim, o artigo 109 prescreve o cabimento de recurso administrativo ou pedido de reconsideração contra a decisão de aplicação de sanções ao contratado.

Nesses apenas onze artigos, o legislador procurou estabelecer toda a disciplina das sanções nos contratos administrativos. Em qualquer ângulo, as disposições pertinentes às infrações e sanções contratuais apresentam-se com baixa densidade e pouquíssima sistematização no âmbito das normas gerais sobre contratos administrativos [26]. Há indicações exemplificativas, algumas subjetivas e outras indeterminadas, que, de modo geral, não especificam com clareza os pressupostos de fato que caracterizam os tipos infracionais e as consequências que implicam em sanções.

Mesmo quando expandida essa análise, considerando os regimes específicos de contratações, vê-se o mesmo modelo rarefeito de regulação.

Em relação ao pregão, a disciplina das sanções está prevista no artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/02, que qualifica como infração as condutas praticadas no âmbito da licitação e do contrato. Para todas as hipóteses, comina o impedimento de licitar e a exclusão de registro cadastral pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo de multa prevista no instrumento convocatório.

Por seu turno, em relação ao regime diferenciado de contratação, a Lei Federal n. 12.462/11 reúne as sistemáticas de sancionamento prescritas pela Lei Geral de Licitação e Contrato Administrativo e pela Lei do Pregão, com algumas pontuais especificidades. Em linhas gerais, a Lei do Regime Diferenciado de Contratação repete as condutas e sanções previstas para o caso de pregão e, ainda, referencia a possibilidade de aplicação irrestrita do regime sancionatório da Lei Federal n. 8.666/93, acrescentando como hipótese de inexecução contratual quando o contratado não prover a economia prevista em contrato de desempenho.

Lado outro, os diplomas relativos às concessões e parcerias público-privadas delegam ao administrador a tarefa de regulamentar o regime sancionatório. Conforme se extrai do inciso VIII do artigo 23 da Lei Federal n. 8.987/95 e do inciso II do artigo 5º da Lei Federal n. 11.079/04, atribui-se integralmente ao respectivo contrato administrativo a definição das regras pertinentes às infrações e penalidades. As referidas leis não se desdobraram em qualificar nenhuma hipótese infracional.

---

[26] Sobre a sistemática de sanção administrativa na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, ver Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), p. 1.110).

Essa visão panorâmica permite identificar uma disciplina jurídico-positiva porosa e imprecisa. O ordenamento não provê diretrizes suficientemente claras, objetivas e sistematizadas para que a administração pública desencadeie e ultime um processo sancionador. Este ambiente rarefeito exige, na prática, ser preenchido por critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Dizendo de outra forma, ao deparar-se com uma situação de possível infração pelo contratado, a administração pública não encontra no ordenamento jurídico vetores suficientes para orientar suas medidas, por efeito e para que não deixe de agir, ela recorre à técnicas de discricionariedade para amparar sua atuação.

Nesse sentido, o exercício de prerrogativa sancionatória em contratos administrativos pressupõe elevada discricionariedade. Certamente em excesso. Porque dentre as margens de escolhas outorgadas à administração pública, não há critérios que orientem, de forma objetiva, a dimensão e intensidade das consequências punitivas.

Para ilustrar, considere a hipótese de lentidão na execução do contrato por culpa do particular. Quanto à apuração do fato, sabe-se da obrigatoriedade de instaurar um processo e facultar prazo de defesa prévia, mas a administração pública pode optar ou não por produzir provas, por adotar um rito sumário ou exaustivo, dentre outras variáveis processuais. Quanto à caracterização da infração, a conduta pode ser reputada como atraso injustificado e ensejar a aplicação de multa moratória; ou, pode ser enquadrada na hipótese do inciso III do artigo 78 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, equiparando-se ao inadimplemento total e atraindo a aplicação de outra penalidade, sem prejuízo da rescisão contratual. Quanto à sanção, se considerada a hipótese de inadimplemento, poderá a administração eleger qualquer das penalidades previstas, seja advertência, multa compensatória ou restrição ao direito de licitar e contratar. Quanto a intensidade da pena, as margens de escolha são ainda maiores, já que não existe limite estabelecido para a multa e as restrições a direitos podem variam entre um dia a dois anos ou cinco anos.

Enfim, vê-se que, diante de um fato que indique possível infração, tudo o que segue na apuração e na penalização encontra variáveis, sem que a Lei tenha prescrito alguma fórmula ou metodologia capaz de orientar quais elementos devem ser considerados na decisão de cada variável. O ordenamento jurídico confia, insista-se, em demasia na discricionariedade da administração pública.

Para minimizar essas circunstâncias, os gestores públicos poderiam se servir de vetores extraídos de outras normas de Direito Administrativo. Todavia, parece haver uma certa resistência, por parte da administração pública, em extravasar as diretrizes da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Um claro exemplo diz respeito à Lei Federal n. 9.784/99, que estabelece normas básicas para o processo administrativo no âmbito federal. Ainda que se reconheça no campo teórico sua ampla aplicabilidade em qualquer esfera ou órbita administrativa[27-28], a administração pública levanta objeções ao emprego da norma. Um exemplo bastante ilustrativo desta resistência pode ser visto no caderno de orientações publicado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2015, pp. 29-30):

> 4. Qual é o regramento legal que deve ser utilizado para regular o procedimento de aplicação das sanções? A Lei nº 8.666, de 1993, ou a Lei nº 9.784, de 1999?
>
> Apesar de a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, este diploma somente é aplicável ao procedimento que visa apurar as condutas para aplicação das sanções às licitantes e contratadas de forma residual, ou seja, de forma subsidiária, tendo em vista o contido no art. 69, abaixo transcrito, o qual prevê que os processos administrativos específicos serão regidos por lei própria:
>
> Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.
>
> Desse modo, os processos administrativos específicos devem ser regidos pela legislação própria, como é o caso da Lei Geral de Licitações, uma vez que o legislador conferiu ao seu texto alguns requisitos para o procedimento, a exemplo de: um elenco exaustivo de sanções; a possibilidade de aplicação cumulativa das multas e a competência para aplicação da sanção de inidoneidade (art. 87, I, II III e IV e parágrafos); a previsão para a abertura de defesa prévia (art. 87 § 2º); os procedimentos relacionados à fase recursal com os prazos correlatos (art. 109 e parágrafos); e a previsão expressa quanto à necessidade de instauração de procedimento administrativo específico (art. 78, parágrafo único).

---

[27] Adilson Abreu DALLARI e Sérgio FERRAZ (2001, p. 29) defendem que a lei processual reúne uma "coleção de vetores ideológicos diretamente emanados da Constituição, como referenciais inafastáveis de toda e qualquer atuação administrativa, de qualquer órbita ou setor do Poder Público". Ainda sobre a aplicabilidade nacional da Lei Federal n. 9.784/99, ver Bruno Santos CUNHA (2014, pp. 133-148).

[28] Em reforço ao tema, costuma-se noticiar o seguinte excerto de precedente do Superior Tribunal de Justiça: "Ausente lei local específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos" (STJ: Recurso Especial n. 852.493/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Publicado no DJ em 25/08/2008).

> Além disso, outra forma de diferenciação e discernimento entre os normativos está no elenco de sanções previstas no art. 68 da Lei nº 9.784, de 1999, que são de natureza pecuniária ou consistem em obrigação de fazer ou de não fazer, ou seja, diverso daqueles contidos na Lei nº 8.666, de 1993, o que reforça a tese exposta.
>
> Apesar de não estabelecer uma base procedimental completa, a Lei nº 8.666, de 1993, contempla regras suficientes para a formalização de um procedimento administrativo sancionador, sendo que a estruturação do rito procedimental, objetivando apurar as eventuais sanções aos licitantes e contratados, pode ser compatibilizada com as normas da Lei nº 9.784, de 1999. Embaralhar as duas normas sem a distinção da especificidade erigida pelo legislador poderá não corresponder à melhor técnica legislativa.
>
> Dessa forma, as previsões de caráter geral poderão ser extraídas da Lei nº 9.784, de 1999, e aplicadas às sanções das Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, de forma subsidiária, desde que não sejam incompatíveis com esses diplomas.

Ainda que de forma sutil, recorrendo à noção de subsidiariedade, é perceptível a postura refratária da administração publica à incidência da Lei Federal n. 9.784/99 nos processos sancionatórios derivados de contratações públicas. A justificativa seria a prevalência dos aspectos procedimentais prescritos pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, dado referir-se a procedimento de natureza específica.

Além daquela justificativa de ordem técnica, acredita-se que a refração também decorre de um fator comportamental. A Lei do Processo Administrativo Federal cria condicionantes para a administração pública, prescreve uma série de direitos a serem respeitados, elenca diversos requisitos a serem observados e, de modo geral, torna mais trabalhosa e complexa a condução do processo punitivo por parte da administração pública[29]. Diante desse aumento de complexidade, opta-se por encontrar um meio de refutar a aplicação da norma.

Todavia, a posição orientada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é prejudicial à própria administração pública e também ao particular. Àquela porque poderia encontrar na lei processual ampla gama de instrumentos de legitimação de suas decisões, que não a pura discricionariedade. A este, o

[29] Sobre o tema, Rodrigo PAGANI DE SOUZA (2010, p. 113) afirma: “Um dos reconhecidos papéis de leis gerais de processo administrativo, no mundo, é o de servir para reger a atuação da Administração Pública, impondo-lhe sujeições. Se a atuação da Administração Pública, no caso, é constrangida por princípios – pois assim o determina a Constituição de 1988 –, nada mais natural que uma lei geral de processo administrativo, normalmente vocacionada a sujeitar a Administração, reforçar a determinação de que também se submeta a um conjunto de princípios jurídicos”.

particular, porque se vê destituído de uma séria de garantias expressamente indicadas pela norma e que lhe assegurariam uma posição menos fragilizada no *iter* processual.

Ainda sobre a incidências de normas gerais de Direito Público, tem lugar a referência à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, veiculada pelo Decreto-Lei n. 4.657/42, notadamente os dispositivos acrescidos pela Lei Federal n. 13.655/18. Os acréscimos trazidos à norma de introdução concentram-se, em primeiro plano, na definição de parâmetros para controle da administração pública e para responsabilização dos agentes administrativos pelas decisões proferidas. Em segundo plano, a norma traça diretrizes a serem observadas pela administração pública em sua decisão, atribuindo-lhe um pragmatismo inerente às suas funções concretas[30].

A norma introdutória assenta-se na premissa de que as atividades administrativas encontram certo grau de condicionamento pela esfera controladora, ou, dito de outra forma, que as métricas adotadas pelos órgãos de controle servem de parâmetro às decisões administrativas. E, de fato, a norma apreende, com relativa precisão, a mecânica do diálogo existente entre as decisões proferidas no âmago da administração pública e os métodos de controle exercidos pelas esferas de revisão e responsabilização. Compreende que as decisões administrativas devem contemplar explicações e justificativas *a priori* para uma possível revisão nas órbitas controladora e judicial. Entende que o exercício do controle não deve ser realizado a partir de elementos surpresas, que não se cogitavam que seriam apreciados, senão o contrário, precisa ser praticado a partir de parâmetros conhecidos.

Essa mesma racionalidade, correlacionando a atividade controladora com os elementos constitutivos das decisões administrativas, é aprofundada pelo Decreto Federal n. 9.830/19, que regulamenta os artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O regulamento destaca uma série de requisitos a serem observados na motivação das decisões administrativas, estabelece um conjunto de diretrizes para o desenvolvimento do conteúdo dos

[30] Em referência ao tela, Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Rafael Véras de FREITAS (2018) explica que os acréscimos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro incorporam uma dimensão pragmática ao campo de incidência do Direito Público, que pressupõe levar em consideração a evolução de conceitos jurídicos, a interpretação aliada a aspectos práticas e as consequências reais do ato.

atos administrativos, vinculando-os como balizas para as esferas de controle e responsabilização.

Referido decreto contempla, além de disposição preliminar sobre sua abrangência, quatro outros capítulos. Versa sobre o conteúdo das decisões administrativas, estratificando diversos requisitos que devem ser observados em relação à diversas situações difíceis, como as hipóteses de decisões apoiadas em valores jurídicos abstratos, casos de invalidação de atos pretéritos, situações de alternância ou de entendimento geral ou de inovação quanto ao conteúdo de normas de conteúdo indeterminado. Estabelece instrumentos de gestão consensual e concertação administrativa. Trata de requisitos e impedimentos na responsabilização de agentes quantos às decisões prolatadas. Estimula a adoção de técnicas vocacionadas a aumentar a segurança jurídica das relações.

Essas normas criam mecanismos de relevante instrumentalidade para a administração pública, porque passam a exigir que "a interpretação e a aplicação do Direito deverão considerar o entorno fático e as consequências da decisão administrativa, controladora ou judicial que está sendo exarada" (Gustavo Henrique JUSTINO DE OLIVEIRA, 2018). Sofisticam a teoria dos atos administrativos, especificamente no que concerne à motivação das decisões administrativas, que deve ser centrada e aproximada das circunstâncias concretas. Ora, se a administração pública é vocacionada às competências executivas, atribuir-lhe um elevado grau de pragmatismo em suas decisões parece o caminho certo a percorrer.

Nesse contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro passa a irradiar uma orientação para que a discricionariedade ceda espaço à proporcionalidade como técnica a ser empregada no sancionamento administrativo.

Com o recente aditamento havido, os §§ 2º e 3º do artigo 22 da Lei de Introdução[31] trazem alguns vetores de orientação incidentes sobre a atividade sancionatória da administração pública. O § 2º dispõe que a natureza e gravidade

[31] "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. ... § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato".

da infração, os danos decorrentes, circunstâncias agravantes e atenuantes e antecedentes deverão ser ponderados na aplicação de sanções. Já o § 3º prescreve que sanções aplicadas em outras esferas deverão ser consideradas na dosimetria de sancionamento decorrente do mesmo fato.

Os mencionados diplomas traçam importantes diretrizes de orientação à administração pública, além de conferirem um maior grau de previsibilidade na perspectiva do particular. Com isso, inauguram um importante capítulo na disciplina sancionatória da administração pública, uma nova página que pressupõe critérios objetivos e métodos ponderados para a imputação de sanções.

O incremento legislativo traz avanços, que, todavia, ainda não podem ser mensurados sob o ponto de vista prático. É necessário algum período de maturação, após o qual se espera bons frutos. Contudo, não se pode depositar na alteração legislativa todas as esperanças de solução do complexo problema das sanções administrativas. E, de fato, o texto legal não exaure a temática. Ainda há muito da atividade sancionatória que repousa em insegurança e imprevisibilidade.

A administração pública ainda mantém ampla discricionariedade para desencadear os processos punitivos. A ela são atribuídas diversas prerrogativas, em grande parte exercíveis à revelia do interesse do contratado, que lhe asseguram uma posição de absoluto conforto na relação. Alterar este cenário revela-se uma tarefa bastante sensível, sobremodo para que se defina a relevância das atividades sancionatórias sem, entretanto, colocar a perder os valores atribuídos pelos direitos e garantias que assistem ao contratado.

E, de fato, ainda parece distante a tarefa de incorporar os valores dos direitos fundamentais ao campo sancionatório dos contratos administrativos. Ainda que se reconheçam determinadas garantias declaradas sobre a relação contratual, não há esforço de conteúdo técnico tendente a garantir e funcionalizar seus valores[32]. É que o ambiente contratual precisa ser irrigado com instrumentos jurídicos capazes de assegurar a valorização das garantias fundamentais, pois um direito sem adequados meios de proteção não passa de mera ilusão. Esse contexto revela uma indesejável sensação de desprestígio à aplicação de garantias fundamentais no âmbito dos contratos administrativos.

[32] Nesse sentido, ver Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2012, p. 8).

1.2. Dimensão Sancionatória da Administração Pública e sua Interseção com o Contrato Administrativo

Conforme anotado, a disciplina do contrato administrativo remete ao regime jurídico de Direito Público, caracterizado pela instituição de prerrogativas instrumentais exorbitantes e designadas à promoção dos interesses públicos e a realização de direitos fundamentais. É dizer que, em suas relações contratuais, a administração pública dispõe de um conjunto de poderes jurídicos que não encontra paralelo nas relações privadas, os quais fluem a partir da própria função na qual é investida[33-34].

A capacidade de sancionar corresponde um desses poderes jurídicos e reveste-se de enorme relevância, porque manifesta o extraordinário privilégio de imprimir, na relação contratual, providências capazes de infligir gravames ao patrimônio e à esfera de direitos do particular[35].

A competência sancionatória se expressa em uma dimensão mais ampla que o contrato administrativo, sobre ele produzindo efeitos de forma a condicionar sua execução. Tal capacidade é atribuída à administração, não por força do instrumento contratual apenas, mas com fundamento na função que lhe é confiada para tutelar os interesses coletivos e garantias individuais. Dizendo de outra forma, a atividade sancionatória da administração pública não se justifica apenas na relação imediata exprimida pelo contrato administrativo, mas se funda em uma competência mediata atribuída pelo regime de Direito Administrativo.

---

[33] Nesse sentido, ver Regis Fernandes de OLIVEIRA (2005, pp. 40-42) e Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007, p. 417).

[34] Costuma-se noticiar o seguinte excerto de precedente do Superior Tribunal de Justiça: "1. Distinguem-se os contratos administrativos dos contratos de direito privado pela existência de cláusulas ditas exorbitantes, decorrentes da participação da administração na relação jurídica bilateral, que detém supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, por meio de edital de licitação, utilizando normas de direito privado, no âmbito do direito público. 2. Os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas, também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado" (STJ: Recurso Especial n. 737.741/RJ. Relator Ministro Castro Meira. Publicado no DJ de 01/12/2006).

[35] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2014, p. 869) ressalta que: "é fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situações em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo seu poderio, como eventual vergastadora da conduta deste último".

Nesse contexto, a justificação e a função da sanção administrativa constituem referenciais teóricos de central relevância para este trabalho. Porém, tais aspectos pressupõem uma perspectiva pouco mais ampliada que o recorte temático da pesquisa, que se mostra necessário diante da dimensão do problema teórico enfrentado.

1.2.1. O problema da justificação da atividade sancionatória da administração pública

O arco de atuações sancionatórias da administração pública vem ganhando espaço e complexidade nas últimas décadas, acompanhando a própria expansão e mutação dos diversos quadrantes de regulação pelo Direito Administrativo. É que o ordenamento jurídico vem ampliando os horizontes de intervenções estatais em diversos setores das relações sociais, trazendo a reboque a noção de regime de Direito Público instrumentalizado com capacidades exorbitantes. Além disso, esta ampliação vem posicionando a administração pública em papeis variados, em domínios bastante heterogêneos entre si e com mecânicas de funcionamento bastante díspares.

É nesse contexto que a administração pública vem assumindo competências regulatórias antes deixadas a cargo das dinâmicas de mercado, ou, também, vem atuando como *player* concorrendo em paridade de condições por meio das empresas estatais[36], dentre inúmeros outros exemplos. A administração pública deixou de ser apenas um ente encarregado de arrecadar e retribuir à sociedade em quadrantes como educação, saúde, segurança e infraestrutura. Passou a deter competências para intervenções indiretas e diretas em relações de mercado, passou a assumir e gerenciar riscos de atividades específicas, enfim teve e vem tendo suas fronteiras de atuação expandidas para diversas áreas.

Consequência dessa ampliação horizontal da atuação estatal é a irrigação daqueles novos quadrantes com o regime de Direito Público, inclusive pela prescrição de competências sancionatórias. Assim porque, “onde quer que se

[36] Sobre a atuação empresarial da administração pública no Brasil, ver Luiz Eduardo Altenburg de ASSIS (2018, pp. 27-37).

intrometa a Administração Pública, junto dela estão os princípios administrativos, que são o bastante para moldar as relações jurídicas por ela constituídas" (Joel de MENEZES NIEBUHR, 2015(A), p. 793). Este contexto tem atraído a atenção acerca de uma vertente sancionadora do Direito Administrativo.

Nessa trajetória de expansão, o Direito Administrativo tem dialogado com o Direito Penal, no sentido de divisar as competências punitivas do Estado a partir de políticas de criminalização ou regulação da sociedade. Essa comunicação interdisciplinar, apesar de constante, não se apresenta de maneira uniforme e linear, senão marcada por fluxos fortemente influenciados por causas circunstanciais[37].

Em linhas gerais, o diálogo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal refere-se, em primeiro plano, à qualificação do ilícito entre conduta criminal ou infração de ordem administrativa, assim divisando a esfera de apuração e penalização de cada qual. Em segundo plano, a relação interdisciplinar abrange processos de transferência do trato jurídico relativo às infrações de um campo a outro, passando a seara administrativa a abarcar condutas infracionais tidas como menos gravosas e descriminalizadas, ou, imputando à esfera penal condutas que passam a ser tratadas como ofensas criminais. Em terceiro plano, a interseção entre os campos público e penal revela-se nas situações de sobreposição de competências, na qual condutas ilícitas são tratadas tanto na esfera administrativa como na esfera criminal, observados seus respectivos enfoques.

Esses fluxos foram bastante debatidos em países da Europa Ocidental, onde se viu, a partir dos anos 80 em diante, uma intensa preocupação com a humanização da responsabilização por infrações criminais e administrativas[38]. Assim também os impactos das regulações sancionatórias em cada seara.

No desenvolvimento desses debates, no que concerne ao sancionamento na esfera administrativa, a preocupação central verteu para o problema da proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais[39].

---

[37] Sobre a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador, ver Alice VORONOFF (2018, pp. 32-37).

[38] Sobre os desencadeamentos relacionados ao diálogo entre Direito Administrativo e Direito Penal na Europa, ver Ana Carolina Carlos de OLIVEIRA (2012, pp. 89 a 91).

[39] Acerca dos reflexos derivados da transferência de competências entre as esferas administrativa e penal, costuma-se noticiar a Sentença de 21 de fevereiro de 1984 do Tribunal Europeu de

Sabe-se que o Direito Penal é edificado em bases bastante rígidas e focadas no indivíduo e na proteção de suas liberdades, um discurso fortemente garantista. Assim, como forma de justificar o emprego da *ultima ratio* na intervenção criminal, as teorias penais consolidaram uma plêiade de mecanismos de preservação das garantias fundamentais, tais como a indisponibilidade da persecução penal, a presunção de inocência, a inafastabilidade do direito de defesa, a inviolabilidade de informações, a prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo e outros.

Diferentemente, o Direito Administrativo não conta com meios e instrumentos tão rígidos de defesa para o particular. Nesta seara, o tratamento de infrações administrativas coloca o administrado em uma condição fragilizada, dada "a ausência de garantias processuais e a desnecessidade do controle judicial na aplicação de sanções e condução do processo" (Ana Carolina Carlos de OLIVEIRA, 2012, p. 123).

Nesse contexto, a doutrina clássica no Brasil sempre se mostrou dividida no que concerne à classificação da atividade punitiva dentre os poderes que exalam diretamente do regime jurídico de Direito Público[40]. Pode-se identificar algumas linhas de pensamento tradicional.

A primeira qualifica a competência sancionatória como atributo da função administrativa, designando-lhe uma natureza de instrumentalidade aos poderes regulamentar, hierárquico, disciplinar e de polícia. Assim, para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2014, p. 882) "o dever de sancionar tanto existe em relação às infrações internas quanto em relação às externas". Nesta acepção, a competência sancionatória flui entre as variadas disciplinas da administração

---

Direitos Humanas, relativo ao caso *Öztürk v. Alemanha*. O caso teve como pano de fundo o Ato de 2 de janeiro de 1975 que promoveu a descriminalização de algumas condutas, transferindo-as à disciplina administrativa. Neste circunstância, a Corte Europeia considerou que o sancionamento na esfera administrativa não se condiciona por garantias consagradas no âmbito do processo criminal, o que implicaria na fragilização da defesa do indivíduo e, portanto, a mitigação de suas liberdades fundamentais. Com isso, o Tribunal declarou, por maioria, que a transferência da apuração para a esfera administrativa implicaria violação ao artigo 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Sentença disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57553>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019).

[40] Em caminho diferente, Regis Fernandes de OLIVEIRA (2005, pp. 41-42) entende que distinções teriam efeitos apenas didáticos, pois em essência o tratamento jurídico seria o mesmo para qualquer espécie de sanção administrativa, seja ela derivado do poder de polícia, poder disciplinar, prerrogativa genérica de caráter tributário ou poder exorbitante em contratos administrativos.

pública, por efeito que suas características são móveis e mutáveis a depender da esfera de sua incidência.

Noutra perspectiva, há quem entende a sanção administrativa como espécie de uma atividade disciplinadora, portanto, derivada do poder disciplinar reconhecido à administração pública. Neste sentido é a orientação de Lucas Rocha FURTADO (2007, p. 677), quando leciona que "o poder disciplinar alcança pessoas que em razão de livre consentimento se sujeitam ao âmbito interno da Administração Pública e que com ela colaboram". O autor entende não haver distinção entre sanções aplicáveis aos servidores públicos e aos particulares contratados, já que, em essência, possuem a finalidade correcional das relações.

Por fim, outra corrente alinha a sanção administrativa ao poder de polícia administrativa. A este propósito, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010, p. 82) destaca que o poder disciplinar "não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado". A autora defende que as sanções disciplinares possuem conotação introspectiva em relação à administração pública, sendo cargo do poder de polícia administrativa tutelar as relações não sujeitas à disciplina interna, dentre elas as contratuais.

Esse dissenso deriva da heterogeneidade que existe entre as disciplinas sancionatórias nos variados quadrantes de atuação da administração pública.

A administração pública possui amplíssimo leque de atribuições, que abraça, por exemplo, desde a organização interna de seus agentes até a intervenção em mercados regulados. Neste abrangente espectro, a própria racionalidade que preside a atuação administrativa é variável, a ponto de indicar concepções jurídicas distintas em cada espaço de interação. Por ilustração, veja que a carga axiológica do princípio da legalidade é muito mais elevada na disciplina da administração parafiscal do que no campo de regulação profissional. Em todos estes distintos eixos, porém, a administração pública é dotada de capacidade sancionadora, a qual também se externa de formas variadas e com finalidades que são distintas a depender do campo de sua incidência[41]. Daí a

[41] Em dissertação sobre o tema, Daniele Chamma CÂNDIDO (2009, f. 75) observa que "o regime jurídico não é uniforme dentre as diversas manifestações da competência administrativa sancionatória, ele possui variações".

dificuldade em agrupar um plexo de atividades, exercidas com distintas racionalidades, sob um mesmo e único sistema de valoração.

É nesse ponto que a disciplina da atividade sancionatória da administração pública se interseciona com a atual problemática do critério do contrato administrativo. Ambas compartilham das mesmas dificuldades, ou déficits, de meios adequados e capazes de, a um só tempo, garantir previsibilidade nas relações, segurança jurídica na apuração de infrações e adequação da resposta estatal.

A consequência é que essas dificuldades fragilizam de maneira sistêmica a disciplina de responsabilização por infrações em contratos administrativos. Na perspectiva do particular, a falta de instrumentos de defesa e a sujeição à campos de discricionariedade administrativa são variáveis que geram ampla insegurança jurídica, abrindo margens a excessos casuísticos. Na perspectiva da administração pública, a pressão sofrida para empregar eficiência e apresentar resultados pode gerar um açodamento na apuração e sancionamento, assim, também, a falta de balizas consolidadas para orientar a interpretação e aplicação de sanções administrativas permite a adoção de improvisos incompatíveis com a envergadura de uma penalidade. Na perspectiva da sociedade, as dificuldades em acessar as informações no âmago da administração pública pode implicar sensações de desproteção e impunidade.

1.2.2. A resposta do Direito Administrativo Sancionador

O contexto de insegurança que permeia a atividade sancionatória da administração pública tem impulsionado esforços para sistematização de uma disciplina pertinente ao tema. Trata-se das teorias do Direito Administrativo Sancionador[42], que encontram na doutrina espanhola uma posição de destaque.

[42] Segundo definição de Andres Serra ROJAS (1949, p. 1.125), o Direito Administrativo Sancionador é ramo que "tende ao estabelecimento das infrações administrativas, necessárias para o funcionamento da Administração Pública, e seu adequado regime de sanções" (tradução livre: *"Tiende al estabelecimento de las infracciones administrativas, necessárias para el funcionamento de la Administración Pública, y a su adequado régimen de sanciones"*).

Quanto aos fundamentos teóricos dessa construção doutrinária na Espanha, é possível identificar dois momentos distintos, que revelam um esforço de substantivação da disciplina[43].

No primeiro momento, datado do início da década de 1990, a doutrina predicou à atividade sancionatória um caráter derivado de um tronco comum com o Direito Penal. Partindo desta noção de um *ius puniendi* único do Estado, desenhou-se um regime específico de Direito Punitivo Público, do qual se ramificariam dois desdobramentos: o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

As sanções em si, penais ou administrativas, teriam um mesmo significado ontológico[44]; sendo que o regime jurídico incidente, criminal ou disciplinar, derivaria exclusivamente de uma opção político-discricionária do legislador[45]. Ou seja, caberia ao ordenamento jurídico divisar as tipificações entre infrações administrativas ou ilícitos penais, atraindo a incidência predominante do regime de Direito Público ou de Direito Penal para cada caso concreto.

A consequência mais relevante dessa orientação é que as garantias inerentes ao tronco comum irradiariam sobre ambos desdobramentos. Com isso, o Direito Administrativo Sancionador teria aberta a possibilidade de apropriar-se de institutos e métodos consolidados pelas disciplinas criminais. A atividade sancionatória da administração pública estaria condicionada, então, à observância do conjunto de garantias já consolidadas na esfera de persecução penal. Esta transposição revelar-se-ia de grande utilidade, principalmente para os quadrantes de atuação administrativa, pois permitiria o aproveitamento de institutos já amadurecidos para balizar uma atividade relativamente nova, ao menos em sua intensidade, da administração pública.

Em termos mais claros, o Direito Administrativo Sancionador seria fitado como um irmão caçula e carregaria o mesmo DNA do Direito Penal, porque

---

[43] Sobre o desenvolvimento das teorias de Direito Administrativo Sancionador na Espanha, ver Manuel Rebollo PUIG *et all* (2013, pp. 515-552).

[44] Não se desconhece posições contrárias, a exemplo de Guido ZANOBINI (1958, p. 356) ao destacar que a infração administrativa não corresponde à disciplina penal porque a responsabilização sobre o infrator torna-se concreta pelas mão dos próprio Estado no desempenho de competências administrativas, não pela função jurisdicional.

[45] Para Marcelo Madureira PRATES (2005, p. 139), o conteúdo material das infrações seriam “meras etiquetas que o Legislador vai colocando livremente com base em razões de política punitiva global, na qual as normas são utilizadas como simples instrumentos”.

nascido da mesma árvore genealógica. Por isso, o ramo administrativo afeto ao sancionamento estaria impregnado com as mesmas características e atributos da seara criminal, o que lhe demandaria observar as mesmas regras de comportamento.

Contudo, conforme aponta Alejandro NIETO (2007, pp. 8-9), passou-se a notar que as distinções estruturais entre o Direito Administrativo e o Direito Penal levantariam barreiras intransponíveis para o aproveitamento de conceitos e garantias pela esfera administrativa. Cada seara possui características e racionalidades próprias, como por exemplo as noções de tipicidade e culpabilidade muito específicas da área criminal, que nem sempre podem ser transpostas sem arremedos ou adequações, que acabariam desvirtuando os conceitos originais. Daí, como consequência, alguns excessos dogmáticos passaram a evidenciar que "(...) não se poderia manejar com instrumentos substancialmente penalistas uma realidade como a das infrações administrativas, tão diferentes das penais" (p. 9)[46].

Para corrigir essa rota, a doutrina restabeleceu a aproximação da atividade sancionatória da administração pública à disciplina do Direito Administrativo, inaugurando um o segundo momento da matéria. Com isso, os fundamentos teóricos afetos às competências sancionatórias da administração pública passaram a gravitar em torno de concepções próprias do regime de Direito Administrativo. Abandonou-se, assim, a ideia de um regime sancionador atrelado às noções criminais.

Pois bem, conforme ressalta o mencionado autor (pp. 10-12), esta concepção atualizada de Direito Administrativo Sancionador passa a edificar-se em três principais pilares conceituais.

Primeiro, que a atividade sancionatória da administração pública é protagonizada pela noção de prevenção de riscos[47]. Disto passou a se distinguir do conceito de criminologia tradicional que pressupõe o dano como elemento central para a imposição de um castigo. O dano passou a um plano secundário no equacionamento da atividade sancionatória da administração pública. A pena

---

[46] Tradução livre: *"(...) no se podía manejar con instrumentos sustancialmente penalísticos una realidad como la de las infracciones administrativas, tan distintas de las penales"*.

[47] Costuma-se ilustrar este conceito com a penalidade por ultrapassar um semáforo no vermelho, cuja conduta continua sendo infração ainda que não ocorra nenhum acidente.

como retribuição de um mal já não teria mais lugar. Esta composição atual seria capaz de fazer frente à dinâmica de desenvolvimento da *sociedade de risco*, exigindo do Direito Administrativo a formação de métodos capazes de dinamizar a atuação sancionatória da administração pública.

Segundo, que o Direito Administrativo Sancionador deve ocupar-se com a gestão e defesa dos interesses públicos e coletivos. Neste sentido, a atividade sancionatória torna-se meio adequado para instrumentalizar políticas e agendas públicas, colocando-se como ferramenta para o atingimento de finalidades públicas e tendo na lei e no Direito os limites de seu exercício. Este passo conceitual superou a noção, enraizada no Direito Penal, de que o sancionamento constitui um fim em si mesmo.

Terceiro, que a regulação sancionatória na esfera administrativa tende a, e admite, ser fracionada nos diversos domínios hierárquicos da administração pública. Como decorrência, a simples noção de regulação da atividade passa a ser insuficiente, do que se exige do Direito Administrativo um papel de funcionalização de uma rede conceitual e normativa de vetores com capacidade para coordenar as variáveis existentes em situações heterogêneas. Essa concepção atual privilegia e prioriza os conceitos operativos do Direito Administrativo para regular a atividade sancionatório.

No Brasil, a doutrina vem seguindo o mesmo caminho percorrido pelas lições espanholas, inclusive por elas irradiadas.

Cedo nos anos 2000, a doutrina nacional[48] passou a defender a noção de um regime sancionador administrativo atrelado às garantias penais, ancorando suas formulações naquele primeiro momento da teoria espanhola do Direito Administrativo Sancionador. Estas formulações também ecoaram na jurisprudência pátria[49].

---

[48] As principais obras produzidas no Brasil são “Direito Administrativo Sancionador” de Fabio Medina OSÓRIO (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), “A Sanção no Direito Administrativo” de Heraldo Garcia VITTA (São Paulo: Malheiros, 2003), “Infrações e Sanções Administrativas” de Regis Fernandes de OLIVEIRA (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005) e “Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador” de Rafael Munhoz de MELLO (São Paulo: Malheiros, 2007).

[49] Sobre a adoção de modelos do direito criminal no campo das punições administrativas, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR (2000, p. 129) leciona que: “A admissão dessa hipótese também não passou despercebida pelo STF, conforme se pode, de maneira implícita, extrair do MS 20.9994. Infere-se do voto do relator, Min. CELSO DE MELLO, acolhido à unanimidade pelo Tribunal Pleno, que a consagração, no Texto Básico (art. 52, LV), do contraditório e da ampla defesa, implicou no reconhecimento, no âmbito do processo administrativo disciplinar, de clara limitação dos poderes

Em linhas gerais, os autores nacionais passaram a compartilhar da noção de um *ius puniendi*[50] único a justificar a persecução penal e o sancionamento administrativo, cuja distinção residiria em elementos puramente formais derivados de escolhas legislativas. Este desenho implica na composição de um núcleo indissociável de prerrogativas sancionatórias e garantias individuais de aplicação necessária para ambas esferas, penal e administrativa. Por efeito, estas teorias deduzem do texto da Constituição Federal a aplicabilidade de princípios como o da tipicidade, da presunção de inocência e do devido processo legal às hipóteses de sancionamento na seara administrativa[51]. Forma-se um discurso robustamente garantista na concepção da atividade sancionatória da administração pública. Esta base teórica é bastante linear nas formulações da doutrina nacional.

Não se ignora, porém, que há variações entre os autores quanto a elementos mais específicos. Assim, para ilustrar, Heraldo Garcia VITTA (2003, pp. 65-67) defende um caráter prioritariamente persuasivo da sanção ao sujeito infrator; enquanto Fabio Medina OSÓRIO (2015, pp. 106-107) qualifica a sanção como uma medida retributiva com a finalidade precípua de castigar o infrator. Ou, noutro exemplo, Rafael Munhoz de MELLO (2007, pp. 154-155) afasta a incidência da regra de retroatividade de lei mais benéfica no campo administrativo, por entender que as razões humanitárias justificadoras do princípio seriam exclusivas do Direito Penal; ao passo que Fábio Medina OSÓRIO (2015, p. 120)

---

da Administração, em contrapartida à crescente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. Considerando-se que a concreção da responsabilidade criminal é privativa do Judiciário, a aproximação do processo administrativo frente ao judicial é traduzível, pelo menos no plano formal, pela implícita constatação de que os parâmetros aplicáveis ao jus puniendi no tocante aos crimes ou delitos são extensíveis, na medida do possível, à responsabilização pela prática de infrações administrativas".

[50] Heraldo Garcia VITTA (2003, p. 64) provê um conceito de *ius puniendi* estatal, caracterizando-o como "o poder de criar ilícitos e sanções punitivas, aplica-las e executá-las".

[51] Oportuno destacar excerto do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: "DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1º. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina"(STJ: Recurso em Mandado de Segurança n. 24.559/PR. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publico no DJ em 01/02/2010).

sustenta que a incidência da regra deve ser ponderada em razão do potencial restritivo a direitos do particular, assim reconhecendo a fluidez de sua aplicabilidade.

Posteriormente, assim como visto na Espanha, algumas noções estruturais da disciplina passaram a ser questionadas e repensadas também na doutrina brasileira, sobretudo a ideia de centralidade do Direito Penal como regente da atividade administrativa sancionatória. E, de fato, a incidência de teorias penais dá à administração pública uma forte inclinação a posicionamentos repressivos. É neste sentido a anotação de Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Rafael Véras de FREITAS (2018) quando afirma que “a transposição da sistemática do Direito Penal (...) permeia o Direito Administrativo sancionador por uma ótica redistributiva e retrospectiva”.

Além disso, hoje se percebe o caráter orgânico e interdisciplinar das liberdades fundamentais, com conteúdo irradiante a todos os regimes jurídicos. Disto decorre a incidência direta das garantias sobre as disciplinas do Direito Administrativo, independentemente de uma tarifação pelo Direito Penal.

Explica-se.

A noção de *ius puniendi* único não teria a relevância afirmada pelas teorias iniciais do Direito Administrativo Sancionador, senão enquanto enraizada numa visão compartimentalizada do Direito e da Constituição. Seria necessário pressupor uma interpretação estática do Direito, com ramificações *a priori* incomunicáveis, para fazer sentido a busca de uma origem comum como justificativa para o diálogo entre as disciplinas. Este pressuposto não se mantém rígido num contexto jurídico orgânico, o que torna desimportante a relação de uma origem compartilhada.

Ademais, a maior virtude das formulações teóricas daquele período inicial do Direito Administrativo Sancionador era, justamente, a transposição de garantias constitucionais à seara disciplinar administrativa, o que era feito por meio das teorias criminais. Ou seja, o Direito Penal era posto como via de acesso para o texto da Constituição Federal. Contudo, a atual postura constitucionalizada do ordenamento jurídico, com a Carta Magna como núcleo de expansão de uma rede horizontalizada de direitos, permite ao Direito Administrativo construir sua temática própria e diretamente relacionada com o Direito Constitucional. A via de

acesso hoje é direta, não havendo a necessidade de se tomar o caminho pedagiado pelo Direito Penal.

Dessas reflexões, emerge uma percepção atualizada da disciplina da atividade sancionatória da administração pública, desta feita formulada em sintonia com as instituições e conceitos operativos próprios do Direito Administrativo. Nesse contexto, chama-se a atenção para a construção teórica de Alice VORONOFF (2018) acerca da atual dogmática do Direito Administrativo Sancionador. Em sua visão, ao diagnosticar as fragilidades daquele primeiro momento teórico, a autora sugere que as transposições a partir do Direito Penal teriam um caráter de improviso, que (p. 200):

> O problema maior não são as adaptações em si (em rigor, inevitáveis, já que estender à seara administrativa o regime rigoroso das garantias penais não seria factível), mas a forma como elas são construídas. Por vezes sequer são justificadas. Não se explica *por que* ou *de que forma* a incidência de certo princípio deva ser atenuada, nem por que essa mitigação se aplicaria a certos casos, mas não a outros relacionados ao mesmo comando normativo. Outras vezes, remete-se a afirmações vazias, como à necessidade de se flexibilizar certa garantia por força das nuances do direito administrativo sancionador (que nuances?), ou diante da impossibilidade de se engessar a máquina administrativa. Num e noutro caso, é como se as exceções fossem autoevidentes e intuitivas. Quando não são.
>
> Assim, com a mesma naturalidade com que se maximizam garantias, excepcionam-se garantias. Sem muito bem se explicar por que nem como. De forma *ad hoc*.

Essa abordagem, aliada à percepção de um alastramento da atividade sancionatória no país, serve de impulso para uma revisão valorativa do discurso de justificação do tema. A este propósito, a autora desenvolve o entendimento de que o sancionamento integra parcela das atividades materiais a cargo da administração pública, servindo como instrumento de concretização de demandas do interesse da sociedade. Afirma que o exercício dessa competência material pressupõe uma reserva relativa de lei, no que concerne à incidência do princípio da legalidade. Tal qualificação implica numa percepção global da atividade punitiva, entre sua regulação e aplicação, apta a propiciar o emprego de estratégias sancionatórias que, para além de dissuadir práticas infracionais, possam encorajam a conformidade com o ordenamento e, em qualquer caso, alinhadas com a gramática das garantias fundamentais.

Esse reposicionamento teórico implica num ganho qualitativo para a atividade sancionatória, dando-lhe características funcionais com aptidão para impulsionar o atingimento de finalidades públicas, muito além de uma simples competência outorgada pelo ordenamento positivo. Adota-se uma racionalidade dinâmica e que permite certo grau de flexibilidade para que a sanção se oriente a dissuadir, persuadir, reparar ou compensar, a depender da medida que resultar melhores proveitos aos interesses coletivos.

1.2.3. Construindo um modelo funcional da atividade sancionatória da administração pública

Restabelecer e revigorar a ligação da atividade sancionatório com o Direito Administrativo implica, a um só tempo, a tendência de abandonar a ideia de que a sanção serviria a propósitos retributivos de um *ius puniendi* de autoridade, para conectá-la à função de instrumentalidade em prol da gestão pública e das liberdades fundamentais. Significa redirecionar os propósitos da administração pública para uma visão prospectiva e positiva.

Além disso, permite uma ampliação de ângulos de possíveis abordagens ao tema, prestigiando a heterogeneidade do contexto no qual a administração pública está inserida. Enquanto o Direito Penal centra-se num juízo de avaliação primordialmente moral em sua racionalidade, tanto que se justifica como resposta e proteção à sociedade; o Direito Administrativo convive numa realidade de vetores diversificados, tendo de lidar, por exemplo, com aspectos sociais, econômicos e de mercado, humanitários e, também, morais, mas estes sob a ótica da probidade. Daí que estas variáveis devem ser integradas ao racional do Direito Administrativo Sancionador na formulação de respostas aos casos concretos.

Essa lógica encontra amparo em contribuições de teorias responsivas e de teorias de identificação de riscos, com as quais é possível identificar um modelo de abordagem funcional da temática.

a) Teorias responsivas

Derivadas das escolas da análise econômica do direito, as teorias responsivas procuram estabelecer um modelo sancionatório sensível às variáveis do contexto e dos atores envolvidos no jogo regulatório[52]. Daí advogam a construção de uma estratégia de sancionamento com capacidade adaptativa a diferentes realidades sociais e de mercado. Indicam a adoção de instrumentos dissuasivos e persuasivos visando ao condicionamento do comportamento dos atores envolvidos, para que, de um lado, o poder público ofereça respostas coerentes às finalidades relevantes, e, noutro ângulo, os agentes de mercado ampliem seu comprometimento de conformidade ao ordenamento regulatório.

Essa construção teórica tem como ponto de partida a percepção de que as sanções administrativas estão inseridas num contexto heterogêneo, direcionadas por e para atores com comportamentos complexos. Isto porque, a atuação sancionatória não é um fenômeno independente da realidade que lhe origina, nem mesmo dissociada do ambiente no qual é desempenhada. Mas, ao contrário, a comunicação protagonizada pelo aparato administrativo é essencialmente dinâmica e destinada a interagir com e modificar a realidade ao seu entorno.

Considera, ainda, as motivações comportamentais dos particulares, influenciadas a partir da coexistência de racionais econômicos e sentimentos morais imanentes aos agentes de mercado. Ante um quadro regulatório, os particulares podem orientar suas escolhas por análises de custos e benefícios, decidindo agir em conformidade com o ordenamento quando os encargos superarem os proveitos estimados; ou, optando pela conduta ilícita quando as consequências forem brandas a ponto de compensar economicamente o desvio[53]. Ao lado dessa racionalidade econômica, outros comportamento são determinados por sensos morais e éticos, que podem engajar o particular ao cumprimento da regulação a partir de uma sensação de responsabilidade social e anseios por reputação; ou, encorajá-lo a criar resistência à lei por um sentimento de oposição às políticas públicas estabelecidas.

---

[52] Segundo Marcos Vinícius PÓ (2009, p. 7), jogo regulatório corresponde à “interação de atores e instituições diversas – políticas, econômicas ou sociais – acontecendo sob regras estabelecidas pelos próprios e pelo contexto”.

[53] Sobre a noção de custo da conformidade, ver Richard BROWN (1994, p. 66).

Desse cenário, as teorias responsivas concluem que o Estado não deve interagir no jogo regulatório por meio de instrumentos estanques, porque estes são conceitualmente incompatíveis com a complexidade da realidade que lhes cerca. Mas que, ao contrário, a administração pública deve estar municiada de instrumentos que se ajustem às diferentes realidades, porque a efetividade da atividade sancionatória está diretamente conectada com a formulação de métodos que propiciem respostas adaptáveis às variadas situações surgidas.

Sob a perspectiva regulatório, Ian AYRES e John BRAITHWAITE (1992) defendem que as regras regulatórias devem facultar atuações responsivas. Assim, envidam esforço no desenho de um método que empregue a lógica de sancionamento baseada em respostas equivalentes (*tit-for-tat*) e com medidas de escalonamento e ordenadas de forma piramidal[54]. Para os autores, os elementos pertinentes à atividade sancionatória já se apresentam no ordenamento regulatório, não havendo necessidade de uma ampliação em sentido formal, mas apenas em sentido metodológico. Por efeito, que o emprego deste arsenal deve ser orientado por diretrizes voltadas à maximização dos benefícios coletivos, assim permitindo que a administração pública coordene instrumentos de advertência (persuasivas), punição (educativas) e perdão (conscientização) de forma equivalente às particularidades da situação enfrentada. Em sínteses dessa estratégia, os autores (1992, p. 21, *apud* Alice VORONOFF, 2018, p. 137) indicam que:

> Como uma estratégia 'amigável' (uma estratégia que não se vale da sanção a não ser que a empresa deserte), a 'tit-for-tat' tem a plena vantagem da mútua cooperação com todas as empresas que busquem agir amigavelmente. Como uma estratégia vingativa de pronta retaliação, ela faz uso da sanção nos casos específicos de empresas que infrinjam a regulação em todas as rodadas. Entretanto, como uma estratégia de perdão, ela responde quase que imediatamente se um infrator passar a se conformar à regulação, restaurando, assim, o benefício da cooperação mútua ao invés dos baixos retornos da deserção mútua.

[54] Alice VORONOFF (2018, p. 143) explica o conceito de estrutura piramidal dizendo que: "A base seria composta de medidas essencialmente persuasivas, que se tornariam tanto mais severas quanto mais próximas do vértice". A ideia posta por Ian AYRES e John BRAITHWAITE (1992, p. 36) com a pirâmide é permitir uma escalada no rigor dos meios de persuasão, assim para garantir um maior comprometimento de cooperação do particular.

A defesa de uma estruturação metodológica da atividade administrativa tem a grande virtude de condicionar a discricionariedade excessiva[55] e, ainda, imprimir maior segurança e previsibilidade no ambiente de relações disputadas entre o Estado e os particulares.

Do ponto de vista de sua aplicação prática, Robert BALDWIN e Julia BLACK (2007) aprofundam no cenário problemático em que se insere a atividade sancionatória do poder público. Para os autores, é preciso considerar como parte do contexto as limitações e dificuldades que implicam em obstáculos para a administração pública. Estas variáveis devem ser levadas em conta como condição indispensável ao aproveitamento prático de noções responsivas.

Nessa linha, os autores deduzem alguns aspectos e derivações que devem ser considerados a propósito de um modelo responsivo de sancionamento, para o qual é preciso compreender: (i) as estruturas operacionais e cognitivas das empresas, como forma de tornar efetiva a detecção de comportamentos indesejáveis; (ii) o ambiente e a dinâmica do contexto regulado, assim para um constante processo de aprimoramento regulatório; (iii) as lógicas de cada ferramenta regulatória e suas distinções, permitindo maximizar seu aproveitamento e ampliar o monitoramento das medidas aplicadas; e, (iv) as mutações no contexto regulatório e suas alternâncias de prioridades e objetivos, para impulsionar a adaptação e renovação do regime regulatório.

Em linhas gerais, o modelo teórico prescreve o reposicionamento da sanção dentro do contexto regulatório, alçando-a a instrumento de gestão pública por meio de técnicas persuasivas e punitivas que podem ser utilizadas numa lógica escalonada de execução (*enforcement*).

As teorias responsivas desenham uma complexa metodologia predicando que a resposta estatal possa variar de acordo com seu entorno e os comportamentos dos atores envolvidos, pressupondo o uso racional dos recursos disponíveis. O elevado grau de complexidade teórica da doutrina, se por um lado lhe dá sofisticação, por outro, porém, impõe-lhe distância de uma aplicação prática factível[56]. Ainda assim, suas formulações representam importantes

[55] Sobre o confinamento da discricionariedade em sanções administrativas, ver Pablo SOTO DELGADO (2016).

[56] Sobre as críticas à possibilidade prática do modelo responsivo, ver Richard JOHNSTONE (1999).

contributos para a evolução das disciplinas da atividade sancionatória da administração pública.

b) Teorias de identificação de riscos

Num cenário de expansão e fortificação do mercado único europeu, o Reino Unido centrou esforços para combater as barreiras burocráticas da administração pública, com uma profunda revisão de seus mecanismos de regulação e sancionamento. Este contexto foi guiado pelos compromissos assumidos pelo governo britânico de redução progressiva das imposições públicas aos agentes econômicos, para otimizar as intervenções estatais sem comprometer a dinâmica do mercado e as liberdades individuais.

Estes esforços contemplaram uma construção teórica voltada à racionalização das atividades fiscalizatórias e sancionatórias da administração pública, orientadas por critérios de avaliação e determinação de riscos. Trata-se das teorias de identificação de riscos que emergiram a partir dos diversos estudos técnicos produzidos na ocasião[57]. Nesse contexto, o relatório produzido pela *Better Regulation Task Force* (2005) incutiu a noção de controles orçamentários das atividades regulatórias como forma de estimular a simplificação e priorização de atividades administrativas.

Essas construções ganham substância e conteúdo com os estudos técnicos produzidos por Philip HAMPTON em 2005[58] e por Richard MACRORY em 2006[59].

O *Hampton Report* enfrenta o problema da burocracia estatal de um modo global, tendo como propósito primordial sugerir medidas de otimização dos custos regulatórios. O estudo coloca como vetor central do *enforcement* estatal a avaliação consciente dos riscos envolvidos nas diversas áreas de regulação, como forma de condicionar a priorização de atividades estatais, que deve ser adequada ao grau de risco do ambiente. O autor formula recomendações que, em

[57] Sobre a trajetória e os resultados da agenda britânica de melhora regulatória, ver o relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2010, pp. 44-45).

[58] Relatório denominado *Reducing Administrative Burdens: effective inspection and enforcement*.

[59] Relatório denominada *Regulatory Justice: sanctioning in a post-Hampton World*.

síntese, preconizam que a atividade administrativa sempre se oriente por critérios de proporcionalidade, responsabilidade, consistência, transparência e objetividade.

O *Macrory Report* enfoca o problema do sistema sancionatório no contexto da efetividade regulatória, demonstrando uma preocupação central com a noção de instrumentalidade das sanções administrativas. O autor parte da premissa de que as sanções administrativas podem assumir função dúplice: assegurar o comprometimento dos agentes regulados com o ordenamento; e, garantir que o ambiente regulado não comprometa garantias valorizados pelos cidadãos. Trabalha com a ideia de caixa de ferramentas para sustentar a viabilidade de um sistema baseado em respostas estatais flexíveis e proporcionais. Agrega ao tema a noção de que são necessários encargos capazes de salvaguardar a credibilidade do sistema regulatório e os direitos dos regulados[60].

Em seu ponto central, o estudo denota que a desproporcionalidade da sanções administrativas pode colocar a perder toda a efetividade dos sistema regulatório. Sanções que se revelem insuficientes, inadequadas ou excessivas não se vocacionam a encorajar comportamento lícitos, mas tendem a gerar litígios e intensificar o senso de desconfiança para com o Estado. Para equacionar suas ponderações, o autor encaminha recomendações para o aprimoramento do sistema regulatório, pondo foco em ferramentas de conteúdo mais suave, educativas ou preventivas como meio para dar equilíbrio ao sistema punitivo.

Esse conjunto de recomendações foi consolidado em um relatório oficial, denominado *Next Steps on Regulatory Reform* e publicado em 2007, apontando um encadeamento de medidas destinadas à implementação das noções sugeridas nos estudos técnicos.

As teorias de identificação de risco sugerem um modelo seletivo de regulação e flexível em seu aspecto sancionatório. Adotam como virtude priorizar uma racionalização no emprego dos recursos públicos, que passa a concentrar meios mais rígidos nos ambientes com maiores graus de risco e condições mais abertas nos espaços menos arriscados. Porém, esta característica de flutuação

---

[60] Richard MACRORY (2006, p. 4) lembra que o "uso desse ferramental imporá alguns encargos aos reguladores como forma de assegurar que as sanções sejam usadas de forma responsável, para salvaguarda dos direitos das comunidades reguladas e manutenção da credibilidade no sistema regulatório" (tradução livre: "*Use of this toolkit will also impose some burdens on regulators in order to ensure sanctions are used responsibly, safeguard the rights of the regulated communities and maintain public confidence in the regulated system*").

do regime desperta críticas, centradas na noção de desconfiança ao processo de detecção dos ambientes e graus de risco. Disto derivam questionamentos quanto à isonomia no tratamento dos agentes regulados e na proteção dos administrados.

c) Contribuições extraídas das teorias em sentido a um modelo funcional da atividade sancionatória da administração pública

Os debates noticiados acima são permeados por abordagens distintas e justificações variadas, além de assumirem enfoques diferentes em suas considerações, mas todos gravitam em torno do mesmo problema afeto ao regime jurídico da atividade sancionatória do Estado. Certamente que estas formulações contribuem, e muito, para o enriquecimento da cultura jurídica e para o amadurecimento das instituições administrativas[61], o que já é suficiente validação.

E daqueles debates é possível extrair mais. É possível perceber uma convergência de formulações vocacionadas à construção de uma racionalidade atualizada para o tema. De fato, as ideias construídas nesse percurso teórico estabelecem uma identidade própria e modernizada da atividade sancionatória da administração pública.

Nesse sentido, inventariam-se os seguintes pontos de convergência a partir das teorias apresentadas[62]:

---

[61] Importa destacar que as orientações formuladas têm influenciado a revisão e atualização das normas designadas ao campo regulatório e às atividades sancionatórias na Europa. Para ilustrar, a edição do *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* pelo Reino Unido deu corpo às recomendações feitas pelos estudos técnicos e relatórios nos debates sobre a gestão de riscos. Este regulamento incorpora a noção de instrumentalidade da atividade sancionatória por meio de um elenco amplo e flexível de medidas administrativas. Outro exemplo decorre das Diretivas 2014/23 e 2014/24 da União Europeia, as quais disciplinam, respectivamente, as concessões e os contratos públicos no direito comunitário. Estas normas modernizam as diretrizes contratuais e orientam um escalonamento progressivo de sanções, quando facultam a restrição ao direito de licitar nas hipótese de deficiências significativas ou reiteradas em contratos prévios.

[62] A sinalização sobre um núcleo central de ideias a partir dos debates teóricos está presente no pensamento de Alice VORONOFF (2018, p. 175), para quem: “Realmente, os três modelos percebem a penalidade como instrumento a serviço de fins de interesse público cometidos ao Estado-Administrador. Uma medida de gestão que de se integrar às atividades materiais a cargo do regulador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de maior efetividade. Isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no contexto específico em que inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado”.

(i) *Há consenso em atribuir às sanções administrativas um caráter instrumental, de subserviência aos fins de interesses públicos. Não há mais sentido em conceber a penalização como um castigo para retribuir uma conduta ilícita ou como mera medida de prevenção. Senão o contrário. A sanção se apresenta adequada apenas quando conectada à realização de uma finalidade pública.*

Esse enfoque orienta a conclusão de que a prerrogativa sancionatória deve ser percebida como instrumento para a adequação do ambiente relacional aos fins prescritos pelo ordenamento jurídico, sempre com vistas ao espectro dos interesses públicos e das garantias fundamentais. Meio e finalidade se apresentam como motes inseparáveis no desempenho da função estatal, já que a eventual perda desta conexão tornaria, até mesmo, sem sentido a própria organização estrutural da administração pública[63].

A sanção deve ser propositiva, implementada como meio de realização dos interesses públicos em perspectiva concreta. Assim, por exemplo, a administração pública deve lançar mão de penalidade em contrato administrativo para que o empreiteiro realize os ensaios necessários ao controle de qualidade das estruturas edificadas; para que o prestador regularize o vínculo de seus colaboradores; para que o fornecedor mitigue o atraso de uma entrega, dentre outros inúmeros exemplos possíveis.

(ii) *A partir do enfoque instrumental da pena, a atividade sancionatória da administração pública é expandida e elevada a uma categoria material de realização de políticas públicas. Daí que a capacidade punitiva é inserida no contexto dinâmico das relações público-privadas, devendo ser exercida na medida da necessidade dos*

[63] Cabe lembrar, de Roberto DROMI (2003, p. 50), que: "A justificativa ética do exercício do poder reside na retidão do ato em relação à finalidade específica da comunidade política, o bem comum. Poder e finalidade são os elementos essenciais do conteúdo constitucional. O Direito é o instrumento pelo qual se controla a preservação e correspondência entro os meios utilizados e os fins devidos. Sua incompatibilidade gera o abuso ou excesso de poder, implicando na ilegitimidade de seu exercício concreto" (tradução livre: *"La justificación ética del ejercicio del poder está dada por la rectitud en el obrar com miras al fin específico de la comunidad política, el bien común.* Poder y fin son los elementos esenciales del contenido constitucional*. El Derecho es el instrumento por el cual se controla la continuidad y correspondencia entre los medios utilizados y los fines debidos. Su incompatibilidad genera el abuso o exceso del poder, que implican la ilegitimidad de su concreto ejercicio"*.

objetivos prestacionais ou protetivos em que se direcionam os esforços estatais.

A atividade sancionatória não deve ser fitada como um mal necessário do convívio social, pelo qual a administração pública tenha o dever-poder de punir um comportamento errático. Essa lógica não faz sentido num contexto de valores prestacionais e protetivos encarregados ao Estado. Ao invés desse desenho retrospectivo e retributivo, é possível enxergar a atividade sancionatória como um conjunto de instrumentos com aptidão para – ao lado de outras ferramentas de governança – encorajar ou condicionar comportamentos[64].

Com essa dimensão material, a atividade sancionatório integra o arco de estratégias de gestão pública, servindo de aparato para que a administração potencialize os efeitos de incentivos ou condicionamentos. Assim, por exemplo, uma penalidade pode ser suavizada considerando as limitações objetivas de uma microempresa como forma de não comprometer a política de incentivo para o pequeno empreendedorismo. Enfim, o propósito da atividade sancionatória repousa na adequação de comportamentos com vistas às agendas públicas.

(iii) Confia-se à administração pública a responsabilidade de ponderar, nos planos valorativo e concreto, a solução mais adequada em relação à extensão e eficácia das consequências da punição. Dado o entendimento que os ambientes das relações público-privadas são permeados por pretensões contrapostas, a administração pública deve orientar sua atuação em sentido à salvaguarda dos valores fundamentais do Direito.

Mais do que nunca, essa racionalidade construída do Direito Administrativo Sancionador posiciona o tema na moldura das garantias e liberdades fundamentais, sob a perspectiva de sua textura constitucional e democrática. O Estado Democrático de Direito demanda que a administração pública, a um só tempo, abstenha-se de impor limitações injustificadas à abrangência de direitos fundamentais e equacione a melhor conformação aos interesses legítimos

[64] Sobre a noção de ferramentas institucionais, ver Robert BALDWIN *et all* (2012, pp. 238-243).

contrapostos[65]. Tudo amparado numa diretiva de otimização das liberdades públicas.

Com isso, confia-se que a administração pública se encarregue de melhor compor o ambiente democrático, pois, afinal, é essa a pedra angular das prerrogativas a ela outorgadas.

[65] Sobre o papel da administração pública na efetivação de direitos fundamentais, ver Gustavo Henrique JUSTINO DE OLIVEIRA (2008, pp. 94-100).

1.3. Síntese Parcial do Capítulo

A atividade sancionatória em contratos administrativos tem sua gênese no conceito de poderes exorbitantes atribuídos à administração pública, o que, apesar de constituir fundamento teórico-normativo defasado e incompatível com as características contemporâneas, mantem-se como pilar de sustentação do regime de contratualidade administrativa.

Nesse contexto, ainda hoje as relações contratuais celebradas pela administração pública são presididas por uma latente lógica de autoridade, porque tais relações estão demasiadamente permeadas por espaços de ampla discricionariedade administrativa. A falta de diretrizes mais claras a orientar o exercício das prerrogativas exorbitantes, além de criar um espaço de desconfiança[66] e desestímulo à cooperação, autoriza um campo de imprevisão nas respostas estatais.

Tais inseguranças contaminam o exercício da prerrogativa sancionatória com maior intensidade, porque mais intensas as intervenções nesta seara. Daí a preocupação em compreender com maior profundidade o regime de sancionamento, o que encontra algumas respostas nos estudos de Direito Administrativo Sancionador e nas perspectivas de um Direito Constitucional garantista. A intersecção do contrato administrativo com o regime sancionatório administrativo e garantista tem como principal mérito o de reduzir a porosidade do substrato jurídico acerca do sancionamento nas relações contratuais públicas.

Além disso, o posicionamento dos conceitos administrativos e garantistas na base de fundamentação teórica do problema do contrato administrativo, além de responder ao contexto crítico da disciplina, também, e principalmente, permite atribuir uma racionalidade própria ao regime sancionatório da administração contratante. Esta racionalidade firma-se em pilares de instrumentalidade e proporcionalidade da atuação pública em face das demandas coletivas e dos direitos e garantias fundamentais.

∴

[66] Conforme Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2012, pp. 323-325).

Capítulo 2: REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DAS SANÇÕES CONTRATUAIS E SEUS FUNDAMENTOS NORMATIVOS

2.1. Considerações sobre o Regime Jurídico das Contratações Públicas e sua Disciplina Sancionatória. 2.1.1. O perfil constitucional das contratações públicas. 2.1.2. Moldura constitucional da atividade sancionatória da administração pública. 2.1.3. Competência legislativa e profusão de normas infraconstitucionais.
2.2. A Disciplina Jurídico-Normativa da Atividade Sancionatória nas Contratações Públicas. 2.2.1. Revisitação aos critérios jurídico-normativos da atividade sancionatória: a) Na Lei Geral de Licitação e Contrato Administrativo; b) Na Lei do Pregão; c) Nas leis que regulam outras hipóteses específicas de contratações públicas; d) No Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional. 2.2.2. Qual a extensão atual do problema em relação aos contratos administrativos? 2.2.3. Análise crítica dos critérios legais das infrações e sanções contratuais: a) Os tipos infracionais; b) As sanções; c) Aspectos processuais.
2.3. Síntese Parcial do Capítulo.

No capítulo anterior, procurou-se compreender dois problemas que se intersecionam, transitando por aportes teóricos centrais no desenvolvimento dos debates em torno dos temas. Primeiro, buscou-se sublinhar as dificuldades à volta do contrato administrativo e de suas prerrogativas exorbitantes, expondo como a lógica da autoridade desestabiliza a relação contratual; assim como visitou-se os debates teóricos que impulsionam em sentido ao reposicionamento do regime jurídico afeto ao tema. Após, dedicou-se a apresentar o problema da atividade sancionatória da administração pública e suas implicações na previsibilidade, segurança e adequação dos ambientes de relação público-privada; seguindo-se com a análise de construções teóricas ambientadas no Direito Administrativo Sancionador.

Essas considerações se fizeram num horizonte ampliado do escopo central enfrentado pela pesquisa, mas que se justificam pela necessidade de compreensão sistêmica do problema e de sua atualidade.

Dito isso, importa agora avaliar a incidência da problemática no cenário específico do contrato administrativo no Direito brasileiro, para que se dê enfoque ao recorte temático proposto. Para trilhar este caminho, a estratégia de aproximação ao tema consiste nos seguintes objetivos a serem destacados ao longo do presente capítulo:

(i) Compreender o regime jurídico-normativo das contratações públicas no ordenamento brasileiro, percorrendo análise sobre o perfil constitucional e o ambiente regulamentar do instituto. Ainda com foco no entendimento do tema, avaliar a dimensão prática das sanções aplicadas em contratações públicas; e,

(ii) Revisitar as diretrizes e critérios normativos pertinentes às sanções em contratações públicas, o que se faz por investigação acerca da disciplina jurídico-positiva da dimensão sancionatória nos contratos administrativos acompanhada de análise crítica dos parâmetros legais postos.

2.1. Considerações sobre o Regime Constitucional das Contratações Públicas e sua Disciplina Sancionatória

Como ressalta César Guimarães PEREIRA (2000, p. 118), nas relações contratuais travadas pelo Estado, o que se deve buscar sempre é uma integração em grau mais harmônico possível entre o poder público e a iniciativa privada, apoiada em normas que promovam um equilibrado balanceamento entre as prerrogativas inatas da esfera pública e as garantias de liberdades valorizadas pela esfera privada.

As relações contratuais desenvolvem-se em ambiente de constantes pressões e tensões, no qual convivem, lado a lado, uma plêiade de poderes e prerrogativas conferidas à administração pública e um conjunto de direitos e garantias inerentes às liberdades privadas. Tais valores dirigem impulsos em sentidos distintos, por vezes até antagônicos. Assim, uma função primeira do regime jurídico incidente sobre o contexto contratual corresponde à definição de uma diretriz unificada acerca do desígnio essencial da relação, ou seja, a definição de um ponto comum fundante da relação.

Nessa linha, conforme assertiva lição de Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), p. 32), a essência da contratação repousa na sua vinculação à finalidades públicas, pois:

> Não há ato da Administração Pública que se compatibilize com preferências de natureza pessoal, com o tratamento discriminatório, com a imoralidade administrativa, em síntese, que dependa do livre-arbítrio do agente administrativo. Ao contrário, a função administrativa é vinculada à finalidade pública, reprimindo-se o desvio de poder. Assim sendo, é inevitável sujeitar a atividade administrativa ao cumprimento de formalidades, mais rigorosas do que aquelas que se destinam às relações jurídicas travadas sob o regime de direito privado.
>
> Dessa forma, demonstra-se complexa a função administrativa, uma vez que, de um lado, há prerrogativas especiais, e, de outro, há limitações e sujeições também especiais. Como sintetiza Jean Rivero, "as normas de direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de acções sujeições mais estreitas do que aquelas a que estão submetidas".

O ponto de partida acerca das contratações públicas é que nelas há de prevalecer a perspectiva de realização de finalidade coletivas. A parte, que não esteja disposta a assumir como própria esta premissa, deve evitar engajar-se em uma contratação pública. Seja qual fora a parte, particular ou administrador, deve ter em mente que a contratação pública serve a propósitos da sociedade, sendo esta a condição essencial da relação.

Então, o regime jurídico incidente sobre as contratações públicas deve ser orientado e interpretado sob referido enfoque, sob a perspectiva de que a contratação não se deve distanciar dos valores e direitos que densificam as finalidades públicas.

2.1.1. O perfil constitucional das contratações públicas

Os primeiros traços acerca das contratações públicas fluem do ordenamento constitucional, precisamente do inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna[67]. Sua localização geográfica no texto fundamental denota que a disciplina dos contratos administrativos é circunscrita pelo regime de Direito Público, sujeitando-a aos princípios e normas que norteiam as atividades da administração pública.

A matriz constitucional coloca a disciplina dos contratos públicos, já em primeiro plano, nos esquadros dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e demais preceitos implícitos que condicionam a esfera pública. Significa que as diretrizes publicitas são embrionárias das relações contratuais estabelecidas pela administração pública, indicando a prevalência do critério subjetivo para delimitação do regime jurídico incidente.

Nessa linha, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal afirma as regras de existência de processo licitatório precedente, da intangibilidade da

[67] "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".

equação contratual e da essencialidade das condições necessárias à execução do objeto contratado.

O delineamento traçado na Carta Constitucional permite ressaltar, desde logo, alguns aspectos norteadores do regime de contratações públicas.

O primeiro deles reside na obrigatoriedade do procedimento licitatório, dispondo que as contratações realizadas pela administração pública deverão ser precedidas de processo de licitação, salvo exceções legais[68]. A essencialidade se repete no texto do artigo 175 da Constituição Federal, determinando que as concessões ou permissões contratadas junto ao Poder Público serão efetivadas "sempre através de licitação", sendo, portanto, incisiva a aplicação destas normas.

Em paralelo, a norma constitucional sinaliza a excepcional possibilidade de serem instituídas hipóteses de contratações diretas, sem prévio processo licitatório. Tal previsão em nada reduz ou flexibiliza a regra geral que orienta pela realização de certame. É, apenas, indicação de que o legislador constituinte anteviu a possibilidade da ocorrência de casos incompatíveis com o procedimento formal da licitação, ou seja, hipóteses nas quais o interesse almejado pela contratação sobrepõe-se à necessidade do procedimento licitatório.

Daí redundam os casos de licitação dispensada, de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Esta última, a inexigibilidade, tem lugar nas contratações onde seja inviável a competição, como por exemplo a aquisição de bens de fornecedores exclusivos ou a contratação de serviços de natureza singular de prestadores de notória especialização. Por sua vez, a dispensa, ocorre nas hipóteses em que o procedimento licitatório, se realizado, poderia comprometer ou fulminar o interesse público, a exemplo das contratações para o atendimento de situações de emergência ou calamidade pública. Por fim, aquela, a licitação dispensada, refere-se a hipóteses peculiares de alienação e destinação de bens da administração pública em que haja destinatário específico da operação, como exemplo da venda de imóvel para outro órgão ou entidade.

---

[68] Adilson de Abreu DALLARI (2003, p. 197) conceito a licitação como "um procedimento administrativo unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração Pública para a aquisição ou a alienação de bens, a prestação de serviços e a execução de obras".

Além disso, a norma constitucional acentua a primazia da igualdade de condições como um dos pilares das contratações públicas, que se conjuga com os anseios de eficiência da atividade administrativa.

Recorde-se que, conforme já assinalado, o Estado deve servir à sociedade, provendo-lhe uma série de utilidades e serviços vocacionados à satisfação dos interesses coletivos. Ao longo do tempo, percebe-se que a administração pública tem tentando livrar-se da pecha de mero aparato e estrutura burocrática, buscando assumir um significativo papel inserido nas dimensões normativa e econômica. Tal intento não resulta na diminuição do Estado, senão o contrário, este movimento perpassa pela ampliação dos quadrantes de atuação estatal, não necessariamente por seus próprios meios, mas, na maioria das ocasiões, no exercício de prerrogativas regulatórias ou intervencionistas[69].

Com a expansão estatal, os anseios por uma administração pública engajada a concretizar os fins a que se propõe tornam-se cada vez mais constantes, e encontram sua razão de ser no princípio da eficiência consagrado pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Aliás, recorde-se as razões expedidas na Mensagem Presidencial n. 886/95 que integrou a exposição de motivos da Emenda Constitucional n. 19/98, justificando o acréscimo do princípio da eficiência dentre as diretrizes e atuação administrativa:

> ...incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte
>
> ...enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

[69] Paulo MODESTO (2000, p. 66) assinala que: "O Estado não foi reduzido ao mínimo, nem é uma instituição em processo adiantado de decomposição, como alguns sugerem. Ao contrário, amplia sua interferência continuamente, penetrando em quase todas as dimensões da vida privada, tornando-nos cada vez mais dependentes de suas regulações e controles; amplia a sua participação no produto bruto nacional, reclamando persistentemente novos recursos; endivida-se de forma perigosa, sem, entretanto, demonstrar capacidade para tratar adequadamente problemas sociais de vulto. É o crescimento do Estado, não a sua diminuição, a causa imediata dos graves problemas de legitimação que atormentam o Estado contemporâneo. Mas, ao mesmo tempo, é importante frisar, o Estado é indispensável, pois é a única organização, operando em larga escala, capaz de conter os interesses privados em limites socialmente razoáveis e apta a intervir intensivamente sobre a coletividade associando eficiência e equidade".

Registre-se a ressalva de que a vontade do legislador não deve ser tomada como a finalidade da norma criada, conforme já ressalta Francesco FERRARA (*apud* Antônio Carlos Cintra do AMARAL, 2002, p. 2) quando compara que "a obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem". Mas não se deve ignorar que o desejo inicial pode ser tomado como bússola e termômetro da norma, tendente a indicar o caminho que se pretende e os resultados de sua efetivação.

Ainda que tenha sido incluído em emenda posterior, o princípio da eficiência sempre esteve presente em boa parte da doutrina e sempre foi exigido da prática administrativa[70]. Porém, não se pode deixar de ressaltar que o acréscimo foi emblemático para a sociedade, que não mais observa a exigência em planos meramente políticos, tomando o preceito de eficiência como simples teoria negativa, cuja utilidade era para simples censura ou recusa da validade de um comportamento ineficiente.

O princípio da eficiência foi alavancado à condição de norma positiva, permitindo impor ao administrador sua observância e respeito, na melhor medida para otimizar a concretização dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Daí permite-se exigir do Estado celeridade, objetividade, efetividade e eficácia em seu agir frente à sociedade e na condução da coisa pública, na medida em que o princípio ganhou um núcleo rígido mais amplo e denso dentro do ordenamento jurídico.

Os anseios de eficiência incidem com ênfase nas contratações públicas, porque é através delas que a administração pública efetiva parte significativa de suas atribuições[71]. Então, os contratos administrativos devem ter foco na obtenção do modelo mais eficiente de satisfação das necessidades coletivas. Significa dizer que a administração pública deve celebrar seus contratos em torno das melhores condições financeiras combinadas com as melhores ofertas e

---

[70] A esse propósito, Lúcia Valle FIGUEIREDO (2001, p. 63) anota que: "É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos. Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de 'cliente', em lugar de administrado, o novo 'clichê' produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência. Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro".

[71] Conforme Joel de MENEZEZ NIEBUHR (2000, pp. 69-70).

produtos e serviços, o que redunda na escolha do melhor fornecedor e/ou prestador dentre os particulares com condições de contratação.

Exige-se, com base no princípio da eficiência, que a administração pública se desvencilhe de certas formalidades para que possa concretizar resultados. Todavia, conforme ressalta Joel de MENEZES NIEBUHR (2000, p. 71), "com decalque na própria relação de tensão que define a atividade administrativa, é inafastável que se atue, com referência ao interesse público, consoante padrões de eqüidade". A equidade é tradução do princípio da isonomia, pelo qual impõe-se à administração pública o dever de assegurar iguais condições aos semelhantes e adotar meios de equalização entre os desiguais, na medida da diferença.

A regra é que a administração pública deve tratamento isonômico a todos quantos se envolvam em contratações públicas. Esta regra espelha uma garantia ao particular de contratar com a administração pública, traduzida num direito público subjetivo dado a todas as pessoas que atendam aos requisitos qualificatórios[72]. A amplitude da garantia de isonomia compreende um dos vetores centrais nas contratações públicas. Trata-se de um direito subjetivo porque instituído e outorgado por lei, sem qualquer margem de disponibilidade, e público porque sua observância é de interesse coletivo, antes de ser privado.

Nessa toada, é sabido que o princípio da isonomia não significa igualdade absoluta. É conhecido o adágio de acordo com o qual os iguais devem ser tratados com igualdade e os desiguais com desigualdade, na medida de suas distinções. Eventuais flexões à isonomia apenas são admitidas quando estabelecidas pelo ordenamento jurídico e apoiadas em critérios de proporcionalidade e em prol do interesse público[73]. Por corolário, seria contrário à

---

[72] É o que prescreve a Lei Federal n. 8.666/93: "Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos".

[73] Sobre o tema, colhe-se do Supremo Tribunal Federal orientação no seguinte sentido: "3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se

ordem jurídica tanto a imposição de discrime entre particulares em condições semelhantes, quando planificar o tratamento entre particulares em condições díspares, a menos que exista norma regrando tais flexões.

A isonomia, seja em seu aspecto positivo ou em sua expressão negativa[74], é fonte de legitimação das contratações públicas, por sua vez impulsionadas pelos anseios de concretização das finalidades coletivas. Isonomia e eficiência se conjugam, entrelaçando-se como fundamentos e vetores axiológicos dos contratos administrativos e, em última análise, constituem a pedra fundamental do regime de contratações públicas.

A formação e existência do contrato administrativo estão inexoravelmente atreladas à sua sujeição do instituto aos valores da isonomia e eficiência, porque deles decorre a aderência da relação contratual com os interesses coletivos. O contrato administrativo será tão alinhado aos interesses públicos quanto o for sua relação com a isonomia e eficiência. O eventual distanciamento da relação contratual em relação àqueles valores jurídicos, sempre ambos, é indicativo de afastamento das finalidades públicas, em métrica diretamente proporcional.

Nessa linha, isonomia e eficiência devem irrigar as decisões e medidas impostas no ambiente da relação contratual, condicionando a postura da administração pública e do particular.

Retomando-se o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, em terceiro lugar, a norma consagra a manutenção das condições efetivas da proposta durante a integralidade da vigência contratual. Aliás, talvez um dos grandes diferenciais do regime jurídico brasileiro seja, exatamente, a proteção constitucional ao equilíbrio da relação contratual plasmada na equação

---

seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio“ (STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.070/RN. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJ em 19/12/2007).

[74] A distinção é explicada por Joel de MNEZES NIEBUHR (2000, p. 141) nos seguintes termos: “No âmbito do largo conteúdo isonômico, há os aspectos negativo e positivo. Aquele impõe a igualdade através da abstenção do poder público em tomar medidas desiguais. O positivo, por sua vez, exige um agir diferenciado visando ao equilíbrio das interações sociais”.

econômico-financeira, trazendo, como grande benefício, uma perspectiva de segurança aos licitantes quando da apresentação de suas propostas.

De mais a mais, bem se vê que o dispositivo matriz repudia qualquer exigência que supere o limite do mínimo necessário[75]. Ou seja, apesar de existir uma certa margem de discricionariedade, a administração pública somente poderá criar exigência até o exato limite que permita aferir a capacidade de cumprimento das obrigações contratuais.

A norma constitucional, portanto, estabelece uma limitação a medidas excessivas e desnecessárias, afirmando que a administração pública deve preocupar-se em exigir apenas aquilo que for indispensável à execução contratual. Veda-se o excesso e privilegia-se o essencial para garantir um ambiente competitivo e centrado na efetiva consecução do contrato administrativo.

A administração pública apenas está autorizada a demandar dos participantes, para permitir que estes acessem a disputa pela almejada contratação, aquilo que for indispensável ao cumprimento do objeto a ser contratado. Tudo o que não for indispensável, que não for estritamente necessário ao interesse público, é reputado inconstitucional[76].

Todavia, a noção de essencialidade não autoriza o descaso com a consecução do contrato administrativo. Assim porque, quando contrata um particular, a administração pública confia a ele a execução ou fornecimento de objeto intimamente relacionado com o interesse público. Por óbvio que a

---

[75] Ao interpretar esta diretriz extraída do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, Carlos Ayres BRITTO (1997, p. 139) acentua o seguinte: “É dizer, a Lei Maior estabelece uma relação de adequação entre as exigências de qualificação técnica e econômica dos proponentes e a estrita necessidade de garantia do cumprimento das obrigações a assumir pelo futuro contratado, de sorte a impedir que a exacerbação daquelas exigências venha a operar como fator de redução do número dos interessados na participação licitatória”.

[76] Com este timbre, Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(B), pp. 1401-141) ressalva a lógica afeta à vedação a excessos, apontando o seguinte: “Exalta-se, a essa altura, que as exigências, mesmo que técnicas e econômicas,precisam ser indispensáveis, ou seja, das quais não se pode deixar de dispor, essenciais, indeclináveis à garantia do cumprimento das obrigações. O indispensável não se confunde com o útil ou com o conveniente. Portanto, mesmo que se possa imaginar exigências até certo ponto interessantes para se precisar se o interessado tem ou não condições de cumprir o contrato, elas não podem ser feitas, salvo se realmente forem - de maneira compatível com a Constituição - indispensáveis. O constituinte buscou franquear amplo acesso aos interessados na licitação pública, universalizando a competição. Entretanto, a licitação pública é um processo de escolha de futuro contratante, pelo qual a Administração Pública deve analisar se os pretendentes têm efetivas condições de cumprir o contrato. Sucede que isso não é o bastante para transmutar a licitação pública em gincana de documentos e formalidades disparatadas. Deve-se exigir documentos e tudo quanto for pertinente à qualificação técnica e econômica, porém somente no tocante ao indispensável à garantia do cumprimento do futuro contrato. O que fugir desta raia é inconstitucional.”

administração pública não deve contratar qualquer um para tal tarefa, senão ao contrário, ela deve assegurar-se que o contratado seja escolhido um dentre o universo das pessoas que reúnam as condições para o integral atendimento da demanda em questão.

A regra é que a administração pública não pode entregar suas obras e serviços à pessoa que não disponha de suficiente experiência anterior, sob pena de correr o risco de ver a má e insatisfatória execução dos trabalhos. Mas, também, não deve adotar postura que incida em excessos desnecessários aos fins perseguidos pela contratação.

Ainda que intimamente relacionada ao processo licitatório, a ideia de vedação a excessos irradia-se a toda a contratação. Até porque não faria sentido autorizar um enrijecimento quanto às habilidades esperadas do contratado no curso do contrato administrativo. Ou seja, se a administração pública deve preocupar-se com o essencial para eleger o contratado, por dedução lógica este mesmo grau de essencialidade deve incidir sobre a relação contratual.

Nesse contexto, a ideia de prevalência das condições essenciais é a garantia de que, nos ambientes concorrenciais e contratuais, a administração pública deverá adotar postura no sentido de não admitir ou impor medidas excessivas e distantes do núcleo essencial das obrigações contratuais. Além disso, relaciona-se com a preservação dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência que devem resguardar as atuações estatais[77].

2.1.2. Moldura constitucional da atividade sancionatória da administração pública

[77] Indicando a correlação entre a noção de formalidades essenciais e a preservação da legitimidade administrativa, Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), p. 612) observa que: “Os contratos administrativos, de modo geral, costumam transitar em importâncias consideráveis, proporcionais às amplas demandas vinculadas ao interesse público, o que atrai a cobiça de corruptos e corruptores, movidos pelo propósito de colherem, de maneira ilegítima, os benefícios econômicos dele decorrentes. Por isso, a Administração pública está sujeita à observância de certas formalidades para a determinação das condições de seus contratos e para a seleção dos contratados. O propósito dessas formalidades é justamente proteger o interesse público, evitar que os agentes administrativos firmem contratos que os favoreçam individualmente, às custas de toda a coletividade. Tais formalidades, reunidas em procedimento estabelecido por lei, são denominadas de “licitação pública”.

A Constituição Federal esquadrinha uma série de rigores para que a administração pública possa fazer incidir sanções aos particulares, os quais são essencialmente de conteúdo principiológico e, portanto, guardam certa fluidez interpretativa. E, como observa Rafael Munhoz de MELLO (2007, p.18), tais princípios "são o referencial normativo que deve nortear a Administração Pública no exercício do poder punitivo, conformando-o ao sistema constitucional brasileiro".

Em primeiro plano, a sujeição da atividade sancionatória aos ditames do princípio da legalidade, que prescreve, como de amplo conhecimento, que a administração pública apenas poderá percorrer as trilhas implantadas pelo ordenamento jurídico[78]. O princípio da legalidade é expressão do Estado de Direito na medida em que sujeita o poderio estatal aos ditames da vontade coletiva, expressada pelo sistema de legitimação democrática em suas diversas instâncias. Nesta linha e tendo em mente a expansão atualizada de seu conceito[79], a legalidade espraia-se como pressuposto indissociável de toda e qualquer atividade administrativa, todavia com variações em sua significância.

No caso das disciplinas sancionatórias, o princípio da legalidade impõe-se com maior intensidade e densidade, porque relacionado à medidas de confronto direto entre administração pública e particular. Daí que seu valor conjuga-se com

---

[78] A lição clássica de Caio TÁCITO (2005, p. 126) sobre o tema ensina que: "As Constituições brasileiras, desde sua origem na Carta Imperial de 1824, colocam, entre seus pressupostos essenciais, a noção de que a lei é a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como no plano de atuação pública. A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir. Dissemos, em outra oportunidade, que não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. Ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente".

[79] Sobre a expansão conceitual do princípio da legalidade, Prosper WEIL (1977, p. 117) cunhou a lição que: "Com o uso, o termo legalidade recebeu, contudo, um significado mais *lato* e tornou-se sinônimo de regularidade jurídica, de juridicidade: o "bloco da legalidade" (Hauriou) compreende hoje o conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa". Na mesma linha, Odete MEDAUAR (1999, p. 138) ressalta que: "Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo legislativo mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou".

os preceitos de anterioridade e tipicidade da norma punitiva como expressão de exigência de segurança jurídica.

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal prescreve que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", significando a garantia de liberdade individual que se limita, única e exclusivamente, pelo comando jurídico e, no que respeita ao campo das infrações, reflete diretamente na configuração da antijuridicidade concreta da infração[80]. Reforça esta acepção o comando ao inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Fundamental[81], que consagra a necessária antijuridicidade como condição indispensável ao sancionamento, posto que, conforme leciona Regis Fernandes de OLIVEIRA (2005, p. 19), "o conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito; pertence à teoria geral do direito", daí que, em sua essência, ontologicamente, a concepção funcional à disciplina sancionatória.

Em acréscimo, no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal[82], encontra-se regra de reserva de lei em sentido estrito (formal e material) para disciplinar as espécies de sanções e sua individualização ao infrator. Ainda que o texto constitucional indique inspiração nas teorias penais ao referir-se a pena, seu conteúdo não se limita exclusivamente às penalidades impostas no âmbito criminal. A norma irradia-se a todas as espécies de sanções punitivas[83], dentre as quais, inclusive, as sanções administrativas[84].

---

[80] Heleno Cláudio FRAGOSO (2003, pp. 114-115), acerca relevância de uma legalidade substancial em matéria sancionatória, ressalta que: "Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, que deixa incerta a esfera da licitude, comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão. É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre Soler, 'a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitória de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida'. A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador".

[81] "Art. 5º. [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

[82] "Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

[83] Conforme Carlos Ari SUNDFELD (2003, p. 80).

[84] Sobre a abrangência normativa do dispositivo em relação às sanções administrativas, Francisco ZARDO (2014, pp. 143-144) reforça o tema noticiando precedente do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma: "Tanto é assim que, com fundamento no art. 5º, XLVI, 'e' e na alínea 'b' do

O texto constitucional fixa a reserva legal e, ao mesmo tempo, estabelece um limite em relação às espécies de sanções, sendo de conhecimento comum que as penas privativas da liberdade são convenientes, única e exclusivamente, na seara penal e militar[85]. Então, no campo administrativo, as sanções não podem ser outras senão as de perda de bens, multa, prestação social alternativa ou restritivas de direitos.

A atuação da administração pública capaz de censurar com sanção uma conduta particular deve fluir ordenamento jurídico, mas não apenas. A imposição de penalidades, sobremodo pelas vias autoexecutórias atribuídas à administração pública, exige legitimação por meio de processo substancial e regular. Assim o é porque o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal[86], conforme leciona Rafael Munhoz de MELLO (2007, p. 225), "pressupõe a observância de diversas garantias processuais, que dele decorrem diretamente".

Então, em segundo plano, a atividade sancionatória da administração pública sujeita-se ao *due process of law* em sua vertente substancial[87]. O sancionamento envolve um complexo e invasivo processo de formação do convencimento acerca da infração e da sanção, bem como a correlação de adequação entre elas. Complexo porque inserido em contexto de prerrogativas e

---

inciso subsequente, também relativo às 'penas' ('XLVII – não haverá penas: (...); b) de caráter perpétuo'), o STF manteve a anulação da pena de inabilitação permanente 'para o exercício de cargos de direção no administração ou gerência em instituições financeiras' (Lei 4.595/1964, art. 44, IV) imposta administrativamente. Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que 'a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida que essas sejam admissíveis no regime constitucional".

[85] "Art. 5º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

[86] "Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

[87] Nessa linha, Paulo Henrique dos Santos LUCON (2206, p. 4) ressalta que "concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os landmarks do regime democrático. Significa 'proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira'. Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade".

direitos conflitantes, bem como envolvendo de condutas teoricamente afrontosas ao ordenamento jurídico. Invasivo porque resulta na privação de algum direito de particular, seja real ou pessoal, que excede ao simples ressarcimento ou restabelecimento da condição original. Então, o princípio do devido processo administrativo legal preconiza a adoção de meios que, a um só tempo, legitimem a intervenção estatal na esfera particular e assegurem a defesa dos direitos e garantias individuais, assim orientado como valor de justiça da atuação administrativa.

Ademais, complementado o tripé de sustentação da moldura constitucional relativa à atividades administrativa sancionatório, em terceiro plano tem-se o relevante dever de motivação dos atos administrativos. O princípio da motivação exige que a administração pública expresse, de forma clara e congruente, as razão que levaram ao seu convencimento acerca do caso concreto, tanto relativo ao fundamento jurídico como referente às circunstâncias de fato que culminaram na decisão, bem como acerca da adequação da medida adotada.

De forma a densificar o dever de motivação, o artigo 50 da Lei Federal n. 9.784/99 prescreve que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”. Em complemento, o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro dispõe que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta”.

Por fim, não se desconhece que há na doutrina um esforço pela delimitação de um mínimo comum constitucional do rol de princípios norteadores da atividade sancionatória da administração pública[88], mas que apresenta variações. Os autores que dedicam esforços para este fim encontram, no texto constitucional, variadas premissas explícitas e implícitas de uma disciplina sancionatória, notadamente pela transposição de diversas garantias penais ao campo do Direito Administrativo Sancionador.

[88] Yahn Rainer Gnecco Marinho da COSTA (2019, pp. 219-222) apresenta um quadro ilustrando os princípios indicados por diversos autores.

2.1.3. Competência legislativa e profusão de normas infraconstitucionais

O inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal[89] prescreve que a competência para definir as normas gerais sobre contratações públicas pertence exclusivamente à União Federal. A competência delimitada sob o manto da exclusividade diz respeito apenas a normas gerais. Disto é possível deduzir uma competência residual para legislar sobre normas específicas atribuídas concorrentemente aos demais entes políticos. Tal repartição decorre, quase que naturalmente, da composição federativa adotada pelo Estado brasileiro e da consequente autonomia político-administrativo dada aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, também incumbe aos demais entes federados a legislatura específica sobre o tema, desde que respeitadas as diretrizes constitucionais e as condições gerais. De fato, a outorga à União Federal do poder de legislar sobre normas gerais não obriga os demais entes a seguirem todos os preceitos por aquela editados, mas tão somente os que forem gerais. Esta repartição de competências encontra sustentação, também, noutros dispositivos do texto constitucional: na outorga residual descrita no § 1º do artigo 25 em relação aos Estados[90]; na regra de interesse local inserida no inciso I do artigo 30 para os Municípios[91]; e, na equiparação contida no § 1º do artigo 32 em relação ao Distrito Federal[92]. Confirma este entendimento a orientação do Supremo Tribunal Federal:

> A Constituição de 1988, ao inscrever, no inc. XVII do art. 22, a disposição acima indicada, pôs fim à discussão a respeito de ser possível, ou não, à União legislar a respeito do tema, dado que corrente da doutrina sustentava que "nenhum dispositivo constitucional autorizava a União a impor normas de licitação a

[89] "Art. 22. Compete privativamente à União Legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III".

[90] "Art. 25. [...] § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição."

[91] "Art. 30. Compete aos Municípios: [...] I - legislar sobre assuntos de interesse local;"

[92] "Art. 32. [...] § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios."

> sujeitos alheios a sua órbita" (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Elementos de Dir. Administ.", Malheiros, 4ª ed., 1992, pág. 177, nota 1). A CF/88, repito, pôs fim à discussão, ao estabelecer a competência da União para expedir normas gerais de licitações e contratações (art. 22, XXVII).
>
> Registre-se, entretanto, que a competência da União é restrita a normas gerais de licitação e contratação. Isto quer dizer que os Estados e os Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas. Leciona, a propósito, Marçal Justen Filho: "como fito, apenas as normas 'gerais' são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante." ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Ed. AIDE, Rio, 1993, pág. 13).[93]

Às margens dessa sistemática, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que explorem atividades econômicas, poderão contar com regramento próprio acerca de suas licitações e contratos, sujeitos exclusivamente aos princípios da administração pública, conforme regra do inciso III do § 1º do artigo 173 do texto constitucional[94-95]. Neste sentido, a Lei Federal n. 13.303/16

---

[93] STF: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927/RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Publicação no DJ em 11/11/1994. Ementa: "CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem movel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Identico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte".

[94] "Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;"

[95] Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal apreciou demanda da PETROBRAS em face do Tribunal de Contas da União em torno da adoção, por aquela, de regime licitatório próprio e divergente, em larga medida, das regras específicas editadas pela União Federal na Lei Federal n. 8.666/93. Em resumo, os litígios travados questionaram diretamente a competência da Corte de Contas para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas e, tangencialmente, a possibilidade de coexistência de regimes licitatórios específicos noutras esferas políticas, tudo em face da postura do Tribunal de Contas em rejeitar o regime licitatório contido no Decreto n. 2.745/98 e tentar impor à PETROBRAS a obrigatoriedade de observância do procedimento prescrito pela Lei Federal n. 8.666/93. Ao tratar da questão da competência legislativa concorrente, a Corte Constitucional firmou entendimento autorizando a adoção de regime licitatório diferenciado pela empresa estatal, sobretudo em razão das demandas concorrências específicas do setor econômico na qual atua a PETROBRAS. (STF: Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 30.349/DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicado no DJ em 19/04/2012. Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS. OBRAS E SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO AO GESTOR. ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DO DECRETO N. 2.745/1998 EM VEZ DA LEI N. 8.666/1993: FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DO ATO ATACADO.

consolidou as diretrizes para as contratações públicas no âmbito das empresas estatais, com a outorga expressa de competência para a edição de regulamente próprio que verse sobre normas de licitações e contratos[96].

Outra exceção à incidência das normas gerais de contratações públicas está no caso das entidades paraestatais que compõem os Serviços Sociais Autônomos (Sistema S), para as quais também se reconhece a competência para o estabelecimento de regulamentos próprios[97]. É que tais entidades não integram a administração pública e, portanto, não estão sujeitas ao âmbito de incidência definido pelo artigo 1º da Lei Federal n. 8.666/93[98], mas apenas aos preceitos gerais de Direito acerca da gestão de recursos públicos.

Fazendo uso dessas competências legislativas, a União Federal editou a Lei Federal n. 8.666/93, cujo teor institui normas gerais e específicas das licitações e contratos da administração pública. A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos constitui o centro nevrálgico do regime jurídico-positivo infraconstitucional.

AUSÊNCIA DE UTILIDADE DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO").

[96] "Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: I - glossário de expressões técnicas; II - cadastro de fornecedores; III - minutas-padrão de editais e contratos; IV - procedimentos de licitação e contratação direta; V - tramitação de recursos; VI - formalização de contratos; VII - gestão e fiscalização de contratos; VIII - aplicação de penalidades; IX - recebimento do objeto do contrato."

[97] Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União firmou que: "[...] é razoável que os serviços sociais autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, todavia, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública". (TCU: Decisão n. 907/1997. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Julgado em 11/12/1997. Ementa: "Denúncia procedente, em parte. Inspeção realizada no local, objetivando apuração dos fatos constantes da peça acusatória relacionados com problemas em processos licitatórios e contratação de pessoal. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. Inaplicabilidade dos procedimentos estritos da Lei 8.666 ao Sistema "S". Necessidade de seus regulamentos próprios. Uso de recursos parafiscais impõe necessidade de obediência aos princípios gerais da legislação federal pertinente. Importância da Auditoria Operacional. Determinações. Conhecimento. Juntada às contas ordinárias").

[98] "Art. 1º [...] Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios."

Posteriormente e de forma complementar ao regime legal existente, a União Federal editou a Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que “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”. A legislação do pregão é complementada pelo Decreto Federal n. 3.555, de 08 de agosto de 2000, que regulamenta o processo na forma presencial, e pelo Decreto Federal n. 10.024, de 20 de setembro de 2019, que cuida das regras inerentes ao pregão na forma eletrônica.

Demais disso, o atual regime jurídico de contratações públicas ainda suporta substanciais impactos de leis que versam sobre objetivos específicos e inerentes à políticas públicas de desenvolvimento nacional. Inúmeros são os diplomas legais criados ao lado da Lei Federal n. 8.666/93, que lhe excepcionam ou complementam em casos específicos. Ilustrativamente, pode-se focar nos cinco conjuntos de normas com maior impacto no regime de contratações públicas:

- Primeiro, a Lei Complementar Federal n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e seu respectivo regulamento editado através do Decreto Federal n. 6.204, de 05 de dezembro de 2007, que veiculam normas de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

- Segundo, há interferência na disciplina legal do processo através da atual Lei Federal n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010, cujo conteúdo orbita acerca da preferência na contratação de bens e serviços nacionais.

- Terceiro, as especificidades criadas pela Lei Federal n. 12.462, de 05 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto Federal n. 7.581, de 11 de outubro de 2011, quanto ao regime diferenciado de contratações públicas, com as alterações que lhe foram impostas pela Lei Federal n. 12.688, de 18 de julho de 2012, Lei Federal n. 12.722, de 3 de outubro de 2012, e Lei Federal n. 12.745, de 19 de dezembro de 2012, as quais ampliaram o uso do regime para as

contratações de obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema único de saúde, sistema público de ensino e programa de aceleração do crescimento.

- Quarto, as normas que tratam de setores econômicos determinados, especificamente a Lei Federal n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, sobre contratações do setor de informática, e a Lei Federal n. 12.232, de 29 de abril de 2010, referente a serviços de publicidade.

- Quinto, as especificidades inerentes às concessões e permissões de serviços públicos veiculadas pela Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e Lei Federal n. 9.074, de 07 de julho de 1995, ao lado das quais se permite equiparar a Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que cuida da formalização das parcerias público-privadas, e, ainda, a Lei Federal n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que tangencia regras específicas para concessões dos serviços de saneamento básico.

As leis federais acerca das contratações públicas não se limitam aos seus aspectos gerais, mas, também, contemplam uma plêiade de dispositivos de caráter específico. Entretanto, os diplomas não definem com clareza quais seriam de conteúdo geral e quais de conteúdo específico, o que vem gerando toda sorte de dúvidas sobre a amplitude de incidência de referidas leis federais[99].

[99] Acerca do tema, Diogenes GASPARINI (2004) sintetiza o problema da seguinte forma: “Mas o que é uma norma geral? Definir norma geral é um transtorno, é uma dificuldade. Os autores vêm discutindo o que é norma geral desde a época do Decreto-Lei Federal n. 200, de 1967, chamado Reforma Administrativa, porque lá tínhamos regras sobre licitação e alguma coisa sobre contratos e se entendia que aquelas regras não se aplicavam no seu todo a Estados e Municípios. Cabia distinguir algumas regras que eram obrigatórias a todos, ou seja, à União, Estados, Municípios e Distrito Federal e outras regras que só eram obrigatórias para a União. [...] À essa identificação debruçaram-se ilustres professores a exemplo de Toshio Mukai e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A discussão continua até hoje. A Lei Federal n° 8.666, de 1993, editada pela União em substituição ao mencionado decreto-lei de 1986, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas sobre licitações e contratados da Administração Pública, sobre não resolver os mencionados problemas apresenta mais um. Com efeito, seu art. 1° ao prescrever que ‘Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos... ‘, está a indicar que todas as disposições dessa lei são normas gerais. Portanto, esta lei considera, ainda que se pudesse dizer de forma presunçosa, arrogante, que todas as regras que ali estão, são normas gerais. O argumento que se tem, em favor dessa tese, justificando a dicção do art. 1° e o art. 118, também desse diploma licitatório. Nesse artigo encontramos o seguinte: ‘Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da Administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitação e contratos ao disposto nesta Lei’. A ser verdadeiro esse entendimento, o que sobrou para os Estados, Municípios e Distrito Federal disporem legislativamente a respeito de licitações e contratos administrativos?”.

Recorde-se que a Constituição Federal estabelece que as normas gerais sobre contratações públicas concentrem-se sob a competência privativa da União Federal. Com isto, refere-se a um conceito de lei nacional vocacionada a desenhar um modelo suficientemente uniforme do instituto, no qual as diretrizes e preceitos de seu traçado básico sejam difundidas a todas as esferas de governo. A uniformidade tem em mira assegurar um grau de segurança jurídica e controlabilidade. Todavia, esta sistemática pressupõe haver espaço para que os Estados, Distrito Federal e Municípios produzam normas específicas e destinadas a pormenorizar as contratações em razão de características que lhe sejam particulares.

É certo que a União Federal dispõe de competência para legislar sobre o conteúdo geral das contratações públicas, com teor vinculante a todos os entes federativos; mas, também, guarda competência para regular os temas específicos para as contratações públicas por si realizadas, no âmbito federal. O ponto é que as leis federais promulgadas reúnem, no mesmo diploma, normas de conteúdo geral e específico, sem indicar algum critério de distinção[100]. As leis federais detalham e desdobram as regras de contratações, praticamente exaurindo o tema, sem especificar quais os espaços de integração por eventuais normas locais.

Um efeito prático derivado dessa situação é que, em larguíssima escala, a administração pública de todas as esferas realiza suas contratações sob as regras federais apenas. Mas, alguns entes federativos promulgaram leis próprias acerca de suas contratações, contendo variáveis de monta em relação ao regime federal, notadamente a inversão das fases licitatórias e a previsão de medidas de saneamento. Ilustrativamente, cita-se os casos dos Estados da Bahia (Lei Estadual n. 9.433/05), Sergipe (Lei Estadual n. 5.848/06), Paraná (Lei Estadual n. 15.340/06) e São Paulo (Lei Estadual n. 6.544/89 com a redação dada pela Lei Estadual n. 13.121/08), o Município de São Paulo (Lei Municipal n. 13.278 com a redação dada pela Lei Municipal n. 14.145/07) e o Distrito Federal (Lei Distrital n. 5.345/14).

[100] Nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO (2014, p. 19): “A Lei nº 8.666/1993 veicula normas gerais e normas não gerais (especiais) sobre licitações e contratos administrativos. As normas gerais são aquelas que vinculam a todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas ao âmbito da União”.

Ocorre que, como não há clareza na delimitação das normas gerais, as variáveis criadas por normas locais tendem a colidir com as disposições das leis federais. Por isso é recorrente que o Poder Judiciário seja instado a apreciar o alcance normativo do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal[101]. Ao apreciar a admissibilidade de recurso versando sobre a constitucionalidade da Lei Distrital n. 5.343/14 no que concerne à inversão das etapas de julgamento da licitação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema[102]. Em sua decisão, o Tribunal cunhou os seguintes argumentos:

> É cediço que a baixa densidade da expressão norma geral, utilizada pelo texto constitucional, suscita dúvidas a respeito de quais mandamentos da Lei nº 8.666/1993 estão adstritos à esfera da União e quais devem ser observados por todos os entes federativos. Essa insegurança jurídica é ainda agravada pela postura inegavelmente maximalista assumida pelo legislador federal quando da edição da Lei nº 8.666/1993, cuja redação revela nítida pretensão de normatização exauriente da matéria em toda a federação, ao arrepio da disciplina constitucional.
>
> [...]
>
> No entanto, a imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (laboratory of democracy)103. É desejável

[101] Para ilustrar, noticia-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal versando sobre o tema: Recurso Extraordinário n. 1.159.577/SC julgado em 04/12/18; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.059/RS julgada em 09/04/15; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.444/RS julgada em 06/11/14; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.746/SP julgada em 18/09/14; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.416/DF julgada em 12/12/12; Recurso Extraordinário n. 423,560/MG julgado em 29/05/12; Recurso Extraordinário n. 547.063/RJ julgado em 07/10/08; Recurso Extraordinário n. 3.670/DF julgado em 02/04/07; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.098/SP julgado em 24/11/05; e, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927/RS julgada em 03/11/93.

[102] STF: Recurso Extraordinário n. 1.188.352/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ em 21/03/2019. Ementa: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 5.345/2014. INVERSÃO DAS FASES DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO REALIZADO POR ÓRGÃO OU ENTIDADE DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PACTO FEDERATIVO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL".

[103] A noção de laboratório de democracia mencionada pelo Ministro Relator foi extraída do julgamento, pela Suprema Corte norte-americana, do caso *New State Ico Company v. Liebmann*, de 1932, especificamente do voto divergente proferido pelo Ministro Brandeis. A ação foi proposta pela *New State Ice Company* buscando impedir um empresário de vender gelo sem o licenciamento exigido em lei do Estado de Oklahoma (*chaptere 147, Session Laws 1925*). Em razão dos argumentos de defesa, o julgamento desdobrou-se em apreciar a legitimidade da exigência imposta pelo Estado membro na medida em que implicaria restrição ao livre exercício profissional. Ao final, a Suprema Corte entendeu que a venda de gelo não constitui uma atividade afeta ao interesse público que justifique alguma espécie de regulação ou controle de mercado pelo Estado. Disto, decidiu que a exigência de licenciamento seria inválida por implicar restrição

> que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas.
>
> [...]
>
> Sob este prisma, impor ao Estado-membro a simples reprodução acrítica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal denota uma tendência em prestigiar as normas locais que versem sobre aspectos processuais e procedimentais das contratações públicas. No entanto, avançar no tema dependerá da casuística.

No que respeita às normas de sancionamento em contratações públicas, tem-se sua caracterização como matéria de amplitude geral e, portanto, circunscrita à competência legislativa privativa da União Federal. Com efeito, seria de duvidosa constitucionalidade eventual norma estadual, distrital ou municipal que viesse a prescrever alguma forma distinta de sanção ou pena administrativa incidente sobre suas contratações[104]. Tal circunstância, porém, não atinge

---

desmedida à liberdade garantida. Em sua síntese, o julgamento consignou que: "Uma lei estadual que viola a liberdade garantida aos indivíduos pela Constituição não pode ser sustentada sob o argumento de o Estado estar conduzindo uma experiência legislativa" (Disponível em: http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep285/usrep285262/usrep285262.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019).

Em tempos mais recentes, o conceito de laboratório de democracia tem sido utilizado pelos governos norte-americanos para justificar a adoção de diversas políticas estatais. Exemplos recentes e favoráveis à concepção teórica de teste democrático são: a adoção de um sistema assistencialista de saúde no estado de Massachusetts em 2006, cujos resultados serviram de modelo para o *Affordable Care Act* da gestão de Barack Obama; e, os esforços de uniformização das regras e procedimentos pertinentes ao sistema eleitoral.

[104] Na esfera de discussão sobre o princípio da legalidade na atividade sancionatória geral da administração pública, costuma-se noticiar o seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § lº, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA. Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida" (STF: Medida Cautelar na

eventual espaço de regulamentação acerca dos critérios de apuração de infrações ou de condicionantes de dosimetria das penalidades, o que, aliás, seria de bom alvitre para atribuir maior segurança jurídica às relações.

Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.823/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJ em 16/10/1998).

2.2. A Disciplina Jurídico-Normativa da Atividade Sancionatória nas Contratações Públicas

A essência do regime de contratações públicas defluiu da Constituição Federal, que consagra os princípios e normas que servem de orientação primeira para as atividades contratuais da administração pública.

Com igual envergadura são as diretrizes relativas à atividade sancionatória da administração pública, encontrando na Carta Fundamental os preceitos que lhe dão substância e os requisitos de sua legitimação.

Por sua própria natureza, o regramento constitucional não tem vocação para o exaurimento do tema, por efeito que a disciplina é integrada por normas infraconstitucionais.

A natureza do regime de contratações públicas e sua disciplina sancionatória se mostra complexa pela simples profusão de normas infraconstitucionais que versam sobre o tema. Apenas o núcleo de principais normas é formado pelo conjunto de cinco leis federais, cada uma com suas particularidades e complexidades. São elas: a Lei Federal n. 8.666/93 que versa normas gerais de licitações e contratos; a Lei Federal n. 10.520/02 que trata da modalidade pregão; a Lei Federal n. 12.462/11 que disciplina o regime diferenciado de contratações; e, as Leis Federais n. 8.987/95 e 11.079/04 que cuidam dos contratos de concessão.

Além delas, vários temas intervenientes nas contratações dialogam com outros microssistemas normativos, como é caso de matérias que se subordinam a conceitos estabelecidos no Código Civil, por exemplo, aspectos relacionados à capacidade jurídica na contratação, ou, assuntos regulados no Código Tributário Nacional, por exemplo, os aspectos relativos à regularidade fiscal do contratado. Tem-se aumentada esta complexidade quando considerados os regulamentos específicos, como é o caso dos Decretos Federais n. 3.555/00 e 10.024/19 que versam sobre o pregão nas modalidades presenciais e eletrônicas, ou, ainda, quando observadas instruções normativas e atos de órgãos específicos.

Investigar os fundamentos principais desse contexto normativo é de relevância para a presente pesquisa, o que justifica as exposições que seguem.

2.2.1. Revisitação aos critérios jurídico-normativos da atividade sancionatória

a) Na Lei Geral de Licitação e Contrato Administrativo

Como salientado, hoje há uma infinidade de normativas aderentes a temas de contratações públicas, que, no entanto, sempre gravitam em torno daquele núcleo de principais normas federais. Neste sentido, quer-se, nas próximas linhas, compreender com maior profundidade a disciplina jurídico normativa das normas reputadas centrais ao regime contratual da administração pública, sob o recorte de sua atividade sancionatória.

A respeito de sua funcionalização, a capacidade sancionatória da administração pública em suas relações contratuais é disciplinada, principalmente, pela Lei Federal n. 8.666/93. Como corolário dos interesses públicos conectados às contratações, a Lei confere à administração pública prerrogativas exercitáveis no decorrer da relação de contratação, dentre as quais a de sancionar o contratado quando detectado eventual infração.

O artigo 87 da Lei[105] é central na definição do regime jurídico-positivo das sanções contratuais. O dispositivo prescreve que a inexecução total ou parcial do

[105] 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.

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

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

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado

contrato poderá implicar o sancionamento do contratado pela administração pública, então comina um elenco de cinco possíveis penalidades: simples advertência; multa em conformidade com os parâmetros estabelecidos no instrumento contratual; suspensão temporária do direito de licitar; impedimento ao direito de contratar com a administração por prazo de até 2 anos; e, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública pelo prazo em que perdurarem os motivos que determinaram a sanção.

Importa um esclarecimento: as sanções de suspensão temporária para licitar e impedimento para contratar estão previstas no mesmo inciso (III) do artigo 87, o que pode induzir à conclusão de tratar-se de uma sanção apenas. Ou seja, a leitura do dispositivo pode sugerir que a sanção deva implicar em restrições ao direito de licitar e de contratar conjuntamente. Porém, uma análise mais detida revela que o conteúdo é distinto para cada hipótese. Há dois argumentos para justificar esta distinção.

Um primeiro argumento é que cada uma das modalidades tem implicações em prerrogativas distintas do particular. O direito de licitar não se confunde com o direito de contratar, principalmente em seus aspectos teóricos. E mesmo na prática, ainda que possa haver uma conexão lógica entre eles – pois, afinal, o contrato deriva da licitação –, há circunstâncias em que sua distinção tem utilidade. Veja, por exemplo, as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação e licitação dispensada), nas quais o particular não precisa engajar-se em processo licitatório para a celebração do contrato. Nestas hipóteses, uma eventual restrição ao direito de licitar não impediria a celebração do contrato administrativo, que apenas estaria obstada se houver sanção limitando o direito de contratar.

Outro aspecto diferenciador é que as sanções estão atreladas a condicionantes temporais distintas. A suspensão ao direito de licitar é temporária, desde que não superior a 2 anos, o que remete à ideia de uma variável externa cujo termo encerra o período de sua vigência. Ou seja, a restrição para licitar pode ser aplicada pelo período de tempo necessário a um determinado evento, de

---

no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

modo que o encerramento deste evento esvazia o sentido da sanção e, por consequência, sua própria vigência. O impedimento ao direito de contratar é determinado em uma penalidade fixa, com vigência de até 2 anos a ser estabelecida pela decisão punitiva.

Em continuidade, o § 1º do artigo 87 da Lei prescreve que o valor da multa aplicada será descontado da garantia apresentada pelo contratado e, se eventualmente superior, será retido e glosado de pagamentos pendentes ou, então, demandado judicialmente. O dispositivo define uma ordem de preferência, primeiro a tomada da garantia e, quando esta for insuficiente, segue-se à glosa dos pagamentos pendentes e, por final, a cobrança judicial de eventual saldo remanescente.

A aplicabilidade prática da regra encontra limitações em razão das espécies de garantias contratais[106]. É que, nos termos do artigo 56 da Lei Federal n. 8.666/93, as garantias podem ser caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária. Ocorre que estas garantias podem ser apresentadas com lastro em direitos reais[107], condicionando sua execução apenas pelo Poder Judiciário, já que a administração pública não reúne forças para realizar extrajudicialmente a expropriação do bem que corporifica a garantia. Então, para executar a garantia a administração pública deve recorrer à tutela jurisdicional. Neste quadro, o que sucede é que, na prática, a administração pública recorre primeiro à glosa de pagamentos, sob a justificativa de que a cobrança judicial seria a última opção na escala de medidas de cobrança da multa. Porém, esta prática é contrária ao comando normativo do texto, já que a lei autoriza a medida alternativa apenas na hipótese de insuficiência da garantia, não no caso de inviabilidade de execução extrajudicial.

O § 2º do artigo 87 da Lei prescreve a possibilidade de cumulação das penas de advertência e restritivas de direitos com eventuais multas. Por seu turno, o § 3º do artigo 87 da Lei prescreve que a pena de declaração de inidoneidade é reservada à competência da autoridade máxima do órgão, bem como estabelece

---

[106] Conforme Marçal JUSTE FILHO (2014, p. 1.137).

[107] Cristiano Vieira Sobral PINTO (2014, p. 905) esclarece que “os direitos reais de garantia são direitos subjetivos constituídos pelo devedor ou por um terceiro em favor do credor, mediante a afetação de um bem, cujo valor representativo, no momento da execução, garantirá o cumprimento da obrigação”.

a possibilidade de reabilitação do particular apenado após o prazo de 2 anos, desde que mitigados os prejuízos suportados pela administração pública.

Tais disposições contemplam normas de eficácia contida, que dependeriam de regulamentação para determinação das hipóteses de cumulação punitiva e do dos procedimentos de acompanhamento e reabilitação do particular.

Um aspecto que atrai a atenção no artigo 87 da Lei é a imprecisão quanto à garantia de ampla defesa do contratado. O *caput* ressalta ser assegurada a *"defesa prévia"* em todas as hipóteses de sancionamento; o § 2º explicita a faculdade de *"defesa prévia [...] no prazo de 5 (cinco) dias úteis"*; e, o § 3º dispõe do direito de *"defesa [...] no prazo de 10 (dez) dias"*. Em uma análise sistêmica, pode-se aferir uma dentre duas hipóteses: a norma é patologicamente incoerente; ou, os dispositivos pretendem criar etapas adicionais de defesa nos casos qualificados de sancionamento.

Se considerada a última hipótese, de etapas adicionais, sua interpretação direciona a entender que a administração pública deve assegurar ao particular a faculdade de apresentar defesa prévia em qualquer caso de sancionamento. E, quando houver pretensão da administração pública em cumular sanções, deve ela franquear uma nova oportunidade de defesa versando especificamente sobre os motivos aduzidos acerca da cumulação. Ademais, quando a apuração indicar a possibilidade de declaração de inidoneidade, deve-se permitir nova oportunidade de defesa ao particular, endereçada especificamente à autoridade máxima da pasta e tratando exclusivamente dos aspectos atrelados à gravidade daquela sanção.

Essa concepção faz sentido a partir do conteúdo das regas contidos nos §§ 2º e 3º do dispositivo. Note que a eventual possibilidade de uma cumulação de sanções, por ser hipótese de agravamento da penalidade, surgiria apenas no decorrer do processo de apuração da infração. O mesmo em relação à penalidade capital de inidoneidade, cuja incidência não se apresenta de plano. Ou seja, seria no curso da apuração – ao menos deveria ser, sob pena de caracterizar um prejulgamentos sumário – que aquelas agravantes se revelariam possíveis. Então, desta superveniente constatação, seria necessário franquear nova defesa específica ao particular. Seria uma circunstância equivalente à regra de aditamento à inicial do processo judicial.

Por outro lado, na hipótese de incoerência da norma, seria o caso de privilegiar a noção de aplicação da regra mais protetiva, de interpretação mais benéfica dos enunciados[108], sob pena de, em sentido contrário, restringir um direito garantido pela norma. Então, em toda e qualquer hipótese de sancionamento, o processo apenas avançaria com a faculdade de defesa prévia em relação à pretensão punitiva (em razão da regra do *caput*), também de defesa prévia em relação à determinação da penalidade (decorrente da regra do §1º) e, ainda, defesa em relação à aplicação da sanção (derivada da regra do § 2º).

Em qualquer circunstância, seria de todo recomendável que a administração pública esclarecesse em ato próprio, por regulamento ou no edital de licitação e contrato administrativo, o procedimento que será adotado em eventual processo punitivo.

Outro aspecto relevante quanto ao artigo 87 da Lei refere-se à definição dos tipos infracionais. A norma reputa infração a inexecução total ou parcial na execução do contrato. O tema será retomado adiante em análise crítica, mas, por enquanto, importa notar o emprego de conceitos abertos e indeterminados para circunscrever as condutas passíveis de sancionamento, o que gera uma ampla margem de interpretação. Ao lado desta hipótese, a Lei arrola outras condutas passíveis de sancionamento. O § 2º do artigo 25 qualifica o superfaturamento em contratações diretas como falta sujeita às sanções legais. O artigo 80 alude a possibilidade de aplicação de sanções em caso de rescisão unilateral motivada pelas hipóteses dos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da mesma lei, com isto abrangendo amplo espectro de situações. O artigo 81[109] reputa que a recusa à celebração do contrato caracteriza o descumprimento total das obrigações assumidas, implicando em penalização. O artigo 86[110] qualifica como infração o

---

[108] Conforme Clóvis BEVILÁQUA (1980, p. 50), "embora a intenção da lei seja um ponto importante para o intérprete, o essencial é escolher, dentre os pensamentos possíveis da lei, o sentido mais racional, mais salutar e de efeito mais benéfico".

[109] Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.

[110] Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

atraso injustificado na execução do contrato, prescrevendo em seu *caput* a incidência de multa e em seu § 1º a possibilidade de outras sanções. Por fim, o artigo 88[111] estabelece que fraude fiscal, que atos visando a frustrar a licitação a que atos ilícitos configuram práticas reprováveis e sujeitas às penas de suspensão de licitar, impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade.

Desse contexto, a Lei considera reprovável uma séria de hipóteses indeterminadas e abre flanco para imposição de qualquer uma das sanções prescritas, inclusive cumuladas conforme especificado pelo § 2º do artigo 87.

E tais disposições encerram o regime jurídico-positivo do sancionamento no âmbito da Lei Federal n. 8.666/93. Nestes poucos artigos, o legislador procurou estabelecer toda a disciplina das sanções nas contratações públicas. Insista-se que, em qualquer ângulo, as disposições pertinentes às infrações e sanções contratuais apresentam-se com pouca – ou nenhuma – sistematização no âmbito das normas gerais sobre contratos administrativos[112]. Há indicações exemplificativas, algumas subjetivas e outras indeterminadas, que, de modo geral, não especificam com clareza os pressupostos de fato que caracterizam os tipos infracionais e as consequências que implicam em sanções.

b) Na Lei do Pregão

---

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

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

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

[111] Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

[112] Nesse sentido, ver Joel de MENEZES NIEBUHR (2015$_{(A)}$, p. 1.110).

A Lei Federal n. 10.520/02 institui a modalidade pregão para as licitações públicas. Esta norma trouxe uma plêiade de diferencias ao regime jurídico das contratações que envolvam bens e serviços comuns. Desde sua instituição, o pregão é a modalidade mais utilizada pela administração pública em relação ao volume de recursos abrangidos. Para ilustrar, nos últimos quatro anos, de 2015 a 2018, as contratações realizadas por meio de pregão somaram mais de R$ 124 bilhões, o que representa R$ 32,43%[113] de todos os contratos administrativos celebrados no país.

Em relação ao cabimento da modalidade, Marçal JUSTEN FILHO (2009, p. 37) leciona que "bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública". Com efeito, são três os requisitos que permitem qualificar como comum determinado bem ou serviço, a saber: sua disponibilidade no mercado próprio; a padronização de seus elementos; e, desnecessidade de peculiaridade para realização do objeto.

Nesse cenário, o ponto central é identificar a natureza comum do bem ou serviço que se almeja contratar. Não há que se cogitar, por razões óbvias, a restrição *a priori* de determinada especialidade, pois este raciocínio viria em confronto à própria instituição da modalidade. Dizendo de outra forma, o que importa para verificar a pertinência da modalidade é a natureza comum do objeto, não sua área de especialidade[114]. Sem embargos, pode-se identificar serviço de

---

[113] As contratações realizadas por meio de pregão envolveram as seguintes parcelas a cada ano: em 2015 representou 44,66% das contratações, 2016 somou 42,14%, em 2017 representou 20,07% e em 2018 foi responsável por 35,81% dos recursos aplicados em contratações. Estes dados foram extraídos do Porta da Transparência do Governo Federal (Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em: 20 abrl. 2019).

[114] A propósito desse entendimento, colhe-se orientação do Tribunal de Contas da União: "De tudo isso, percebe-se que o pregão apenas é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato possa ficar sob risco previsível, pela dificuldade de transmitir aos licitantes, em um procedimento enxuto, a complexidade do trabalho e p nível exigido de capacitação. Logo, a eventual inaplicabilidade do pregão precisa ser conferida conforme a situação, pelo menos enquanto a lei não dispuser de critérios objetivos mais diretos para o uso da modalidade. E ouso imaginar que, pelos benefícios do pregão, no que concerne à efetivação da isonomia e à conquista do menor preço, o administrador público talvez deva ficar mais apreensivo e vacilante na justificativa de que um serviço não é comum do que o contrário. [...] Não se deve também confundir especialização do licitante com complexidade do serviço, pois o primeiro termo refere-se à segmentação das atividades empresariais, ao passo que o segundo, à arduidade do trabalho. Uma empresa especializada – não se está falando de notória especialização – pode sê-lo relativamente a um serviço comum" (TCU: Acordão n. 2.079/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça. Julgado em 03/10/2007. Ementa: "REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE ESCAVAÇÃO E REMANEJAMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DO EDIFÍCIO DO ANEXO III DO TCU. ORÇAMENTO ELABORADO COM BASE NOS CUSTOS REFERENCIAIS

natureza comum mesmo em relação à especialidade de natureza complexa[115], quando esta hipótese envolver objeto padronizado e com especificações usuais no mercado e que não se exige nenhuma peculiar alternativa. É fundamental que não se confunda bem e serviço comum com bem e serviço simples. Comum não é sinônimo de simples[116].

De mais a mais, importante pontuar que o uso da modalidade pregão é louvável, muito porque a administração pública tem experimentado inúmeros benefícios com esta modalidade[117]. E, de fato, muito resultados positivos têm sido sentidos em relação ao pregão, podendo noticiar a desburocratização e redução

---

MÍNIMOS. CONFORMIDADE DA ADIÇÃO DE BDI AOS CUSTOS REFERENCIAIS DIRETOS. PROJETO BÁSICO EXISTENTE E APTO. VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DO PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE E PREFERENCIALIDADE DO USO DA MODALIDADE PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA, PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA. ÊXITO COMPROVADO DO PREGÃO NO CASO CONCRETO, EM TERMOS DE ECONOMICIDADE. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA E, NO MÉRITO, CONSIDERADA IMPROCEDENTE POR INTEIRO. ARQUIVAMENTO. 1. É legítima a adição de BDI aos custos referenciais diretos de uma obra ou serviço de engenharia, por traduzir compensação de despesas e remuneração de capital e trabalho. 2. A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02").

[115] Vera SCARPINELLA (2003, p. 79) argumenta que o pregão pode envolver contratações de objetos completos. Em suas palavras: "Todavia, bens ou serviços padronizados ou rotineiros dão a falsa idéia de que envolvem baixo grau de complexidade técnica na sua produção ou execução, ou de que não podem ser adaptados para uma específica necessidade da Administração Pública. Cremos que o qualificativo comum, da lei, não é sinônimo de ausência de complexidade técnica, ou da impossibilidade de serem feitos sob encomenda. Bens e serviços que exigem alta complexidade técnica e também os que são produzidos ou executados sob encomenda não são, a priori, incompatíveis com o pregão. Necessariamente, para fins de aferição da aplicabilidade desta modalidade ao caso concreto, o objeto pretendido pela Administração Pública deve envolver tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que complexo e o número de possíveis ofertantes seja reduzido e o bem ou serviço seja produzido ou executado sob encomenda. É o caso, por exemplo, da aquisição de uma sofisticada máquina de impressão gráfica, ou de paredes divisórias fabricadas nos tamanhos e padrões escolhidos pela Administração na reforma de um prédio público. Excluir bens e serviços com tais características da licitação por pregão impede a celebração de contratos economicamente mais vantajosos para a Administração".

[116] A esse propósito, Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(C), p. 54) anota a seguinte crítica: "A jurisprudência que reduz o comum ao simples é equivocada. Comum é algo que se faz com frequência, de maneira usual, rotineiramente. É possível que se faça com frequência algo complexo. Se o complexo é realizado com frequência ele passa a ser, além de complexo, comum. As ideias de complexo e comum não são excludentes. Isso significa que o objeto, ainda que guarde complexidade técnica, pode ser qualificado como comum e ser licitado por meio de pregão"

[117] Acerca das vantagens do uso da modalidade pregão, José Antônio PESSOA NETO (2011, p. 231) aponta que: "Especificamente em relação à modalidade pregão, vale destacar que o procedimento licitatório já se mostrou extremamente eficiente nas contratações públicas, especialmente porque propicia celeridade na celebração dos contratos e a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração, mantendo a isonomia de tratamento entre os licitantes".

de litígios que implicaram uma sensível redução do tempo médio de duração da licitação[118].

Pois bem, a Lei do Pregão inovou em vários aspectos, inclusive em relação ao regime sancionatório aplicável a esta modalidade de contratação. Neste sentido, o artigo 7º da Lei[119] prescreve um conjunto de condutas reputadas infracionais, para as quais comina duas espécies de sanções: impedimento para licitar e contratar com a União Federal, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até 5 anos; e, multa compensatório nos termos definidos pelo edital e pelo contrato. Menciona, ainda, que a incidência da pena de impedimento implicará o descredenciamento do particular do SICAF e, também, que as penalidades não prejudicam outras cominações legais.

Em relação às condutas especificadas pela norma, há um certo grau de objetividade em relação à alguns tipos infracionais, como se vê das hipóteses em que o particular deixe de apresentar ou entregue documentação falsa na licitação, ainda, quando o particular adjudicado deixa de atender a convocação para celebrar o contrato, ou, na caracterização de fraude fiscal. Porém, ao lado delas, descreve condutas que demandam esforço para compreender sua amplitude, porque apoiadas em conceitos pouco determinados, como é o caso de ensejar o retardamento da execução do contrato ou de comportar-se de modo inidôneo.

Uma diferença pontual em relação ao regime sancionatório da Lei Geral é a prescrição de condutas atreladas ao processo licitatório. A Lei Geral não prevê nenhuma hipótese de sancionamento no âmbito da licitação, o mais perto que faz é equiparar a recusa à celebração do contrato ao inadimplemento total (artigo 81 da Lei Federal n. 8.666/93)[120]. Por seu turno, a Lei do Pregão pretende punir

---

[118] Para efeitos ilustrativos, em média um pregão demora 52 dias par ultimar a contratação desde o início de sua fase externa, enquanto uma concorrência demora 420 dias em média, conforme dados extraídos do Portal da Transparência em relação ao ano de 2018.

[119] "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".

[120] Nos termos do artigo 60 da Lei Federal n. 8.666/93, a formalização do contrato é ato posterior à licitação, guardando com ela um vínculo de constituição de seu conteúdo. Com efeito, o ato de celebração do contrato sujeita-se ao regime contratual, não licitatório.

condutas praticadas por licitantes, quando revelem descaso à seriedade do procedimento. As hipóteses de sanções aos licitantes englobam a omissão na apresentação de documentos, a entrega de documentos falsos e os comportamentos inidôneos de maneira geral.

Em linhas gerais, a Lei do Pregão estabelece um regime mais rigoroso de sancionamento, porque abrange um maior número de condutas, inclusive no âmbito da licitação, e, porque estabelece uma única sanção de ordem bastante severa, que implica completa restrição ao direito de licitar e contratar. Esse enrijecimento se justificaria como medida compensatória em razão da desburocratização do processo de contratação pública[121]. Ou seja, na medida em que a administração pública se expõe a maiores riscos de oportunismos, ela fortalece o seu poder punitivo como pretensão de que a maior ameaça seria meio adequado de afastar particulares descompromissados ou despreparados.

A Lei do Pregão recorre, então, à lógica de maior rigor do sistema punitivo como meio de preservação da integridade das contratações. Com isto, adota um raciocínio ultrapassado e pouco eficiente. Ora, há muito tempo a criminologia já demonstrou que a maximização das regras sancionatórias não implica em prevenção. Até mesmo Cesare BECCARIA (2007, p. 64), para quem haveria criminalidade nata, já advertia que “o rigor do suplicio não é o que previne os delitos com maior segurança”. De qualquer forma, bem ou mal, aquela lógica de recrudescimento presidiu a discricionariedade legislativa ao estabelecer as diretrizes da Lei do Pregão.

c) Nas leis que regulam outras hipóteses específicas de contratações públicas

A disciplina de sanções administrativa também permeia legislações de modalidades específicas de contratações, como é o caso das normas afetas do

[121] Nas palavras de Yara Beatriz Cruz de OLIVEIRA (2013, p. 70): “[...] o legislador quis apenar mais gravemente os licitantes e contratantes que, face um procedimento mais fragilizado, porque menos burocratizado, estaria sujeito a frustrar-se mais facilmente pela incursão de participantes sem condições reais de atendimento dos certames e contratos”.

Regime Diferenciado de Contratação e aquelas relativas às Concessões de Serviços Públicos.

No âmbito do Regime Diferenciado de Contratação, a Lei Federal n. 12.462/11 adota um sistema de sancionamento semelhante ao da Lei do Pregão. Assim, o artigo 47 da Lei Federal n. 12.462/11[122] repete o mesmo conteúdo trazido na sistemática do pregão, especificando as mesmas hipóteses como tipos infracionais e cominando as mesmas sanções.

Porém, a Lei do Regime Diferenciado de Contratação traz quatro acréscimos. O primeiro, contido no inciso VII do artigo 47, é reputar como infração a hipótese do contratado dar causa à inexecução total ou parcial do contrato. O segundo está nos incisos II e III do § 3º do artigo 23, que qualificam como inexecução contratual a hipótese do contratado não prover a economia prevista em contrato de desempenho, determinando a aplicação de multa e outras sanções cabíveis. O terceiro, extraído do inciso I do artigo 40, é a referência à possibilidade de aplicação das sanções da Lei Federal n. 8666/93 no caso de recusa à celebração do contrato por parte do licitante adjudicado. E o quarto, visto no § 2º do artigo 47, consiste na remissão à aplicação irrestrita do regime sancionatório previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei Federal n. 8.666/93).

De modo geral, com suas repetições e remições, a Lei do Regime Diferenciado de Contratação reúne as diretrizes de sancionamento tanto da Lei Geral como da Lei do Pregão, prescrevendo que as disposições de ambas são aplicáveis. Emprega-se, aqui, novamente e com mais intensidade, a noção de

---

[122] "Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei; II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei".

recrudescimento do sistema punitivo como forma de preservar a administração pública.

Lado outro, os diplomas relativos às concessões e parcerias público-privadas remetem ao conteúdo da Lei Geral em relação às sanções administrativas.

O inciso VIII do artigo 23 da Lei Federal n. 8.987/95 estabelece que as penalidades serão previstas no edital e no contrato e, por seu turno, o *caput* do artigo 18 da mesma lei prescreve que e o edital e a minuta do contrato de concessão devem ser redigidos com observância aos critérios e normas gerais da legislação sobre licitações e contratos.

Por seu turno, o artigo 5º da Lei Federal n. 11.079/04 especifica que as penalidades devem estar previstas no contrato de parceria público privada (inciso II) e, também, que referido contrato atenderá ao disposto no artigo 23 da Lei Federal n. 8.987/95 (*caput*), o qual, por seu turno, remete à Lei Geral. Destaca-se, por importante, a prescrição contido no inciso II do artigo 5º da Lei de Parcerias Público-Privadas, no sentido de que as penalidades serão "fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas".

d) No Projeto de Lei em trâmite no Congresso Nacional

Há no Congresso Nacional diversos projetos de lei, mais de uma centena deles, visando alterar ou substituir as leis que versam sobre licitações e contratos administrativos. Estas proposições estão apensadas ao Projeto de Lei n. 1292/1995 na Câmara dos Deputados[123]. Dentre as várias proposições, em dezembro de 2018, a Comissão Especial consolidou texto substitutivo, juntamente com seu parecer para aprovação[124]. Em março de 2019 o Plenário da Câmara atribuiu regime de urgência na tramitação do processo[125].

[123] A íntegra do Projeto de Lei pode ser consultada no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526&ord=1>).

[124] "Comissão especial aprova proposta de nova lei das licitações; texto vai a Plenário", em 05/12/2018 (Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/566446-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-DAS-LICITACOES-TEXTO-VAI-A-PLENARIO.html>).

O texto que seguirá para apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados prevê a revogação da Lei Geral e Lei do Pregão e dos artigos 1º a 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratações, pretendendo unificar todas as modalidades licitatórias sob um mesmo diploma e regime jurídico.

No que concerte à disciplina sancionatória, o Projeto de Lei propõe alterações substanciais. Ainda que siga na mesma linha das regras vigentes, o texto proposto é permeado por diversas inserções com o propósito de clarificar vários dos problemas atualmente enfrentados.

A esse propósito, o artigo 154 do Projeto de Lei[126] tipifica um conjunto de 12 condutas que podem gerar responsabilização do contratado, para as quais o artigo 155[127] comina quatro espécies de sanção (advertência, multa, impedimento de licitar e contratar pelo prazo de até 3 anos e declaração de inidoneidade pelo prazo de 3 a 6 anos). Uma primeira inserção positiva é encontrada no § 1º do artigo 155 do Projeto de Lei, que estabelece que a administração pública deve levar em conta as condições particulares e do entorno da infração (natureza e gravidade da infração, peculiaridades do caso concreto, circunstâncias atenuantes e agravantes, danos derivados da conduta infracional e a existência de programa de aperfeiçoamento e integridade pelo infrator) na eventual punição.

O substituto do projeto de lei encontra-se disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D>+PL+1292/1995>.

[125] "Plenário aprova urgência para projeto de nova Lei de Licitações" em 12/03/2019 (Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/573338-PLENARIO-APROVA-URGENCIA-PARA-PROJETO-DE-NOVA-LEI-DE-LICITACOES.html>).

[126] Art. 154. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: 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 se 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 visando a frustrar os objetivos da licitação; XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n.° 12.846, de 1° de agosto de 2013.

[127] Art. 155. 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.

Os parágrafos 2º a 5º do artigo 155 do Projeto de Lei detalham uma especificação, ainda muito simples e talvez inócua, de correlação entre os tipos infracionais e as sanções cabíveis[128]. Além disso, também dimensionam os limites mínimos e máximos das sanções.

Outra inserção que se vê com bons olhos é a do artigo 162 do Projeto de Lei[129], o qual prevê, ainda que de forma muito simples e incipiente, um mecanismo de reabilitação do sancionado nas penas restritivas de direito. Para tanto, estabelece um conjunto de requisitos que vão desde a reparação integral até a implantação de um programa de integridade.

Um último aspecto positivo refere-se à regra de interlocução entre a disciplina punitiva nas contratações e o regime de combate à corrupção estabelecido pela Lei Federal n. 12.846/13. Assim porque o artigo 158 do Projeto de Lei[130] prescreve que eventuais condutas corruptivas serão processadas e

---

[128] Art. 155. [...] § 2° A sanção prevista no inciso I do caput será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I art. 153 quando não se justificar a imposição de penalidade considerada mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput, 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, será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 153.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do caput do art. 153, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, impedindo-o de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que aplicou a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII a XII do caput do art. 153, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do caput do art. 153 que justifiquem a imposição de penalidade mais grave, impedindo-o 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.

[129] Art. 162. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigindo-se, cumulativamente: I – a reparação integral do dano causado à Administração Pública; II – o pagamento da multa; III – o transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV – o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V – análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 153 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

[130] Art. 158. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1° de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental e observada a autoridade competente definida na Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013.

apreciadas no âmbito da Lei Federal n. 12.846/13, afastando, portanto, a incidência de eventuais penalidades contratuais e privilegiando o moderno do sistema de combate à corrupção.

Porém, nem todas as inserções podem ser consideradas positivas. Por exemplo, o Projeto de Lei deixa muito a desejar em relação às regras processuais de apuração e aplicação de sanções. O texto prevê condições de defesa distintas, ou, até mesmo, nenhuma defesa, a depender de cada espécie de penalidade.

Neste sentido, haveria direito de defesa apenas nos casos das sanções de multa e restritivas de direito, conforme dicção dos artigos 156 [131] e 157. A aplicação de advertência poderia ser unilateral, o que lhe dá contornos inquisitórios. Ainda que a advertência seja considerada leve, ela não deixa de ser uma sanção administrativa, além de poder indicar condições de reincidência, por efeito que não deveria ser afastada da noção de contraditório e ampla defesa.

Além disso, o texto prevê que, apenas nos casos de penas restritivas de direito, o processo punitivo será conduzido por comissão especial e permitirá a produção de provas, conforme regra do artigo 157[132]. Disto se deduz que estas garantias não se aplicam em relação aos processos que impliquem sanções de advertência ou multa, o que acaba afastando tais casos da noção de devido processo legal.

Pois bem, há um grave problema na lógica empregada pelo texto, que se relaciona com a fluidez das especificações entre conduta e penalidade. Veja que diversas condutas reputadas infracionais, a maioria delas na verdade, podem implicar qualquer uma das sanções agressivas (multa ou restrições de direitos). De forma mais precisa, a multa pode ser aplicada em face de qualquer tipo infracional, já o impedimento pode ser imposto em relação às condutas descritas

---

Parágrafo único. Na hipótese caput, se for celebrado acordo de leniência nos termos da Lei n° 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 154 e, se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente, das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica.

[131] Art. 156. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do art. 154, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da sua intimação.

[132] "Art. 157. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 155, requer a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão, composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir".

pelos incisos II a VII do artigo 154 e, por fim, a declaração de inidoneidade é cabível em relação às condutas indicadas nos inciso II a XII do artigo 154. Ou seja, ainda que se anteveja a conduta a ser apurada, seria impossível definir qual a penalidade eventualmente será considerada adequada em decisão final. Logo, parece impossível condicionar o modelo processual em razão da sanção aplicável.

Para ilustrar, imagine processo instaurado para sancionar adjudicatório que tenha se recusado a celebrar o contrato após convocação, conforme hipótese do inciso VI do artigo 154. Para tal conduta, a penalidade poderá ser de multa, impedimento para licitar e contratar ou declaração de inidoneidade. Assim, não sabendo de antemão a penalidade, surgem diversas dúvidas: qual rito a ser adotado, o do artigo 156 ou do artigo 157? Para preservar o processo, poderá a administração pública adotar o rito mais complexo mesmo que o processo resulte em uma sanção mais leve? E se assim fizer, adotando o rito mais complexo, isto não poderia incutir uma predisposição para uma penalidade mais grave e possivelmente excessiva?

Seria contraproducente enfrentar tais questionamentos, porque o projeto de lei ainda não se ultimou. Ele seguirá para debate e apreciação pelo Congresso Nacional, onde se espera evoluções de melhora no texto atual.

2.2.2. Qual a extensão atual do problema em relação aos contratos administrativos?

Para avaliar a amplitude das sanções contratuais, propõe-se uma aferição sobre os dados registrados junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Esta avaliação permite entender a escala na aplicação de penalidades, bem como possibilita extrair tendências acerca da intensidade do sancionamento.

Pois bem, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas é um banco de dados com a relação de sanções que impliquem restrições ao direito de licitar e contratar. O cadastro foi instituído em função do artigo 22 da Lei Federal n. 12.846/13, é mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e

Controladoria-Geral da União e está disponível para consulta online no Portal da Transparência[133].

Sua base de dados reúne registros de sanções aplicadas administrativa e judicialmente que importem em restrições a contratar com órgãos da administração pública. Abrange não apenas as sanções derivadas de contratos administrativos, mas, também, penalidades aplicadas em função de infrações nas esferas eleitoral, ambiental, regulatória (ANTT e ANTAQ), acesso à informação e improbidade administrada. O cadastro, porém, não abrange as sanções de advertências e multas aplicadas.

Durante o período da presente pesquisa, realizou-se o acompanhamento das informações divulgadas pelo Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, especificamente em relação aos registros de sanções aplicadas com fundamento nas Leis Federais ns. 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11, com o propósito de monitorar a abrangência e dimensão prática das sanções contratuais.

Para esta finalidade, foram coletados os registros do cadastro nos meses entre outubro/2017 a dezembro/2018. Desta coleta, foram excluídas as informações relativas à infrações não originadas em contratações públicas, por efeito que foram desconsiderados os dados de sanções aplicadas em função de decisões judiciais em execuções cíveis, aplicadas pela ANTT e ANTAQ no âmbito de seus regimes regulatórios, condenações em ações de improbidade administrativa e medidas derivadas de restrições de natureza eleitoral. Assim, permaneceram apenas os dados relativos às sanções de impedimento, suspensão e declarações de inidoneidade aplicadas pela administração pública em decorrência de infrações contratuais.

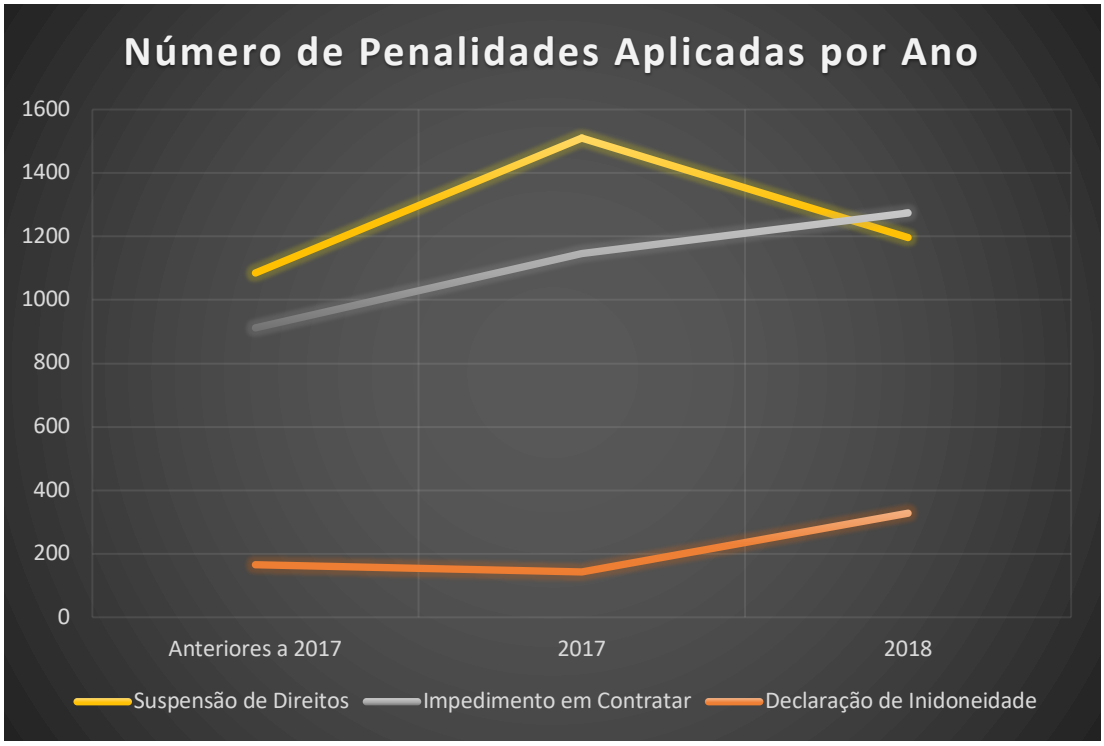
Os dados coletados e saneados indicaram a existência, no período, de 9.889 (nove mil oitocentos e noventa e nove) penalidades, somadas as três espécies de sanções monitoradas. Este número refere-se às sanções já registradas na primeira coleta de dados, somadas àquelas que foram sendo incluídas no período das coletas posteriores.

A partir das informações compiladas, foi possível estratificar o volume de sanções aplicadas, considerando a data de seu registro no cadastro como marco de imposição da penalidade. Nesta avaliação, identificou-se um volume total

[133] O Painel das Sanções que contempla o CEIS pode ser acessado em <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes>.

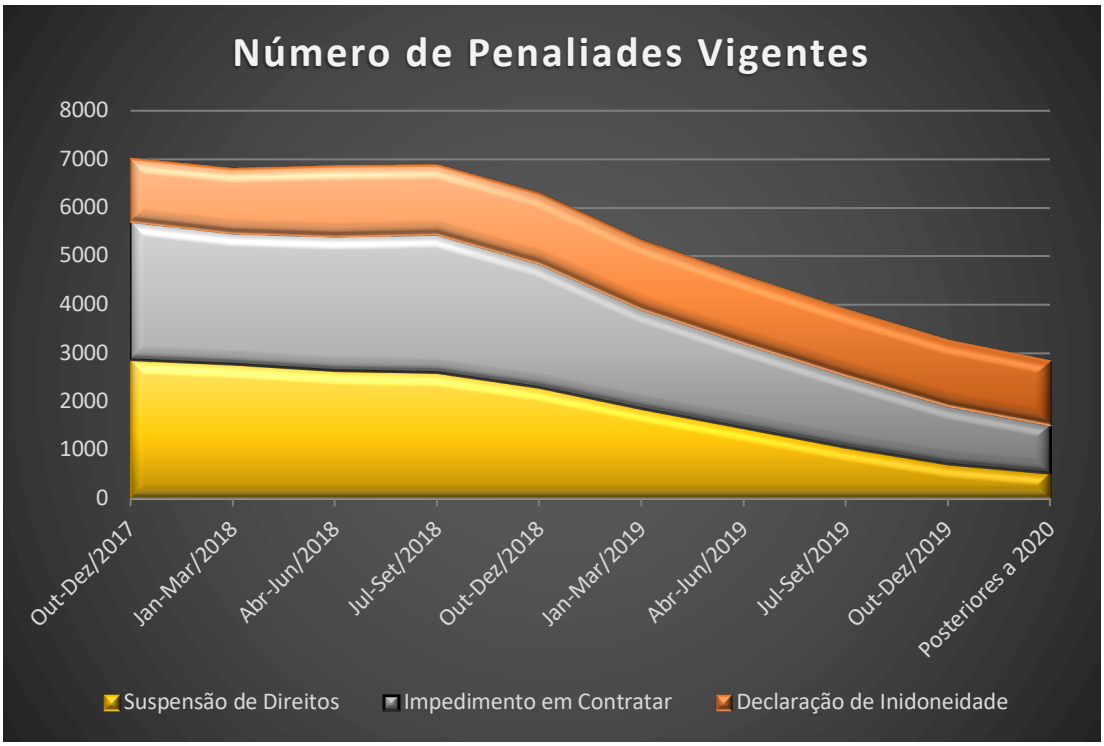
constante entre os anos de 2017 e 2018, sendo registradas 2.799 sanções no primeiro ano e 2.798 no segundo. De um ano para outro, houve uma redução de panas de suspenção temporária, que foi acompanhada por um aumento na incidência de impedimento em contratar.

Reputa-se que esta variação se deve ao aumento da utilização da modalidade pregão em substituição às modalidades licitatórias tradicionais. O gráfico abaixo identifica a evolução do número de sanções registradas:



Quadro 1: Penalidades Aplicadas por Ano (CEIS-Dezembro/2018)

Pelos dados obtidos, buscou-se identificar os prazos de vigência das penalidades aplicadas. A partir deste referencial, foi possível visualizar os números totais de penalidades vigentes ao longo do período, indicando um volume com pouca variação, entre 6.983 sanções no último trimestre de 2017 e 6.267 no último trimestre de 2018. Estes dados também foram projetados para os próximos dois anos, assim para identificar que, dentre as sanções vigentes na data da última coleta de dados (6.267 em dezembro/2018), em dois anos o total de 2.838 penalidades ainda produzirão efeitos. O gráfico que segue ilustra esses números e projeções:



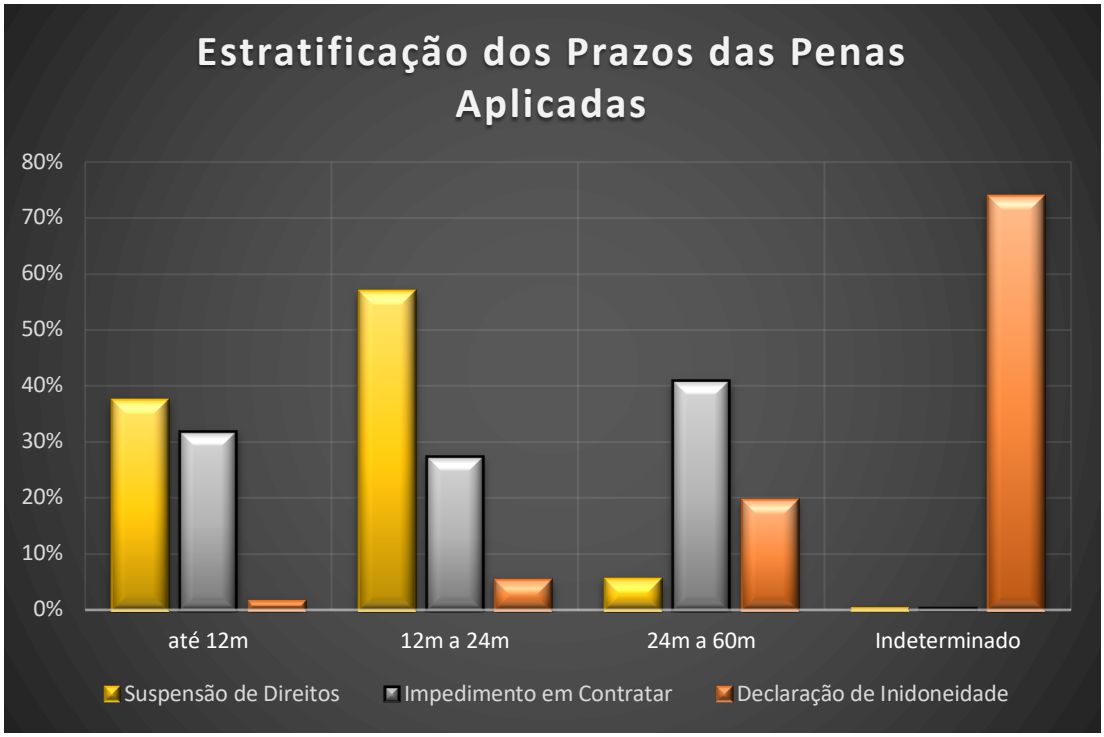
Quadro 2: Projeção da Vigência das Sanções Aplicadas (CEIS-Dezembro/2018)

Considerando o período projetado, aliado à média constante de 2.799 sanções novas a cada ano, é possível identificar uma tendência de aumento no volume total de sanções vigentes para os próximos dois anos. Este aumento poderá atingir a ordem de aproximadamente 8.500 sanções vigentes.

Atrai a atenção o fato de que são aplicadas 2.799 sanções por ano, porém há um volume constante de aproximadamente 6.750 penalidades vigentes, compondo uma espécie de “estoque” de penalidades. Tal situação induz a crer num cenário de penalidades com prazos bastante longos, que se confirma pelos dados colhidos.

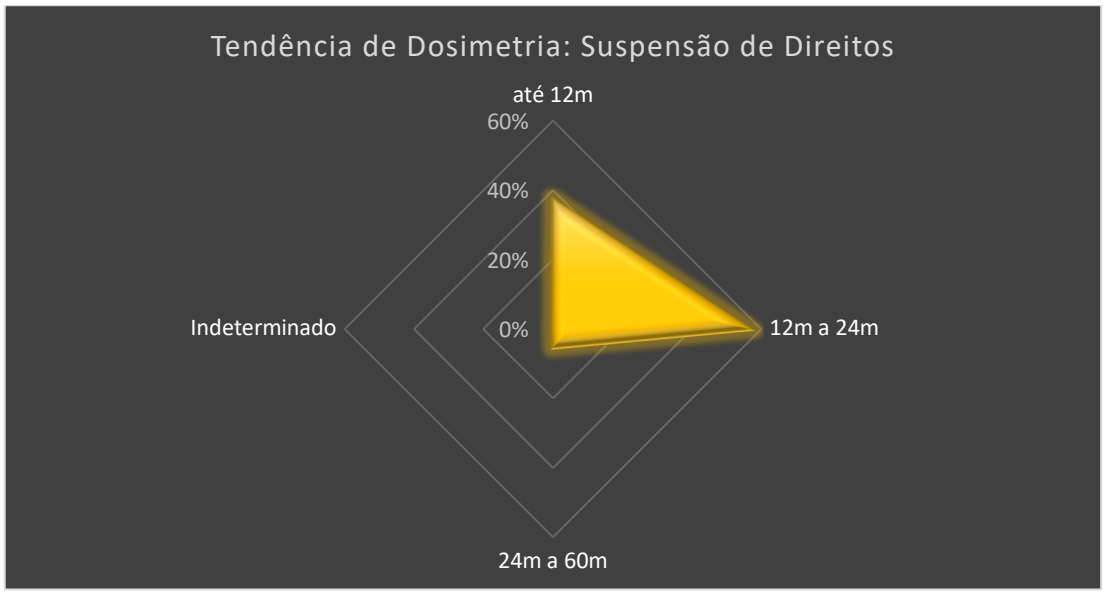
Apurados os períodos de vigência das sanções, vê-se uma prevalência de prazos maios próximos ao limite máximo de cada espécie de sanção. Assim, em relação à suspensão do direito de licitar, cujo prazo máximo é de 2 anos, 57% das penas aplicadas tem prazo entre 12 a 24 meses. Quanto à pena de impedimento em contratar, cujo prazo máximo é de 5 anos, 41% das penas aplicadas tem prazos entre 24 a 60 meses. E, quanto à inidoneidade, sem prazo máximo definido em lei, 74% das penas aplicadas não estipulam prazo de encerramento.

Os volumes de sanções estratificadas pelos intervalos de prazos das penas são demonstrados pelo seguinte gráfico:

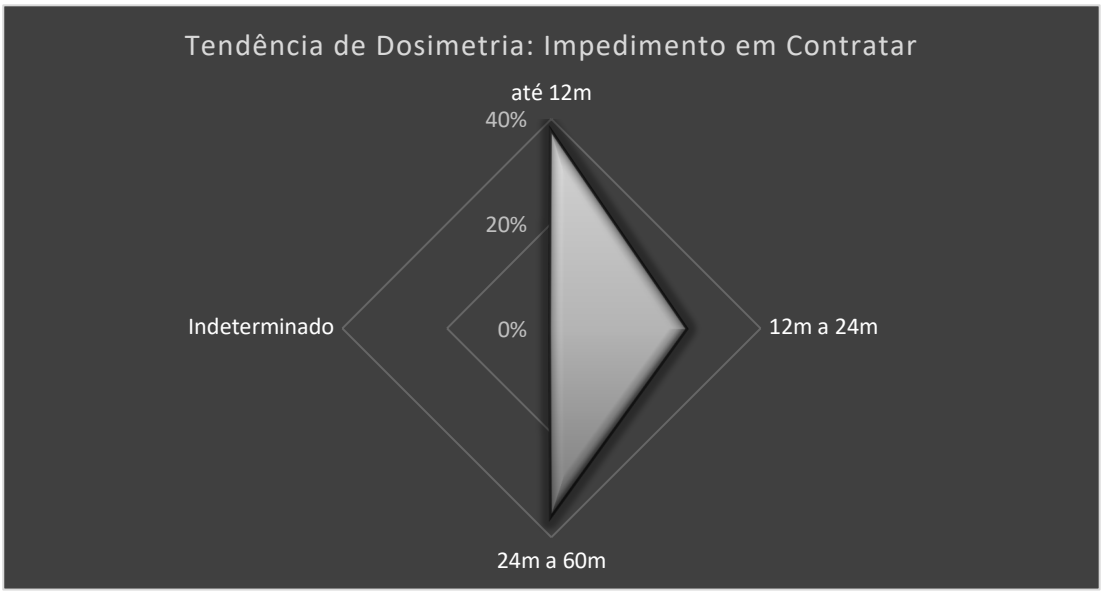


Quadro 3: Estratificação da Vigência das Sanções Aplicadas (CEIS-Dezembro/2018)

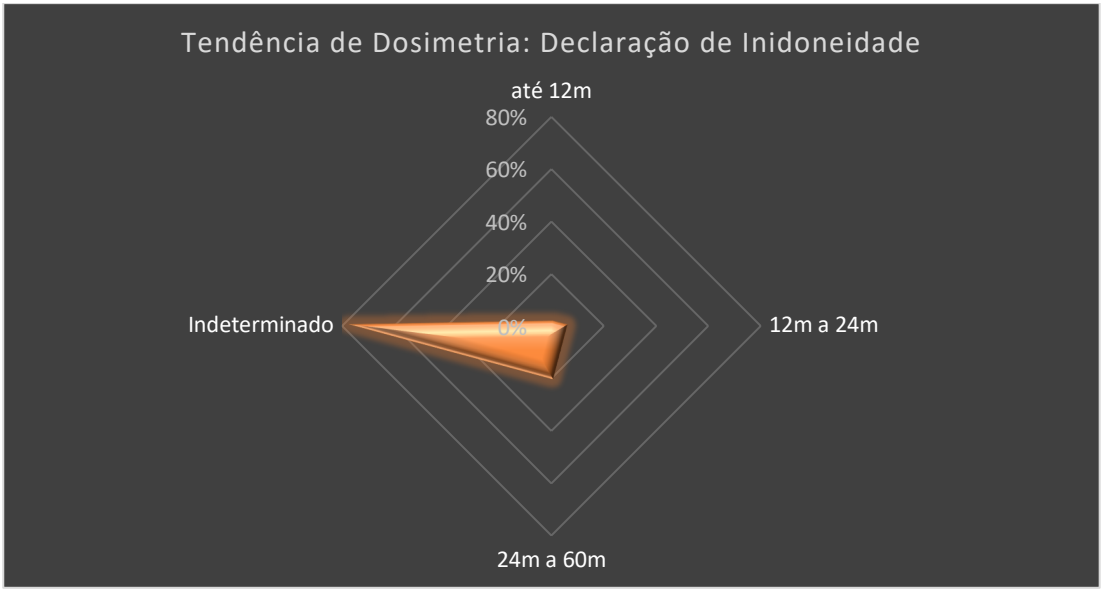
Esses dados podem ser apresentados em forma de radar de incidência, capaz de tornar mais perceptível a tendência da administração pública na definição da intensidade das sanções aplicadas. Veja:



Quadro 4: Tendências na Dosimetria da Suspensão de Direitos (CEIS-Dezembro/2018)



Quadro 5: Tendências na Dosimetria do Impedimento em Contratar (CEIS-Dezembro/2018)



Quadro 6: Tendências na Dosimetria da Declaração de Inidoneidade (CEIS-Dezembro/2018)

Os dados permitem considerar uma postura rigorosa da administração pública no sancionamento. Contudo, em análise mais acurada, é possível perceber uma tendência de alternância deste rigor, dado que os prazos médios das penalidades vêm reduzindo ano a ano. Em números específicos, as penalidades de suspensão do direito de licitar registradas em 2016 antes tinham prazo médio de 29 meses de duração, reduzindo para 18 meses em relação às penas registradas em 2017 e para 15 meses dos registros de 2018. Em relação ao impedimento de contratar, o prazo médio era de 43 meses para as

penalidades registradas em 2016 e antes, reduzindo para 23 meses nas sanções registradas em 2017 e para 15 meses as dos registros de 2018. Estes dados indicam uma tendência de suavização.

Diante desse cenário, parece adequado reconhecer que a administração pública utiliza, em larga escala, de sanções administrativas em suas contratações. O número total de sanções vigentes é significativo e sua recorrência também revela volumes numerosos. Além disso, os registros revelam um passado recente de maior rigor na intensidade das sanções, mas que vem se alternando com uma tendência de suavização na intensidade das penas.

2.2.3. Análise crítica dos critérios legais das infrações e sanções contratuais

a) Os tipos infracionais

As leis federais que disciplinam as infrações contratuais não se preocupam com descrições mais precisas das condutas reputadas reprováveis na execução contratual. A bem da verdade, nos termos das normas, diversas e abrangentes são as hipóteses remetidas aos rigores das penalidades contratuais. O tratamento dispensado pelas normas, acerca da definição de infrações em contratos administrativos, é lacunoso e desordenado, situação que se agora ante a prevalência de um critério conceitual-formal acerca da natureza das infrações administrativas[134].

Em primeiro lugar o artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93 reputa como reprovável a inexecução total ou parcial do contrato e abre flanco para imposição de qualquer uma das sanções prescritas, inclusive cumuladas conforme especificado pelo § 2º do mesmo artigo. A disposição é visivelmente genérica e

[134] Sobre a prevalência do critério conceitual-formal na delimitação do ilícito administrativo, ver por todos Francisco ZARDO (2018, pp. 60-62).

não traça elementos suficientes para definir a conduta reprovável ou o próprio bem jurídico tutelado[135].

Além disso, na Lei Geral são encontradas passagens que reputam situações de superfaturamento e atraso injustificado como condutas puníveis. Por seu turno, o artigo 80 estabelece que poderá haver a incidência de sanções nos casos de rescisão contratual motivadas pelas hipóteses dos incisos I a XII e XVII do artigo 78. Neste caso, seriam hipóteses de sancionamento casos que vão desde o descumprimento de cláusula contratual, passando por razões abstratas de interesse público e até episódios de força maior ou caso fortuito, ou seja, um amplíssimo espectro de situações. Ademais, o artigo 81 prescreve que a recusa injustificada do adjudicatário em celebrar o contrato equipara-se à inexecução total do instrumento, reclamando a incidência de penalidade. Ainda, tipifica condutas sobrepostas a ilícitos criminais quando prescreve, no artigo 88, a aplicação de sanções em face de fraude fiscal, atos que frustrem a licitação e atos ilícitos.

Esse cenário torna-se ainda mais desconsertado quando cotejado com as normas que regulam a modalidade de pregão e o regime diferenciado de contratação.

O artigo 7º da Lei Federal 10.520/02 qualifica como infração um conjunto de diversas condutas, especificamente “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”. Para todas as hipóteses, comina o impedimento de licitar e a exclusão de registro cadastral pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo de multa prevista no instrumento convocatório. O que se vê, apesar de algumas hipóteses específicas, é que a Lei do Pregão reputa o comportamento inidôneo como infração, o que redunda em uma fluidez conceitual ampla, distanciando seu conteúdo de uma definição e tipificação clara de conduta reprovável.

---

[135] Nessa linha, Francisco ZARDO (214, p. 130) ressalta, a pretexto da norma prescrita no artigo 87 da Lei Geral, que “esse preceito não descreve a conduta proibida com densidade suficiente para atender o princípio da tipicidade. [...] O art. 87 não permite inferir que espécie de condutas ensejarão as graves sanções de suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade”.

Por seu turno, o artigo 47 da Lei Federal n. 12.462/11 cria um amalgama entre as disposições da Lei Geral e da Lei do Pregão, repetindo o conteúdo deste e fazendo remissão à aplicabilidade daquela. Com isto, cria um regime amplo e com sobreposições e imprecisões.

As Leis de Concessões e Parcerias Público-Privadas remetem diretamente aos critérios estabelecidos pela Lei Geral para efeitos de responsabilização administrativa. Há, todavia, na Lei Federal n. 11.079/04 expressa menção à necessidade de que as sanções sejam proporcionais à gravidade da conduta e aos danos dela decorrentes.

Essa visão panorâmica já permite sentir algumas incoerências e diversas indeterminações em relação ao tema, que se agravam quando confrontadas com os princípios da tipicidade e da legalidade consagrados pelo texto constitucional. É que, pela conjugação do inciso XXXIX do artigo 5º e do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, exige-se o prévio conhecimento da ilicitude e suas consequências como requisito da penalização. Todavia, fato é que o emaranhado de disposições não permite que se deduza com clareza estas circunstâncias no âmbito dos contratos administrativos.

Tamanhas são as incertezas, que o tema da tipicidade das infrações encontra amplo dissenso na doutrina. Em linhas gerais, é possível distinguir três correntes doutrinárias em torno do tema.

A primeira, externada nas lições de Hely Lopes MEIRELLES (2007, pp. 124-125) e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010, p. 633), advoga a prevalência de um princípio da atipicidade a reger o direito administrativo em matéria sancionatória, e, com isso, defende que caberia à discricionariedade administrativa a tarefa do enquadramento do ato ilícito. No mesmo sentido são as lições de Jessé Torres PEREIRA JUNIOR (2009, pp. 858-859), acrescendo a ressalva de necessária observância ao devido processo legal. Eduardo Rocha DIAS (1997, pp. 59-73), Lucas Rocha FURTADO (2007, p. 450) e Francisco ZARDO (2014, p. 89) fazem coro a este entendimento, porém, ressaltando que a discricionariedade deve esgotar-se na formulação do edital da licitação.

A segunda, pelas palavras de Carlos Ari SUNDFELD (2003, p. 25), propõe um abrandamento da noção de tipicidade, sugerindo a necessidade de regulação própria para o tema. Para o autor, a lei pode limitar-se ao conteúdo embrionário e principiológico, cabendo a regulamento detalhar a abrangência, profundidade e

consistência das infrações. Com o mesmo timbre, Marçal JUSTEN FILHO (2014, pp. 1.140-1.141) aponta como solução a formulação de ato regulamentar, mas também admite a hipótese do tema ser esgotado pelo edital da licitação. Heraldo Garcia VITTA (2003, p. 91), partindo de um referencial de regime de especial sujeição, apresenta uma divisão dentro com conceito de supremacia do interesse público, que se desdobraria em geral e especial, daí admitindo que neste último caso, de supremacia especial, as regras sancionatórias segam definidas em âmbito regulamentar. Daniel FERREIRA (2001, p. 94) advoga a ideia de relativa tipicidade das infrações administrativas.

A terceira, extraída de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2014, pp. 868-869), defende a inflexão do princípio da legalidade, concluindo ser inviável o enquadramento de infrações sem prévia descrição da hipótese em lei em sentido formal. Conclui, assim, que as sanções cominadas pelos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93 apenas podem ser cogitadas em comportamento tipificados como crime. No mesmo sentido, Joel de MENEZES NIEBUHR (2015, pp. 1.110-1.115) advoga que a ausência de especificação dos pressupostos de fato (tipos) revela aberta incompatibilidade da sistemática de infrações da Lei Federal n. 8.666/93 com o princípio da tipicidade.

Anote-se ainda, que essa lógica de tipificação abstrata implica consequências na aferição do elemento subjetivo da conduta infracional. Ora, se não há definição expressa e precisa da conduta reprovável, por dedução lógica não se pode afirmar uma vontade consciente de realizar a prática reprovável, a caracterizar conduta dolosa. Não se consegue cogitar a vontade qualificada de agir erroneamente quando não se conhece a qualificação do erro. Então, na mais extrema hipótese, admite-se cogitar uma mera percepção de reprovação por parte do particular, o que desenha o conceito de culpa grave na conduta.

Tal circunstância não é bastante para afastar o dever apuração da conduta infracional, ou seja, não imuniza o particular da possibilidade de sancionamento. Até porque, ainda que decorrente de culpa,há espaço para se avaliar a pertinência de sanções. Mas o ponto é que tais aspectos devem ser considerados na qualificação da gravidade da conduta e na dosimetria da sanção.

Nessa perspectiva, o problema está atrelado à noção de consciência da infração, traduzida no conhecimento prévio da antijuridicidade da conduta. Apesar das diferentes perspectivas apresentadas pelos autores, o núcleo das críticas e

debates refere-se à segurança jurídica. A maioria dos autores afirmam, com maior ou menor ênfase, a ideia de que a administração pública e o contratado devem perceber claramente e com antecedência quais comportamentos podem ensejar a punição e quais a consequências específicas. Mas, destoam sobre a forma pela qual o conteúdo da infração e suas implicações devem ser comunicados aos particulares, se por lei, regulamento ou ato/processo administrativo.

O ponto central reside em definir em qual medida as incertezas a respeito das condutas infracionais podem impactar no ambienta contratual e na eventual imposição de sanções.

b) As sanções

As normais gerais sobre contratações públicas elencam rol explícito contendo sete espécies de sanções. A identificação das espécies de sanções não envolve maiores problemas. Todavia, sua qualificação perpassa por algumas dificuldades.

A primeira referente à abrangência e aplicabilidade das diversas disciplinas sancionatórias, se limitadas ou extensivas, notadamente acerca das variáveis entre a Lei Geral e a Lei do Pregão. Em linhas gerais, o problema se dá em razão da Lei do Pregão prever condutas e penalidade distintas daquelas estabelecidas pela Lei Geral, a qual apresenta um tipo infracional mais aberto e um rol mais extenso de penalidades. A doutrina apresenta posição firmada no sentido de manter isolados os quadrantes de aplicação de cada disciplina sancionatória[136], ou seja, o regime prescrito pela Lei do Pregão é aplicável apenas em licitações

[136] Nesse sentido, ver por todos Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), pp. 1.126-1.127). O autor aponta que: "não se pode perder de vista que a Lei regente da modalidade pregão é a nº 10.520/02, e não a Lei nº 8.666/93. Esta deve ser aplicada somente de modo subsidiário, para preencher as verdadeiras omissões da Lei nº 10.520/02. É um disparate pretender moldar a modalidade pregão à Lei nº 8.666/93. As vantagens da modalidade pregão somente ganharão amplitude se os intérpretes conseguirem libertar-se e romper com a estrutura extremamente formalista da Lei nº 8.666/93. [...] Portanto, a Lei nº 10.520/02 prescreve sistemática própria para a aplicação de sanções administrativas, que diverge da sistemática da Lei nº 8.666/93. Então, em relação às sanções, não se deve cogitar de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, na medida em que a Lei nº 10.520/02 não foi omissa. Em editais de pregões, em contratos decorrentes de pregões, as sanções são as do artigo 7º da Lei nº 10.520/02".

realizadas nesta modalidade, cabendo para as modalidades tradicionais o tratamento dispensado pela Lei Geral.

Todavia, o Tribunal de Contas da União passou a vislumbrar dificuldades ao tema. O problema posto é que a única sanção prevista pela Lei do pregão, o impedimento em licitar e contratar, seria aplicada em situações de gravidades muito distintas, o que poderia implicar desrespeito aos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade [137] . Seguindo esta linha, sob o argumento de uma interpretação dialógica de fontes normativas, a Advocacia Geral da União[138] e o Tribunal de Contas da União[139] passaram a construir um posicionamento no sentido de integração entre as disciplinas normativas.

---

[137] "É certo, poderá haver situações que, à luz da Lei 8.666/93, mereceriam, por exemplo, somente uma advertência, enquanto pela lei do pregão a penalidade prevista seria o impedimento de licitar ou contratar com a Administração. [...] a referida penalidade por ser extremamente gravosa, deve ser aplicada somente nos casos em que se perceba ou há indícios de que o licitante faltoso tenha agido de má-fé". (TCU: Acórdão n. 653/2008. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 16/04/2008).

[138] O posicionamento da Advocacia Geral da União foi externado no Parecer n. 05/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que recebeu a seguinte ementa: "SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. LEI DO PREGÃO E LEI GERAL DE LICITAÇÕES. PROPORCIONALIDADE COMO JUSTA MEDIDA. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO COORDENADA E HARMÔNICA DAS LEIS. DIÁLOGO DE COMPLEMENTARIEDADE. INCIDÊNCIA DAS PENAS DO ART. 87 DA LLC NOS CASOS REGIDOS PELA LEI DO PREGÃO. I. Há nítida diferença de gradação entre as sanções listadas, sendo a pena no art. 7º da Lei do Pregão mais grave que a pena de suspensão de contratar (art. 87, 111, LLC). porém é mais branda que a pena de declaração de inidoneidade (art. 87, IV, LLC). II. Aplicar apenas a Lei do Pregão pode gerar problemas de dosimetria da pena, já que uma infração leve, por exemplo, não apresentar o licitante algum documento, é apenada da mesma forma que uma infração grave, como no caso de apresentar documento falso, uma vez que o art. r da Lei do Pregão prevê para todas as condutas nele previstas a mesma consequência. III. Como meio necessário para alcançar determinado fim, a sanção aplicada deve ser apta a educar o infrator para que não volte a violar as normas administrativas, devendo ser o meio menos oneroso para tanto, sob pena de ser excessiva tal punição. IV. A teoria do diálogo das fontes, tem o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de conflito entre normas jurídicas no sentido de interpretá-las de forma coordenada e sistemática, aplicável a qualquer ramo do direito, e que a doutrina atualizada está à procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão. V. O diálogo das fontes permite a aplicação coordenada das duas leis - diálogo de complementariedade -. sendo a Lei 8666 aplicada em conjunto com a Lei do pregão, como forma de se alcançar a justa medida de uma eventual punição".

[139] No Tribunal de Contas da União, o posicionamento claro sobre a incidência das penalidades prescritas na Lei Geral no âmbito do pregão é o seguinte: "7. Naquela ocasião, assim como nesta, restou assente que inexiste paralelismo de entendimento entre os dispositivos. Os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do assunto dando tratamento diferenciado em cada situação. 8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993)" (TCU: Acórdão

Outro aspecto controvertido concerne à extensão das sanções restritivas de direito, especificamente as penas de suspensão de licitar, impedimento em contratar e declaração de inidoneidade.

É que, a rigor do texto legal, a abrangência de cada penalidade seria distinta: a suspensão do direito de licitar e contratar teria eficácia apenas perante o órgão que a aplicou, conforme inteligência do inciso III do artigo 87 combinado com o inciso XII do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93; o impedimento de licitar e contratar teria eficácia apenas na esfera política que originou a sanção, dado que artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/02 e artigo 47 da Lei Federal n. 12.462/11 referem-se à penalidade perante a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; e, a declaração de inidoneidade geraria efeitos amplos a todas as esferas e níveis da administração pública.

Porém, a jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da União vêm negando as distinções cunhadas pela legislação [140] , afirmando que os efeitos das penalidades se estendem, indistintamente, para qualquer órgão de toda a administração pública.

Outra crítica corrente diz respeito à ausência de indicação, na disciplina da Lei Federal n. 8.666/93, da correlação entre as condutas infracionais e as sanções pertinentes[141]. É usual compreender, a exemplo do Direito Penal, que a sanção faz parte do próprio tipo delitivo, por efeito que a identificação da pena aplicável acompanha a descrição da conduta. Todavia, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos furtou-se a esta lógica, deixando de indicar qual dentre as espécies de sanções deve corresponder a uma ou outra conduta infracional, ou, mesmo, de explicitar algum critério capaz de orientar a distinção. Na disciplina da Lei, sem critério algum de especificação, a qualquer conduta pode

---

n. 2530/2015. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgado em 14/10/2015. Ementa: "REPRESENTAÇÃO. DÚVIDAS SOBRE A ABRANGÊNCIA DAS PENALIDADES CONTIDAS NO ART. 87 DA LEI 8.666/1993 E NO ART. 7º DA LEI 10.520/2002. CONHECIMENTO. QUESTÃO PACIFICADA NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU. FALTA DE CLAREZA DO EDITAL INSUFICIENTE PARA MACULAR O CERTAME. FALHA FORMAL. CIÊNCIA À ENTIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO").

[140] Nesse sentido, ver o Recurso Especial n. 151.567/RJ, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, e o Acórdão n. 2.218/2011, Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União.

[141] Nesse sentido, ver por todos Marçal JUSTEN FILHO (2014, pp. 1.140-1.141).

corresponder qualquer sanção. A Lei relega à pura discricionariedade do julgador a especificação da pena em face do enquadramento da conduta, o que também lhe é atribuído. Esta crítica está relacionada diretamente com a ausência de objetividade da Lei quanto à tipificação das condutas infracionais.

Uma terceira dificuldade refere-se à ausência de critérios de dosimetria para a aplicação de sanções contratuais. As normas gerais prescrevem sanções com amplíssimas extensões, por exemplo, a suspensão do direito de licitar e contratar que pode ser aplicada com duração de até dois anos, o impedimento para contratar que pode estender-se até cinco anos e a declaração de inidoneidade com vigência entre dois a cinco anos. A rigor, para estas penalidades, não existe critério preestabelecido para orientar a dosagem da sanção no momento de sua aplicação. Tomando as palavras de Marçal JUSTEN FILHO (2014, p. 1.141), verifica-se “a remessa à avaliação subjetiva do julgador, a quem incumbiria determinar a gravidade da sanção no caso concreto, sem qualquer parâmetro legislativo”.

Superadas essas questões, cumpre adentrar às espécies de sanções prescritas pelas normas relativas às contratações públicas.

b.1) A Advertência

A advertência (inciso I do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93) consistente em comunicação formal com teor de censura e conteúdo punitivo brando. A rigor, a advertência pode revelar dois propósitos: caracterizar a prática faltosa como forma de cessar sua ocorrência; ou, alertar sobre um possível dano futuro decorrente da dinâmica empregada pelo contratado, desta feito com o objetivo de realinhar a execução contratual.

A sanção tem como principal mote alertar a contratada de que as atividades de fiscalização detectaram um descumprimento que pode reconduzir à medidas de maior intensidade em caso de persistência, por exemplo, uma sanção mais severa ou a rescisão do contrato. Ressalta-se o caráter preventivo e educativo da penalidade.

Assim, caso se verifique ocorrência de natureza leve, ou mesmo quando se anteveja alguma espécie de resultado gravoso, a sanção de advertência pode ser

aplicada como alerta ao particular para que este cesse sua conduta ou abstenha-se de qualquer prática futura com potencial lesivo.

Vale ressaltar que a advertência pressupõe processo de apuração prévio, no qual se garantam os direitos inerentes à defesa e contraditório. Enquanto sanção, implica uma censura à esfera de direitos do particular e, por mais leve que seja, sua imposição não deve afastar-se do devido processo legal.

Outro aspecto relevante é que, enquanto sirva de alerta, é de boa prática considerar que a advertência seja acompanhada de indicação, precisa e completa, das medidas que a administração pública julga adequadas de serem realizadas pelo particular para cessar o comportamento ou para evitar algum resultado danoso.

A esse propósito, Marçal JUSTEN FILHO (2018, p. 487) ressalta que “Será inválida a aplicação ao particular da sanção da advertência se inexistir discriminação legal dos seus pressupostos. Quando muito, terá cunho de mera comunicação da insatisfação da Administração”.

b.2) Multas moratória e compensatória

As multas contratuais podem ser de duas naturezas: moratória ou compensatória. A multa moratória (*caput* do artigo 86 da Lei Federal n. 8.666/93) está relacionada a atrasos injustificados no cumprimento das obrigações contratuais, incidindo em medida compatível com o retardamento gerado. A multa compensatória (inciso II do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93 e incisos II e III do § 3º do artigo 23 da Lei Federal n. 12.462/11) relaciona-se ao descumprimento de obrigações contratuais, sendo estabelecida em razão do grau de importância da obrigação desatendia.

Incidente em razão de atrasos injustificados na execução contratual,exige-se que o edital descreva as hipóteses e metodologia de apuração da multa. A penalidade é atrelada ao cronograma de execução do objeto, sendo usualmente determinada na proporção do atraso verificado.

Exige-se que as hipóteses de incidência de multa e seu dimensionamento estejam previstas no edital como requisito indispensável à sua exigibilidade. A propósito, Marçal JUSTEN FILHO (2019, p. 487) ressalta que “A multa consiste

em penalidade pecuniária. A ausência de previsão de multa no edital e no contrato inviabiliza sua exigência.” Como decidiu o TJSP. “Se não há previsão da cláusula penal nem no ato convocatório e nem no contrato, não há como exigi-la”.

Enfim, a administração pública deve ocupar-se em regulamentar os parâmetros de incidência das multas contratuais, lançando-os no edital da licitação ou instrumento contratual. Assim, deve indicar as hipóteses de incidência e cada modalidade de multa e suas respectivas metodologias de cálculo, em qualquer caso observando critérios razoáveis.

b.3) Suspensão do direito de licitar

A suspensão temporária do direito de licitar (inciso III do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93) impõe ao particular faltoso a restrição a disputar novos certames perante a administração durante o período de vigência da sanção.

A incidência desta penalidade refere-se a algum evento específico, cuja ocorrência é temporária e esgotável. Então, a sanção tem cabimento como forma de preservar o evento sobre o qual a sua imposição foi justificada.

Para ilustrar, sabe-se que, usualmente, esta penalidade decorre de alguma hipótese de rescisão do contrato, casos em que a administração pública é impulsionada a promover nova licitação para o mesmo objeto ou seu remanescente. Então, o que dá sentido à referida penalidade de proibição temporária é, especificamente, o propósito de preservar que o resultado útil da contratação não seja novamente frustrado. Sem a penalidade, a mesma empresa que concorreu para o insucesso do contrato anterior, teria condição de ingressar no novo certame e ser novamente adjudicada, gerando novo risco de insucesso da contratação.

Outro exemplo seria o caso de empresa que venha a perder sua condição de regularidade fiscal diante da superveniência de tributos não recolhidos, pelo motivo que for. Esta ocorrência é capaz de gerar diversos embaraços à administração pública contratante, a exemplo da possível extensão subsidiária de responsabilidade por encargos previdenciários. Nesta hipótese, seria possível cogitar da suspensão temporária enquanto perdurar a condição de irregularidade fiscal do particular.

Nesta senda, tão logo encerrado o evento que determinou a imposição da penalidade, a sanção temporária se esgota e perde seus efeitos. A vigência da sanção é condicionada a termo, não a prazo preestabelecido. Todavia, a sanção não pode exceder a dois anos, conforme parte final do inciso II do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93. Logo, se dentro de dois anos o evento condicionante da penalidade ainda não chegou a seu termo, ainda assim a penalidade deve ser extinta.

b.4) Impedimento para contratar

A sanção de impedimento para contratar (inciso III do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93) pode ser aplicada pelo prazo de até dois anos. A penalidade veda ao particular que celebre novos contratos com a administração pública durante toda a vigência da penalidade.

A propósito de sua previsão legal, a penalidade deveria ter eficácia apenas em relação ao órgão ou entidade que a aplicou, porque seus efeitos seriam projetados apenas perante a "Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente" (conceito inscrito no inciso XII do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93).

Todavia, conforme anteriormente exposto, os órgãos de controle ampliam os efeitos da penalidade, gerando, na prática, sua eficácia perante toda a "Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas" (definição contida no inciso XI do artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93). A justificativa para tal ampliação é de caráter puramente lógico, no sentido de que a inidoneidade seria indissociável do particular assim reputado, porque característico de um dado subjetivo, e, então, acompanharia o particular a qualquer esfera que este fosse. Em poucas palavras, Carlos Ari SUNDFELD (1995, p. 117) sintetiza o raciocínio ao dizer que: "deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais".

Importa ressaltar que a doutrina inclina-se fortemente no sentido oposto, ou seja, em direção a prestar deferência à distinção claramente estabelecida pelo texto legal. São dois os principais argumentos adotados. O primeiro no sentido de que, ao prever a restrição dos efeitos da penalidade à esfera em que foi aplicada, por dedução a lei quedou-se silente em estabelecer sanção perante outras esferas; desta forma a expansão de seus efeitos não encontraria amparo na legalidade. O segundo é que, por força do princípio federativo, cada esfera de governo detém autonomia administrativa própria, de forma que as decisões de uma esfera não vinculam às demais; daí que impor a submissão de um ente federativo à decisão proferida por outro ente distinto implicaria quebra das autonomias fixadas pelo pacto federativo[142].

b.5) Impedimento para licitar e contratar

A sanção de Impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/02 e artigo 47 da Lei Federal n. 12.462/11), pelo prazo de até dois anos, decorre de práticas infracionais verificadas no âmbito de contratações realizadas sob a modalidade pregão.

Reconhece-se que a penalidade incide apenas em razão de infrações praticadas em editais de pregões e em contratos decorrentes desta modalidade, porém seus efeitos externam-se para contratações realizadas sob qualquer modalidade licitatória. A incidência da penalidade implica, ainda, a exclusão do particular dos cadastros nos quais esteja registrado.

Constitui elemento da sanção a limitação espacial de sua eficácia, como pode ser percebido pela locução “ou” em relação à sua incidência perante a União, Estados, Distrito Federal ou Município. Todavia, tal como a interpretação conferida pelos órgãos de controle em relação à penalidade de impedimento da Lei Geral, aqui também há pretensão de ampliação da eficácia da sanção[143].

---

[142] Sobre a tese de limitação dos efeitos das sanções contratuais, ver por todos Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), pp. 1.120)

[143] “(...) A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7o da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em

b.6) Declaração de inidoneidade

A declaração de inidoneidade para participar de licitação e celebrar contratos administrativos (inciso IV do artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93), pelo prazo em que perdurar o motivo determinante da penalidade ou até a reabilitação, constitui a sanção mais severa dentre as sanções previstas. A sanção implica interdição total do particular perseguir qualquer contratação pública.

A declaração de inidoneidade é punição de natureza gravíssima, tendo em vista os descumprimentos obrigacionais capazes de comprometer integralmente a utilidade da contratação ou a própria essência da relação contratual. A sanção refere-se àqueles casos limítrofes, senão coincidentes, com a responsabilização criminal, a exemplo de circunstâncias atentatórias à própria moralidade pública. Então, casos em que sanções mais brandas seriam insuficientes para preservar as finalidades públicas da contratação, vislumbra-se a possibilidade de pena que implique a absoluta exclusão do particular de qualquer interação com a administração pública.

A lei não estabelece prazo máximo de duração da penalidade, a qual deve viger enquanto perduram os motivos que a determinaram. Todavia, é voz corrente

---

toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).” (TCU: Acórdão n. 2.081/2014. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Julgado em 06/08/2014. Ementa: “REPRESENTAÇÃO. SUPOSTA INCLUSÃO INDEVIDA DE SUSPENSÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO, COM BASE NO ART. 7º DA LEI 10.520/2002. DISCUSSÃO SOBRE EXTENSÃO DA PENALIDADE A TODOS OS ÓRGÃOS/ENTIDADES DO ENTE FEDERAL/ ESTADUAL/MUNICIPAL APLICADOR DA SANÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE O DISPOSITIVO LEGAL POSTO À PROVA PELA REPRESENTANTE E O COMANDO NORMATIVO QUE EMBASOU A PUNIÇÃO. EMPRESA TERIA QUESTIONADO O ENTENDIMENTO DO TCU RELATIVO AO ART. 87 DA LEI 8.666/1993. PUNIÇÃO APLICADA À EMPRESA PAUTADA NO ART. 7º DA LEI 10.520/2002. ACÓRDÃO 3010/2013-PLENÁRIO. CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSÍVEL OMISSÃO NA PONDERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCU FAVORÁVEL À REPRESENTANTE. CONHECIMENTO. RECONHECIMENTO DA OMISSÃO. EXAME E ENFRENTAMENTO DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS. ACOLHIMENTO PARCIAL. REFORMA PONTUAL DO EMBASAMENTO LEGAL DO JULGADO QUESTIONADO. COMUNICAÇÕES.”).

na doutrina[144] que, apesar da omissão legislativa, a sanção não deve ultrapassar o prazo de cinco anos, dado que este seria mesmo o prazo máximo prescricional de qualquer pretensão estatal e, sobretudo, porque a Constituição Federal veda penalidades com caráter perpétuo (alínea "b" do inciso XLVII do artigo 5º).

A norma prevê a possibilidade de reabilitação do particular sancionado. Para que a reabilitação se opere, exige-se que o partícular ressarça integralmente todos os prejuízos resultantes de sua conduta infracional, restabelecendo ao erário qualquer perda ocasionada. Ainda, exige-se o escoamento de, pelo menos, dois anos de vigência da penalidade para que o particular possa solicitar sua reabilitação.

Por fim, destaca-se a orientação no sentido de que a declaração de inidoneidade não opera efeitos sobre situações jurídicas já consolidadas, dada sua eficácia *ex nunc*. Isto significa que a sanção não afeta contratos administrativos celebrados pelo particular antes de sua aplicação da pena.

c) Aspectos processuais

A Lei Federal n. 8.666/93 pouco desdobra sobre o processo punitivo e, naquilo que menciona, o faz sem muito critério. Em pontuais passagens, nomeadamente no § 2º do artigo 86 e §§ 2º e 3º do artigo 87, a Lei exige a formação de processo administrativo específico para a aplicação de sanções.

O *caput* do artigo 87 prescreve a necessidade de se garantir a prévia defesa ao contratado, estabelecendo a título de procedimento que o prazo para defesa é, regra geral, de 5 (cinco) úteis, todavia, ampliado para 10 (dez) dias no processo que possa resultar na sanção de declaração de inidoneidade.

O § 3º do artigo 87 define que a declaração de inidoneidade é reservada à competência da autoridade maior do órgão ou entidade.

Além disso, a alínea "f" do inciso I do artigo 109 prescreve o cabimento de recurso administrativo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contra a decisão que aplicar as penas de advertência, multa ou suspensão temporária; e, por seu turno, o inciso III do mesmo artigo 109 autoriza a interposição de pedido de

[144] Nesse sentido, ver Joel de MENEZES NIEBUHR (2015(A), p. 1.124).

reconsideração, em prazo de 10 (dez) dias úteis, contra a decisão que declarar o contratado inidôneo.

2.3. Síntese Parcial do Capítulo

Em revisão ao regime jurídico das sanções contratuais, encontra-se uma zona de penumbra no que toca à legitimação da atividade sancionatória exercida pela administração pública. Esta zona de penumbra decore da porosidade e falta de densidade do regime jurídico-normativo ante os pressupostos definidos constitucionalmente. Dito de outra forma, a Carta Fundamental esboça a necessidade de um regime alicerçado em preceitos de segurança jurídica, devido processo legal e motivação, o que não encontra correspondência nem densidade nas normas infraconstitucionais, cujo conteúdo se mostra abstrato e impreciso.

A doutrina vem encarando essa zona de penumbra como uma situação relativa ao princípio da legalidade, tanto que busca solucioná-la reivindicando a ampliação do quadro normativo sobre o tema, seja por mais leis, normas regulamentares ou especificações em editais e contratos. Os apontamentos doutrinários revelam um problema de difícil solução, sobremodo porque, a despeito de todas as impropriedades do regime jurídico, na prática as sanções são aplicadas em larga escala pela administração pública e sustentadas perante os órgãos de controle.

No entanto, parece haver um desvio na qualificação da situação. É que, em extrato dos apontamentos doutrinários, tem-se que o problema se revela no receito ao uso arbitrário da força em uma seara de ampla discricionariedade administrativa, a das sanções contratuais, ou seja, no temor à prevalência de uma lógica de autoridade quando da apuração de infrações e aplicação de sanções administrativas. Então, em verdade, o cerne daquela zona de penumbra é outro, ele recai sobre a legitimação da atividade sancionatória. É esta, em síntese, a percepção inovadora que anima a presente pesquisa.

Além disso, tem-se que a ampliação do quadro normativo não se revela como a única solução, nem talvez a mais adequada. Há muito já se consolidou a ideia de que a legitimação da atividade administração não se concretiza apenas pela moldura legislativa, ainda que ela seja indispensável. É o que ensina a clássica lição de Fábio Konder COMPARATO (1997, p. 351) quando afirma que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da

soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente", e, acrescenta-se, na preservação dos direitos e garantias fundamentais reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

Esse quadro revela, nos termos da hipótese principal da presente pesquisa, ambiente propício à intensificação do dever de proporcionalidade como dirigente da atividade sancionatória.

∴

Capítulo 3: O DEVER DE PROPORCIONALIDADE DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. O Desafio da Legitimação das Atividades Administrativas e sua Particular Relevância no Contexto Brasileiro.
3.2. O Dever de Proporcionalidade como Diretriz e Fonte de Legitimação da Administração Pública. 3.2.1. Considerações sobre a trajetória de expansão do dever de proporcionalidade no contexto europeu. 3.2.2. O ganho qualitativo a partir da Carta de Direitos Fundamentais. 3.2.3. Um conceito e a estrutura do dever de proporcionalidade como fonte de legitimação da atividade administrativa.
3.3. O Dever de Proporcionalidade no Contexto Brasileiro e sua Centralidade como Vetor da Atividade Sancionatória da Administração Pública. 3.3.1. A incidência do dever de proporcionalidade no sancionamento em contratos administrativos. 3.3.2. O desafio de legitimação é atenuado quando o ambiente contratual da administração pública é permeado pelas diretrizes de proporcionalidade.
3.3. Síntese Parcial do Capítulo.

Conforme explorado nos capítulos anteriores, os ambientes de interação estatal são permeados por forças que dirigem finalidades diversificadas. Estas forças geram pressão para que o Estado comprometa-se com a realização de fins concorrentes ou mesmo antagônicos. Ademais, este contexto está inserido em um processo de consolidação de um regime verdadeiramente democrático. A concepção de Democracia prevê que os direitos fundamentais devem estar no centro das atenções do Estado, não apenas como limites de intervenção, mas, sobretudo, como diretrizes de ação e promoção.

Entremeio àquelas pressões e contextos, a administração pública tem o dever de empregar medidas que, tanto quanto possível, mantenham equilibradas as relações e, ainda, projetem um ambiente previsível e seguro para a realização dos direitos fundamentais. E esta concepção tem ampla relevância para a

atividade sancionatória, porque esta mantém, ainda hoje, uma racionalidade atrelada aos conceitos de poder estatal como elemento central de sua justificação, formando uma zona de penumbra no que toca à legitimação do sancionamento.

Nesse contexto, o dever de proporcionalidade tem sido adotado em larga escala como ferramenta de proteção, conformação e condicionamento das intervenções estatais frente ao núcleo dos direitos fundamentais. A doutrina aborda o instituto com bastante entusiasmo, assim como os Tribunais recorrem com frequência ao conceito de proporcionalidade para a solução de demandas.

O presente capítulo dedicará esforços na compreensão do instituto da proporcionalidade e sua interação com o campo sancionador da administração pública. Para tanto, a pesquisa terá os seguintes objetivos:

(i) Compreender o desafio da legitimação da atividade administrativa no contexto brasileiro;

(ii) Explorar o conteúdo do dever de proporcionalidade a partir da experiência europeia[145], assim buscando resgatar a historicidade na consolidação do instituto e, também, captar o ganho de relevância da proporcionalidade no que toca à legitimação das atividades administrativas; e,

(iii) Investigar a incidência do dever de proporcionalidade como vetor de justificação da atividade sancionatória da administração pública, compreendendo-se os desafios de legitimação particulares do contexto nacional, seguindo-se uma análise de como a proporcionalidade pode atenuar este desafio.

[145] A esse propósito, Thiago MARRARA (2016) lembra que, “num momento em que o Brasil vive tantos desafios em matéria licitatório e o Congresso mobiliza esforços para modernizar e aprimorar o modelo de contratações públicas, o exame de experiências estrangeiras no campo das licitações ganha enorme importância”.

3.1. O Desafio da Legitimação das Atividades Administrativas e sua Particular Relevância no Contexto Brasileiro

Os movimentos do Estado têm como fonte primária o poder emanado do povo e devem, sempre, estar direcionados no sentido de sua finalidade ideológica, traduzida no bem comum, na ideia de que o governo se faz do povo e para o povo. É a partir de um elemento estático, sua composição orgânica, aliado a um elemento dinâmico, sua atuação, que o poder se faz presente no Estado. A atuação estatal se faz coerente pelo uso de sua potência organizacional, composta por sua pluralidade de órgão sistemicamente organizados, e de sua potência imperativa, compreendida nos enunciados jurídicos endereçados à sociedade e ao próprio Estado.

O desempenho das atividades administrativas depende de uma estrutura organizada, racional e hierarquizada, na qual o ordenamento jurídico despeja o complexo conjunto de competências funcionais inerentes ao exercício das atribuições administrativas. Utiliza-se a designação administração pública para referenciar este conjunto de organizações, pessoas e direitos que colocam em movimento o exercício concreto e imediato do Direito. A expressão abrange todos os poderes estatais, mesmo aqueles que exercem a função administrativa de forma secundária, assim como abarca todas as esferas de governo.

A administração pública não constitui um sujeito de direito específico, senão um conjunto de sujeitos de direitos e de órgão destinados ao desempenho da função. A atuação sinérgica de seus aspectos subjetivo (conjunto de órgãos e pessoas), objetivo (conjunto de bens e direitos) e funcional (atividade) que tornam visível a administração pública na realidade jurídica, porque ela está sustentada exatamente na concepção de ação coordenada[146].

Em sua forma dinâmica de atuação, a administração pública deve agir de maneira válida e legítima. A validade refere-se ao vínculo que a atividade administrativa mantém com a juridicidade da conduta, de forma a preservar a noção de Estado de Direito. A legitimada guarda relação com a justificação do

[146] Conforme Marçal JUSTEN FILHO (2018, p. 141).

poder estatal frente à sociedade, como meio de assegurar que “as decisões tomadas pelos agentes, órgãos e entidades administrativas estejam o mais próximo possível dos anseios do indivíduo e da sociedade” (Gustavo Henrique JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008, p. 99).

A atividade administrativa depende de um perceptivo de legitimidade, como condição de preservação do próprio senso de deferência que a sociedade tem em relação ao poder público. Ao menos em teoria, esta deveria ser a lógica de legitimação.

Porém, essa lógica de legitimação apresenta algumas patologias no cenário brasileiro. É que o Brasil foi marcado por um profundo fenômeno de patrimonialismo, consistente na confusão absoluta entre o patrimônio público e o privado, que arrasta efeitos até os dias atuais.

Melhor que ninguém, Raymundo FAORO (1977) buscou compreender a presença marcante de traços do patrimonialismo na estrutura funcional do poder estatal brasileiro. Em sua célebre obra Os Donos do Poder, o autor demonstra que o poder estatal se exerce de acordo com o foco de visão dos poucos privilegiados, normalmente identificados nas famílias detentoras de significativo poder econômico. Daí a concepção tendente a confundir a organização burocrática da administração pública com o poder patrimonial, que permite a formação do denominado estamento burocrático imutável em sua essência[147].

A partir de sua análise histórica, o autor demonstra como as mesmas famílias que detinham o poder desde o período imperialista, ainda mantêm sob seu domínio a titularidade das prerrogativas estatais, observando as ramificações deste continuísmo nos diversos continentes. Tal qual sua lógica sucessória que garante a entrega de pai para filho, d’além o conceito patrimonial de gestão do poder se transferiu do império para colônia brasileira. Dito pelo autor:

> O mercantilismo empírico português, herdado pelo Estado brasileiro, fixou-se num ponto fundamental, inseparável de seu conteúdo doutrinário, disperso em correntes, facções e escolas. Este ponto,

[147] Para Raymundo FAORO (1977) é a utilização de estruturas burocráticas retrógradas que caracteriza a organização patrimonialista do Estado, onde o domínio é exercido através do respeito devido pelos súditos à aristocracia (p. 84). A burocracia coloca-se como uma composição organizacional voltada à apropriação de cargos, ao aumento do número de servidores e ao inchamento da multidão de “pensionistas” e dependentes do Estado, sem preocupação com as esferas de competências. Serve para garantir a sobrevivência desta estratificação administrativa, o estamento burocrático (p. 152).

> claramente emergente da tradição medieval, apurado em especial pela monarquia lusitana, acentua o papel diretor, interventor e participante do Estado na atividade econômica. O Estado organiza o comercio, incrementa a indústria, assegura a apropriação da terra, estabiliza preços, determina salários, tudo para o enriquecimento da nação e o proveito do grupo que a dirige.148

A sucessão do poder ocorre nos ambientes de paredes opacas, por quem ali adentrou. É retro-sustentável, o que permite sua perpetuação. A posição prevalente do Estado é usada para garantir o ciclo interno de sucessão do poder, assim como para transparecer conforto aos que veem a estrutura organizada e imponente nas sólidas bases da administração pública. Todavia, reafirma uma cultura, já enraizada, de caráter institucional que remete ao modelo patrimonialista de gestão do poder.

Esses resquícios históricos sempre se fizeram presentes no desenvolvimento e estruturação da dogmática administrativa. A construção do espaço público de interações perpassa pelo constante conflito entre detentores e titulares do poder. É fruto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade. Este contraste evolutivo entre, de um lado, a visão utópica de construção dogmática calcada na realização do bem comum e, noutro ângulo, a percepção de um instinto maquiavélico de preservação do poder, é bem evidenciada na ideia de que a evolução histórica da disciplina ocorre pela sucessão de impulsos contraditórios[149].

É o que se vê nas reflexões acerca da discricionariedade administrativa, dantes compreendida como o espaço de liberdade decisória detido pelo agente administrativo. De fato, num contexto de teorias que pregam a submissão integral da função administrativa aos desígnios do legislador, a abrangência deferida pela discricionariedade pode ser vista como uma insubordinação. Porém, sob outro ângulo de visão, e existência de margens de atuação flexível pelo administrador é necessária a própria governabilidade pelo poder.

Outro impulso contraditório é o surgimento das chamadas autoridades administrativas independentes nos sistemas unitários de governo[150]. Como

---

[148] Raymundo FAORO (1977, p. 62).

[149] Conforme Paulo OTERO (2001, p. 229).

[150] Como ressalta Gustavo BINENBOJM (2008, p. 4) : “O sistema político-administrativo dominante no continente europeu e no Brasil desde o século XIX concentra no governo (presidente ou primeiro-ministro e seu gabinete), enquanto órgão superior da Administração Pública, poderes de

exemplo típico de autoridade independente, as agências reguladoras são introduzidas no contexto governamental como resposta à necessidade de aparelhar alguns setores da economia e sociedade, com mecanismos de neutralidade, profissionalismo e qualidade técnica, almejando empregar concreta eficiência à atuação administrativa. Porém, tais atividades se desenvolvem em âmbito jurídico externo da responsabilidade política da administração central, rompendo com o tradicional modelo de gestão concentrada para uma configuração policêntrica e, mais, relativiza o próprio elemento de legitimação da função administrativa.

Sob o influxo dessa acidentada afirmação da dogmática administrativa, talvez seu aspecto mais paradoxal seja a tendência de fuga para o direito privado, caracterizada pela transposição de institutos e conceitos tipicamente privados na esfera de relações administrativas. Com isso, as relações administrativas, que deveriam estar centradas no justo equilíbrio entre prerrogativas e restrições, são polarizadas para privilegiar as prerrogativas da função estatal em detrimento das restrições ao poder[151].

Nos largos passos da história, o processo de estruturação das relações no campo público vivenciou incontáveis mutações, desencadeadas pelas diversas ideologias e concepções formuladas, desde os ideais sociais às visões neoliberais. O que é irrefutável e visto a olhos nus é a sensível redução dos espaços políticos e sociais[152], através de um processo de fuga do direito público para o direito privado[153].

---

intervenção infra-administrativa sobre o conjunto amplo de órgãos e entidades sob sua chefia, respondendo politicamente perante o parlamento ou diretamente ao povo, conforme o sistema de governo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontra habilitado a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas organizativas".

[151] Sobre o tema, Jesús Gonzaléz PÉREZ (2000, p. 81, tradução livre) adverte que: "Verificado que o sistema pode ser facilmente utilizado para satisfazer interesses próprios ou do partido, para colocar os dependentes em cargos públicos, para adjudicar obras e serviços àquele que melhor se comportava, para, enfim, utilizar o aparato administrativo aos seus caprichos, não apenas se foge do direito administrativo, mas, dentro deste, se tem atenuado de tal maneira as formalidades e controles, que surgem amplos espaços para que a discricionariedade se converta em arbitrariedade".

[152] Vinícius MARINS (2005) alerta para uma crise na clássica dicotomia estabelecida entre direito público e direito privado. Segundo o diagnóstico feito pelo autor, acudido pelas lições de Sabino Cassese e Michel Miaille, a atuação do Estado vem se mostrando cada vez mais privatística, privilegiando modelos nitidamente privados de gestão nas atividades públicas, tal qual o instituto da atividade administrativa de direito privado vivenciado no ordenamento jurídico italiano. Este

O cenário que se desenha desborda numa tendência de esquiva da ideia de contenção do poder inaugurada pela tripartição de funções. Os meandros do atual espaço de interação nas relações públicas permitem interpretações tendentes a, vezes, desfigurar o signo da função administrativa, ou desvincular a gestão pública de suas finalidades, ou confundir o titular da função com o próprio poder, ou, ainda, permitir uma estrutura de continuidade.

A arquitetura da administração pública, ainda hoje, é formada por uma transparência limitada às suas primeiras camadas. Quanto mais se aprofundam nos cômodos da "casa de vidro", menos a luz penetra, tornando translucidas suas paredes, até a completa opacidade para quem assiste de fora. Ainda nos atuais dias, a função administrativa é exercida, em larga escala, nos gabinetes, salas e recintos acessíveis apenas a poucos "convidados". Guarda-se em monopólio o acesso à estrutura verdadeiramente central do poder estatal.

O diagnóstico objetivo é: o exercício desinibido da atividade administrativa afasta a administração pública de suas verdadeiras vocações, quais sejam, a execução assistida do Direito e promoção dos direitos fundamentais, e, como tal, mostra-se como verdadeira tendência de fuga ao controle da função administrativa desempenhada.

Mesmo a valorização do texto constitucional, no Brasil, encontrou meandros. Conforme adverte Gustavo BINENBOJM (2008), a constitucionalização do direito administrativo trouxe a reboque novas patologias, principalmente, a chamada constitucionalização às avessas. É o que ocorre

---

fenômeno ocorre na tentativa de empregar mais eficácia e eficiência na ação governamental, que, incapaz de transpor as barreiras de sua burocracia, deixa um espaço aberto onde se instalam instrumentos jurídicos característicos do direito comum. Mas, em tom crítico, o autor alerta para a imprudência de se deixar que tais instrumentos privados transbordem dos espaços adequados para outros setores do Estado, sob pena de permitir que os interesses das classes economicamente dominantes travistam-se de interesses públicos.

[153] Maria João ESTORNINHO (2009, pp. 67-68) tece balizada crítica quando desenha a figura do Estado esquizofrênico, marcado pela assintonia de suas funções pela perde de sua identidade. Relata a autora: "na verdade, é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenômeno, existam por vezes objetivos velados e sub-reptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de atuação, aos controles ou à responsabilidade. Na minha opinião, pode dizer-se que, ao longo dos tempos, a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase 'inocente' a uma fuga 'consciente e perversa' para o direito privado" (In: ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 67-68).

quando escapa à percepção do operador jurídico o fato de que a Carta Constitucional deve ser vista como texto de elevada magnitude e significância jurídica, resultando numa indesejável ordinarização do ordenamento constitucional.

Para o autor, a proximidade que se propõe entre o ordenamento constitucional e as relações interpessoais pode induzir à – errônea – percepção de que a Constituição pode ser vulgarmente manipulada. E não há nada mais incompatível com o ordenamento constitucional que seu reformismo crônico. Demais disso, o emprego de miudezas no texto constitucional, afora engessar o Estado, alavancará instrumentos corporativistas e casuístas ao lado de garantias e direitos verdadeiramente constitucionais.

Essa tendência de atuação desinibida ainda se mantém. Autores atuais ainda denunciam condutadas arvoradas na administração pública e seu profundo impacto na percepção de legitimidade da atividade administrativa. Ora, talvez não ao acaso que a história recente do país relata o impeachment de um presidente, as incontáveis condenações e prisões de agentes públicos e o amplo desvirtuamento de estruturas administrativas em direção a interesses privados.

O cenário de desconfiança se espraia com bastante intensidade sobre as contratações públicas [154] , sobremodo porque os esquemas de corrupção denunciados na história recente tomaram lugar, exatamente, em contratos administrativos[155]. Resultado disto é um perceptível défice de legitimação que atinge o campo das contratações públicas, o que agrava sobremaneira o desafio

---

[154] Sobre o tema, Gustavo Henrique de Carvalho SCHIEFLER (2018, p. 61) argumenta que: “A cultura da desconfiança é encampada por aqueles particulares que desconfiam das relações entre o Estado e os demais particulares. É uma desconfiança que se difunde a cada denúncia de corrupção ou de conluio. É uma desconfiança que vê com ceticismo qualquer vantagem anunciada dessa relação entre o público e privado. Essa cultura afigura-se espraiada entre muitos brasileiros, talvez a maior parte, e com o avanço das tecnologias da informação, que evidenciam esses acontecimentos, parece ter se alastrado ainda mais”.

[155] Registre-se, como exemplo, os esquemas de corrupção denunciados pela conhecida Operação Lava-Jato, nos quais a prática de suborno era sistêmica com o pagamento de propinas originadas da manipulação de contratação públicas. Segundo relata o Ministério Público Federal: “As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, entre outras irregularidades” (BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato : entenda o caso. Disponível em : <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 29 abr. 2019).

de construção de um discurso de justificação das atividades administrativas envoltas nas contratações públicas.

3.2. O Dever de Proporcionalidade como Diretriz e Fonte de Legitimação da Administração Pública

Para as considerações que seguem, antes, é importante esclarecer uma questão terminológica relacionada ao termo utilizado para designar a proporcionalidade. A forma mais difundida pela qual doutrina e jurisprudência referem-se ao instituto é por *princípio da proporcionalidade*, o que pode implicar interpretações distorcidas acerca do conteúdo do instituto, sobretudo se contrastado com a noção de regra jurídica. É que a noção de princípio recai, nos dizeres de Ingo Wolfgang SARLET e outros (2013, p. 350), "uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle de omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção".

Por outro lado, há, também, referencias pelo emprego do termo *regra da proporcionalidade*, o que carrega a noção de "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (Humberto Bergmann ÁVILA, 2013, p. 85).

Contudo, a forma como a teoria geral do direito analisa atualmente o contraste entre princípios e regras, aquelas designações terminológica podem induzir a equívocos na percepção do instituto. É que a proporcionalidade não se caracteriza por uma descrição abstrata de aplicação gradual, tal como um princípio jurídico. Nem, também, define um conteúdo determinante à conduta humana ou incidência de outras normas, a caracterizar a noção de regra.

Nesse contexto, seguindo o pensamento de Humberto Bergmann ÁVILA (1999, pp. 168-170), a proporcionalidade estabelece uma condição formal ou estruturante de interpretação e aplicação de outras normas de conteúdo. Assim, enquanto postulado normativo deduzido da estrutura do ordenamento jurídico, a

proporcionalidade se materializa num *dever*[156] de proteção e promoção do conteúdo substancial das normas jurídicas. Daí a opção, fazendo coro ao raciocínio apresentado pelo autor, pela designação como *dever de proporcionalidade* para significar o método, estruturado e formal, de aplicação do Direito incidente sobre o caso concreto, e, vocacionado à legitimação da atividade administrativa através da demonstração da adequação, necessidade e não-excesso da medida.

3.2.1. Considerações sobre a trajetória de expansão do dever de proporcionalidade no contexto europeu

Desde suas acepções originais, a proporcionalidade esteve atrelada à ideia de contenção de excessos do poder frente às liberdades individuais. Suas origens remontam ao período de justificação da coerção estatal sob a ótica das teorias contratualistas, pelas quais as liberdades originais do indivíduo devem ser preservadas ao limite das liberdades públicas, estando o Estado autorizado a impor restrições individuais como meio de satisfação do bem comum. Então, com raízes no pensamento político-filosófico do movimento iluminista, o conceito de um dever de proporcionalidade foi concebido como parâmetro de coexistência entre as liberdades individuais e suas limitações impostas pelo Estado[157].

O instituto passou a ter presença no campo jurídico no final do século XVIII, quando incorporado a dois diplomas legais: na objetiva passagem do artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no sentido de que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e efetivamente necessárias"; e, no artigo 10 do Título 17 do Código Civil Prussiano de 1794 que prescrevia à "polícia adotar

---

[156] A adoção de um conceito de dever alinha-se com a perspectiva do Garantismo Constitucional, na medida em que representa um reflexo correspondente aos diretos consagrados pelo ordenamento constitucional. A esse propósito, Luigi FERRAJOLI (2011, p. 113) leciona: "Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ela em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública".

[157] Conforme se extrai do pensamento da Immanuel KANT (*apud* Carlos Bernal PULIDO, 2015, p. 244, tradução livre): "O direito não é mais que a limitação da liberdade de uns, de tal forma que sua liberdade possa coexistir com a minha de acordo com uma lei universal".

as medidas necessárias para manter a paz pública, a segurança e a ordem". Estas disposições impulsionaram o desenvolvimento teórico em torno da noção de proporcionalidade, que passou a ser entendida como elemento de justificação da coerção estatal no sentido em que a natureza e intensidade das limitações às liberdades individuais deveriam guardar uma relação de coerência com as finalidades perseguidas pelo Estado[158].

Esses esforços teóricos coincidiram e passaram a integrar o processo de autonomização do Direito Administrativo nos diversos ordenamentos da Europa Ocidental durante o Século XIX. A ideia de proporcionalidade ganhou morada nas disciplinas administrativistas e, com elas, alastrou-se. Neste impulso, a proporcionalidade passou a ser percebida como um princípio geral do direito de polícia, servindo de alicerce para o desenvolvimento de diversos conceitos operativos do Direito Administrativo, a exemplo das noções de arbitrariedade e abuso de poder.

Ao lado do conceito de legalidade, a noção de proporcionalidade tornou-se central nos debates sobre a limitação da arbitrariedade da administração pública, que era a grande preocupação do Direito Administrativo da época[159]. Entendia-se, colhendo das lições de Otto MAYER (*apud* Carlos Bernal PULIDO, 2015, p. 246, tradução livre), que "os direitos naturais exigem que o uso do poder de polícia exercido pelo governo seja proporcional".

O dever de proporcionalidade passou a orientar as decisões do Tribunal Superior Administrativo prussiano (*Oberverwaltungsgericht*) e do Conselho de Estado francês (*Conseil D'État*) no controle sobre a compatibilidade da intervenção estatal com as finalidades públicas. A jurisprudência sedimentou um sentido de proporcionalidade atrelado à adoção de meios de intervenção menos gravosos às liberdades individuais, formando um "consenso geral sobre a ideia segundo a qual os atos de autoridade devem respeitar as liberdades inerentes aos indivíduos, e que a intensidade de todas e cada uma das limitações a ditas

---

[158] José Joaquim Gomes CANOTILHO (1998, p. 259) aponta que: "O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de direito de polícia".

[159] Conforme Raquel Denize STUMM (1995, p. 78).

liberdades deve perseguir um fim legítimo" (Carlos Bernal PULIDO, 2015, p. 246, tradução livre).

O fim da II Guerra Mundial fez emergir uma preocupação latente com a preservação das liberdades dos cidadãos e seu fortalecimento frente ao poderio estatal. Na Alemanha, a Lei Fundamental da República Federal de 1949 (*Grundgesetz Für Die Bundesrepublik Deutschland*) imprimiu um novo cenário jurídico às proteções individuais, que passaram a ser valorizadas como direitos fundamentais dos cidadãos. A Carta Constitucional ocupou-se em prescrever um sistema rígido de salvaguarda ao arbítrio legalizado, por meio de um catálogo de direitos irredutíveis e da consagração do princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo qual toda e qualquer limitação à liberdade individual deve encontrar respaldo em lei necessária e geral.

A Carta Magna alemã institui, ainda, o Tribunal Constitucional Federal (B*undesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) com competência centrada em matérias constitucionais, sobretudo a preservação da integridade da Lei Fundamental e de suas cláusulas pétreas. Em suas decisões, a Corte Constitucional passou, logo, a recorrer à noção de proporcionalidade como método de contraste entre as intervenções estatais e os direitos fundamentais[160]. Em sucessivas decisões, o Tribunal consolidou um entendimento sobre o conteúdo da proporcionalidade segundo o qual:

> O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.[161]

---

[160] Costuma-se noticiar a sentença de 11 de junho de 1958 do Tribunal Constitucional Federal, relativa ao caso das farmácias na Baviera, como o marco da constitucionalização do dever de proporcionalidade. O caso mirou a decisão do governo da Alta Baviera que proibira a instalação de uma nova farmácia em Traunrent, sob o fundamento de que não haveria demanda suficiente para a abertura de um novo estabelecimento e que implicaria em redução de 40% dos potenciais benefícios econômicos ao mercado farmacêutico da região. O farmacêutico alegou que a decisão denegatória da administração pública seria uma restrição indevida ao seu direito ao livre exercício profissional. A Corte Constitucional afirmou a proporcionalidade como critério adequado para a solução do caso e, destacando o entendimento de que a esfera de liberdades individuais só admite limitações pelos meios mais benignos, pronunciou a teoria dos níveis de intervenção estatal (conforme Carlos Bernal PULIDO, 2015, pp. 250-251).

[161] Conforme Paulo BONAVIDES (2004, pp. 409-410).

Esse capítulo da história inaugurou a abrangência constitucional do dever de proporcionalidade, colocando-o como método prevalente no controle de constitucionalidade das intervenções estatais. Além disso, a proporcionalidade ganhou conteúdo técnico e estruturado, estabelecendo-se um método rígido de proteção aos direitos fundamentais enquanto elementos nucleares da ordem jurídica.

A doutrina da proporcionalidade propagou-se ao Direito Comunitário europeu e ao Direito Constitucional em diversas outras nações, que assimilaram as formulações produzidos no campo teórico e jurisprudencial da cultura jurídica alemã.

No ambiente de intensificação do mercado comum europeu, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Justiça passaram a utilizar o dever de proporcionalidade como parâmetro de contraste entre o espaço de ação atribuído aos Estados membros e suas intervenções nas quatro liberdades fundamentais do livre comércio europeu (liberdade de circulação de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores)[162]. Dada a natureza vinculante das decisões das Cortes Comunitárias, seguiu-se a migração do dever de proporcionalidade a praticamente todos os países europeus. Conforme noticia Carlos Bernal PULIDO (2015, pp. 254-256), este processo de migração alcançou com grande intensidade os regimes constitucionais na Espanha, França, Itália, Portugal, Bélgica, Áustria, Grécia, Bulgária, Croácia, Lituânia, Eslováquia, Eslovênia, República Checa, Polónia, Estónia, Hungria e Romênia.

No Direito britânico, a incorporação do dever de proporcionalidade encontrou certa resistência em razão de uma doutrina consolidada de controle baseada na noção de razoabilidade. Os tribunais britânicos haviam solidificado, desde meados do Século XX, o princípio da irrazoabilidade manifesta (*manifest unreasonableness* ou *Wednesbury test* [163]) como critério de revisão das

---

[162] Sobre o emprego do dever de proporcionalidade no Direito Comunitário, ver Francis JACOBS (1999).

[163] O critério de aferição da razoabilidade das intervenções estatais foi firmado pela Corte de Apelação inglesa (*Her Majesty's Court of Appeal in England*) no julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, em 1948 (Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1947/1.html>. Acesso em 10 nov. 2018). O caso envolveu a condicionante imposta pelo governo de Wedbesbury de impedir que menores de 15 anos frequentassem os cinemas locais aos domingos. Em seu julgamento, a Corte firmou o teste de razoabilidade, pelo qual os juízes deveriam investigar se o ato administrativo (i) levou em conta fatores irrelevantes para sua decisão; (ii) deixou de considerar fatores que deveriam ser

intervenções estatais, percebendo uma certa incompatibilidade em relação ao método do dever de proporcionalidade. Apesar de algumas decisões judiciais esparsas com apelo ao dever de proporcionalidade, majoritariamente prevaleceu no Direito britânico a noção da irrazoabilidade manifesta até a virada do século. Após a decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Smith and Grady v. United Kingdom*, em 1999[164], a Câmara de Lordes aceitou expressamente a adoção dos critérios de proporcionalidade na revisão de casos envolvendo os direitos fundamentais reconhecidos no âmbito comunitário. Atualmente, os dois critérios convivem e discute-se meios de conformação entre ambos ou uma possível superação da noção de irrazoabilidade pelo dever de proporcionalidade[165].

Desse contexto histórico é possível perceber que o dever de proporcionalidade fixou-se como critério de controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, amplamente aceito por diversos sistemas normativos. Em sua trajetória de consolidação, a proporcionalidade teve expandida sua dimensão e conteúdo, passando de uma categoria filosófica a doutrina de controle das intervenções estatais; e, ainda, ganhando tecnicidade na construção de uma metodologia neutra e potencialmente racional na proteção dos direitos fundamentais. Sempre muito conectada ao exercício do controle das atividades administrativas.

A construção teórica da proporcionalidade opera conceitos voláteis, todavia mantém, em relação à sua funcionalidade, um método constante e sem variações de incidência de seus critérios. Essas características lhe conferem vocação para

---

apreciados para a decisão; e, (iii) veicula determinação tão insensata que nenhuma autoridade razoável assim consideraria.

[164] Jeanette Smith e Graeme Grady eram militares das forças armadas inglesas e foram dispensados logo após reveladas suas orientações homossexuais. No julgamento pela Alta Corte de Justiça britânica, considerou-se aplicável a noção de razoabilidade e, julgando que a decisão do Ministério da Defesa não seria ultrajantemente contrária à lógica ou aos padrões morais aceitos, o pedido de reincorporação foi indeferido. O caso foi submetido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cuja decisão assentou que o critério da razoabilidade não seria suficiente para aferir se as restrições aos direitos individuais responderiam a uma demanda coletiva urgente e, principalmente, seriam proporcionais aos fins legítimos perseguidos. (Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":["696285"],"itemid":["001-58408"]}>. Acesso em: 10 nov. 2018).

[165] Sobre a relação entre os critérios de irrazoabilidade e de proporcionalidade, ver Veena SRIRANGAM (2016).

que, em termos à sua aplicabilidade, a proporcionalidade integre sistemas jurídicos distintos e adapte-se à áreas e disciplinas variadas. Percebendo estas características, David BEATTY (2004, p. 171) define a proporcionalidade como expressão máxima do Estado Democrático e a regra de ouro do Direito.

3.2.2. Um conceito e a estrutura do dever de proporcionalidade como fonte de legitimação da atividade administrativa

O dever de proporcionalidade constitui um método de tutela dos direitos fundamentais frente às intervenções estatais. Seu conteúdo é normativamente neutro em relação ao contexto fático. Sua aplicação pressupõe uma estrutura trifásica de incidência ordenada e destinada à aferição da adequação, necessidade e ponderação dos meios empregados para o atingimento de determinados fins.

Estabelece um *método* porque prescreve condições pelas quais as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas. O ordenamento jurídico compõe uma rede de direitos que dirigem finalidades distintas, as quais concorrem entre si e podem, até mesmo, apresentar sentidos antagônicos. A proporcionalidade permite uma técnica de ponderação dialética para avaliar o meio que melhor viabilize a conjugação das finalidades atreladas ao caso concreto.

Seria possível exemplificar dois cenários. O primeiro no qual a limitação orçamentária do Estado impede a implantação simultânea de todas as vagas no ensino básico e todos os leitos hospitalares demandados pela população local. Neste cenário, promover o acesso à educação e saúde são finalidade legítimas, devem ser perseguidas incansavelmente e sem abandonos, mas que concorrem pelas verbas orçamentárias limitadas. O segundo no qual uma presidiária foi vítima de estupro carcerário e engravidou, porém nega-se a autorizar a colheita de material genético para que o Estado possa avançar com a identificação do autor do delito no processo punitivo. A preservação da integridade física e o dever de responsabilização criminal são designíos prescritos pelo direito, mas que se apresentam em rota de colisão.

Ainda que revelem circunstâncias bastante distintas, o ponto comum entre aqueles exemplos é que qualquer solução implicará alguma medida de restrição a

um ou mais direitos legítimos. As restrições serão em maior ou menor grau a depender dos meios empregados. Então, parece óbvio dizer, mas suas soluções não podem ser atribuídas ao improviso, tampouco serem conduzidas por um senso de simples conveniência. Daí que, a partir do dever de proporcionalidade tem-se um método que permite aferir e ponderar qual meio utilizado representará alguma medida legitimada de restrição.

O dever de proporcionalidade possui conteúdo normativamente *neutro* porque circunscrito a um método de efetivação do Direito. A estrutura normativa do dever de proporcionalidade não prescreve a medida acerca da intensidade do excesso, da conformação possível ou dos meios positivos de realização dos direitos. Apenas diante do caso concreto é que estas métricas se definem para apurar se eventual intervenção estatal se operou de forma excessiva ou ponderada em razão de determinado bem jurídico, por exemplo a liberdade ou propriedade. A incidência do dever de proporcionalidade apenas se completa em contato com o conteúdo de outra norma jurídica de natureza substantiva.

Os valores considerados no método de proporcionalidade advêm das normas protetivas de direitos e das circunstâncias do caso concreto. O dever de proporcionalidade nada diz sobre o valor atribuído a um determinado direito, é neutro em relação a ele. Tanto é assim que a incidência do dever de proporcionalidade pode implicar soluções distintas mesmo quando contrastados os mesmos direitos. Por exemplo, a desapropriação para o assentamento de famílias desabrigadas ou a invasão de uma propriedade produtiva por integrantes de movimento social, são hipóteses em que afloram os direitos à propriedade e à moradia digna. Se apreciados pela perspectiva da proporcionalidade, tais exemplos teriam, provavelmente, soluções distintas em relação ao resultado que prevaleceria.

A proporcionalidade pressupõe o contato com as normas substanciais e com as circunstâncias do caso concreto para que se complete. Porque das normas jurídicas é que se deduzem os fins perseguidos e os valores atribuídos aos respectivos direitos. E, do caso concreto se extraem os meios viáveis e as limitações implicadas. Então, o dever de proporcionalidade não imprime nenhum valor *a priori* em sua aplicação, mas apenas pondera os conteúdos deduzidos do caso concreto.

O dever de proporcionalidade possui estrutura *trifásica*, que o divide em três subcritérios de análise: adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito)[166]. A incidência destes subcritérios decorre de uma coerência lógica do método da proporcionalidade, pela qual primeiro identificam-se os meios e fins envolvidos, seguindo-se da análise dos impactos que a intervenção estatal pode gerar e, por fim, contrastando a intensidade da restrição com a relevância do direito atingido[167].

O subcritério da adequação implica analisar quais meios de atuação são capazes de fomentar ou alcançar os fins perseguidos pela norma substancial. Uma determinada ação será considerada adequada se e quando os meios por ela empregadas forem capazes de alcançar as finalidades legítimas para as quais estão direcionadas, por exemplo, a implantação de ciclovias com o intuito de fomentar a redução do número de veículos em circulação. Por outro lado, será considerada inadequada a medida que não guarde coerência com a finalidade anunciada, por exemplo, a proibição que mulheres dirijam a pretexto de reduzir os índices de acidentes.

O subcritério da necessidade exige a identificação do meio que implique a menor restrição possível a direitos para o atingimento das finalidades perseguidas[168]. Ou seja, “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja” (Paulo BONAVIDES, 2004, p. 397). Este subcritério exige um exame comparativo entre a intervenção e suas alternativas possíveis em relação aos impactos nas esferas de direitos dos envolvidos. Logo, uma determinada intervenção será considerada desnecessária quando houver uma medida que gere com a mesma eficiência o resultado, mas, com menor impacto restritivo. Por exemplo, a cassação do alvará de funcionamento de uma fábrica para prevenir a emissão de poluentes, quando o

---

[166] Conforme anota Virgílio Afonso da SILVA (2002, p. 35), há na doutrina autores que defendem a incidência apenas dos critérios da adequação e da necessidade e excluem o critério da ponderação; e, também, autores que adicionam a análise sobre a legitimidade dos fins perseguidos como critério antecedente aos demais.

[167] Conforme Martin BOROWSKI (2003, p. 130).

[168] Conforme anota Almiro do COUTO E SILVA (Raquel Denize STUMM, 1995, prefácio) acerca da necessidade: “não é por acaso que a frase célebre, que mais expressivamente a caracteriza, a que afirma que não se deve usar canhões para matar pardais, é de um grande administrativista deste século, Waler Jellinek”.

mesmo objetivo poderia ser alcançado com a determinação de instalação de um sistema de tratamento.

O subcritério da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) prescreve um sopesamento entre a intensidade da restrição imposta e a importância dos direitos fundamentais atingidos no caso concreto. A ponderação perpassa pelo cotejo para aferir se o peso das razões que motivam a intervenção constitui justificativa bastante para a limitação imposta ao direito[169]. Num exemplo extremo, imagine ato que declare a perda da nacionalidade e expulsão, na forma da Lei Federal n. 13.445/17, de todos os brasileiros sem emprego formal como meio de extinção do desemprego no país. A medida pode ser considerada adequada, porque promove o objetivo almejado; e, necessária, porque, embora existam outras medidas alternativas, nenhuma outra opção atingiria com a mesma eficácia a empregabilidade plena. Porém, é evidente que a medida beira o absurdo, uma vez que restringe com tamanha intensidade os direitos de cidadania e dignidade que sua prática se revela insensata e desarrazoada. A ponderação é elemento dialético da proporcionalidade, envolve avaliar se a implementação da restrição não caracterizaria prejuízos maiores que a sua não adoção[170].

Essa estrutura trifásica permite compreender o caráter ordenado e subsidiário de incidência dos subcritérios. Primeiro, é necessário que seja respeita a ordem de aferição acerca da adequação, seguida da necessidade e ultimada com a ponderação. Uma eventual alternância tenderia a distorcer os resultados. Segundo, a aferição da proporcionalidade pode esgotar-se com um ou dois critérios, porque se houver resposta negativa a um teste, não há necessidade de se aferir os demais aspectos. Significa dizer que “a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é

---

[169] Martin BOROWSKI (2003, p. 131, tradução livre) argumenta que a proporcionalidade em sentido estrito “exige ultimar uma ponderação de bens entre a gravidade ou intensidade da intervenção no direito fundamental, de um lado, e, de outro, o peso das razões que a justificam”.

[170] Virgílio Afonso da SILVA (2002, p. 40) anota a posição divergente de Robert ALEXY, para quem a proporcionalidade em sentido estrito pode ser aferida em uma escala de graus quanto à restrição da intervenção e quanto à importância do direito, que variam entre pequeno, médio ou alto. Assim, para o autor, quando a restrição for em grau maior que a importância da realização do direito, então a medida será desproporcional. Neste raciocínio, não seria essencial o conceito de não realização do direito para a análise.

imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade" (Virgílio Afonso da SILVA, 2002, p.35).

Por fim, o dever de proporcionalidade implica um método de *tutela dos direitos fundamentais* em três dimensões: protetiva, conformadora e condicionante. A condição protetiva se expressa em sentido negativo e de proibição a intervenções que não se revistam de suficientes justificativas e, portanto, impliquem excessiva restrição a direitos legítimos. A condição conformadora revela-se por instrumento de interpolação de intensidades entre a restrição derivada de uma intervenção e a garantia de realização de um direito fundamental. E, o aspecto condicionante traduz um sentido positivo a exigir das intervenções estatais um viés afirmativo à realização e promoção de finalidades centradas nos direitos fundamentais.

Nesse contexto, conforme leciona Humberto Bergmann ÁVILA (1999, p. 172), a aplicação do dever de proporcionalidade pressupõe situação concreta na qual exista a concorrência de direitos que exigem realização pela intervenção estatal. Pressupõe, também, a existência de uma relação dos meios e fins atrelados à intervenção estatal, para a qual os subcritérios de proporcionalidade servirão de vetores para orientar a melhor realização possível dos direitos garantidos.

A proporcionalidade não se resume a um critério de exclusão que determine a escolhe de um direito em detrimento de outro. Ao contrário, sua aplicação prospecta a realização de todos os interesses colidentes no máximo grau possível, admitindo que restrições sejam impostas,mas com intensidades variáveis. Sua incidência tende ao campo de uma efetividade normativa positiva dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

3.2.3. O ganho qualitativo a partir da Carta de Direitos Fundamentais

O dever de proporcionalidade espraiou-se com tamanha rapidez e distância, que David KUMM (2004, p. 595) qualifica este processo de consolidação como a expansão jurídica mais bem sucedida do Século XX. Ainda que se possam

deduzir dificuldades na transposição de métodos constitucionais[171], fato é que durante o século passado o dever de proporcionalidade consolidou-se como o método preponderante no controle de constitucionalidade frente aos direitos fundamentais, ao ponto de ser qualificado como critério universal. Neste sentido, Robert ALEXY (2002, p. 74) afirma que a proporcionalidade constitui uma máxima inevitável aos juízos na análise entre os direitos fundamentais e suas limitações. Aharon BARAK (2012, p. 3) sustenta que qualquer limitação de direitos fundamentais apenas pode se justificar por meio de uma análise de proporcionalidade, não havendo outro conceito que melhor sirva para tal finalidade[172].

Mas o verdadeiro ganho qualitativo da doutrina da proporcionalidade é mais recente. A noção de parâmetros de ponderação passou a ser compreendida não apenas como medida de proteção negativa, em matéria de controle, mas também como indicativa de atuação estatal, como condicionante de ação. Esta construção edificou-se sobre a premissa de que o âmbito de proteção dos bens, valores e interesses constitucionais devem ir além do simples controle, assumindo uma posição prospectiva na atividade administrativa[173]. Refere-se à sua expansão para uma dimensão aplicada à administração pública, servindo, a um só tempo, como critério de condicionamento da discricionariedade e como impulso à adoção de medidas propositivas de realização dos direitos fundamentais.

Esse contexto de incidência qualificada do dever de proporcionalidade ganhou destaque com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada em Nice no ano de 2000. O diploma afirma o compromisso comunitário com os valores da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da cidadania e da justiça, sustentados nos pilares da Democracia e do Estado de Direito. Disto, enumera um vasto elenco de direito e liberdades

---

[171] Para um aprofundamento sobre a transposição de institutos jurídicos entre regimes constitucionais, ver Vlad PERJU (2012).

[172] Em sentido contrário, há na doutrina oposições ao dever de proporcionalidade sob o argumento de que sua incidência tenderia a enfraquecer o conteúdo dos direitos fundamentais. Neste sentido, Stavros TSAKYRAKIS (2009, p. 468) afirma que a proporcionalidade representa um método equivocado de busca por precisão e objetividade, um vez que sugere aos juízes concentrarem-se em questões morais subjacentes às disputas. Jürgen HABERMAS (1996, p. 254) sustenta que os critérios de proporcionalidade fragilizam a firmeza dos direitos fundamentais, na medida em admite situações em que eles devam ceder a outros interesses protegidos.

[173] Sobre a distinção entre as dimensões de controle e de ação, ver José Joaquim Gomes CANOTILHO (1986, p. 353).

consideradas indivisíveis e universais. Em suas disposições gerais, o diploma faz a seguinte referência ao dever de proporcionalidade em relação ao âmbito de incidência dos direitos fundamentais:

> Artigo 52º
>
> Âmbito dos direitos garantidos
>
> 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.
>
> 2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.
>
> 3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

A norma estabelece a centralidade do dever de proporcionalidade em qualquer medida que implique restrições ao conteúdo essencial dos direitos reconhecidos. Com isso, o diploma amplia a abrangência na percepção da aplicabilidade da proporcionalidade, que passa a vincular “qualquer restrição”, seja gerada pelo Legislativo, Judiciário ou Executivo dos Estados membros ou mesmo por entidades comunitárias. Esta percepção foi reafirmada no Tratado de Lisboa, celebrado em 2007, ao incluir: no Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992) determinação no sentido de que “em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”; e, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Roma de 1957) disposição no sentido de que “quando os Tratados não determinem o tipo de ato a adotar, as instituições escolhê-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade”.

Tais diretrizes ampliam o campo de aplicação dos critérios de proporcionalidade, que, para além de um instrumento de controle de constitucionalidade com efeitos negativos, passa a condicionar a vontade

legislativa e a atividade administrativa, em sentido positivo, sempre em mira dos direitos fundamentais.

Veja que, enquanto critério de controle apenas, o dever de proporcionalidade representa um método de limitação e defesa contra a imposição de restrições desmedidas, que permite apenas invalidar medidas excessivamente restritivas aos direitos fundamentais (eficácia normativa negativa). Por outro lado, ao afirmar sua incidência como condicionante das prerrogativas públicas, o dever de proporcionalidade se investe de natureza prospectiva, vocacionada à ações substanciais destinadas à promoção dos direitos fundamentais (eficácia normativa positiva). Deixa, portanto, de representar um critério de negação, para assumir um papel de medida de afirmação das garantias reconhecidas.

Em referência ao tema, merece destaque a obra de Vitalino José Ferreira Prova CANAS (2016, pp. 412-435) prospectando uma feição conformadora, prévia à incidência em concreto, decorrente da incidência da noção de proibição de excesso. Tendo como pressuposto que meios e fins da norma são elementos indissociáveis, porque ambos expressados no plano normativo, o autor especifica a finalidade como os efeitos prognosticados pelo legislador no ordenamento jurídico (p.428), daí afirma a ideia de que a conformação do fim repousa em campo valorativo prévio, de predefinição de conceitos para aproximá-los de vocação de aplicação concreta proporcional. Em síntese de sua prospecção científica, o autor argumento que:

> Mesmo não estando em causa simplesmente uma relação entre meios e fins, a aplicabilidade da proibição do excesso pressupõe que esteja previamente delimitado o fim da norma legislativa e que esse fim se distinga do meio.
>
> [...]
>
> Na fase da conformação do fim são pré-definidas variáveis essenciais para a aplicação da proibição do excesso pelo legislador e, posteriormente, para o controlo pelo juiz constitucional. Começam a ser delineadas algumas das variáveis (importância do fim e intensidade da satisfação visada) que pré-estruturam a aplicação do princípio da proibição do excesso, quer no tocante ao desenho do meio (os efeitos jurídicos da norma), quer no controlo desse meio.
>
> Pôr em relevo que nesta fase se cumpre uma função de pré-estruturação ou pré-configuração da aplicação dos vários segmentos do princípio contraria a opção, muito comum, de sobrecarga de segmentos da proibição do excesso, designadamente o da proporcionalidade. Há questões, tratadas por um setor da doutrina a

> propósito deste segmento, que podem e devem ser tratados no contexto da conformação do fim. Não ter a consciência disto provoca dificuldades metodológicas sérias: a maioria dos autores dedica boa parte do seu esforço a ilustrar a estrutura da ponderação realizada pelo legislador ou pelo juiz constitucional em sede de proporcionalidade e.s.e., em alguns casos com fórmulas matemáticas crescentemente complexas, sem dar qualquer relevo à ponderação efetuada logo a propósito da conformação do fim, onde se lançam os alicerces para a aplicação da proibição do excesso. Isso implica que algumas das premissas usadas no contexto dos vários segmentos da proibição do excesso, particularmente no da proporcionalidade e.s.e., pareçam surgir "do nada", penduradas no vazio metodológico, quando, na verdade, a sua raiz remonta às operações de conformação do fim.

Com essa prospecção, o autor confirma sua hipótese de pesquisa no sentido de que a vedação a exceções, ou proporcionalidade, serve como veículos de valores substantivos do Estado de Direito e que, "enquanto norma de ação, mas também enquanto norma de controlo, o princípio da proibição do excesso é um veículo de racionalização, objetivação e transparência da deliberação prática" (p. 6). A ideia de conformação ao fim é delineada a partir da sistemática de conformação legislativa em relação ao controle de constitucionalidade, pela qual se permite definir *a priori* o conteúdo e significado a serem percebidos para a adequada aplicação da norma.

Nesse contexto, o ganho qualitativo atribuído ao dever de proporcionalidade refere-se à ampliação de seu espectro de incidência no campo de ação do Estado que lhe confere feição dúplice: conformadora prévia dos valores e conceitos prognosticados pela norma jurídica em seu sentido finalístico; e, diretriz concreta de aferição da adequação, necessidade e ponderação no emprego da norma na deliberação concreta.

A atribuição de um dever de proporcionalidade aplicado à atividade administrativa imprime a noção de que a administração pública não se reconduz apenas à lei como fundamento de sua justificação. E mais, conforme leciona Luíz Filipe Colaço ANTUNES (2002, p. 540), adicionar uma dimensão de proporcionalidade significar dizer que, agora, o interesse público deixa de ser o protagonista único da atividade administrativa, dado que outros fatores também passam a ser chamados a participar dos processos decisórios.

3.3. O Dever de Proporcionalidade no Contexto Brasileiro e sua Centralidade como Vetor da Atividade Sancionatória da Administração Pública

Nas duas últimas décadas, a cultura jurídica brasileira tem demonstrado ampla aceitação ao dever de proporcionalidade como instrumento integrante do ordenamento jurídico. Doutrina e jurisprudência nacional constantemente abordam o instituto nas mais variadas temáticas.

Há um grande esforço para identificação do fundamento positivo do dever de proporcionalidade no ordenamento pátrio. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal apresenta precedentes conectando a proporcionalidade à ideia de devido processo legal substancial[174]. Ainda, a doutrina se apresenta dividida[175]: uma parcela assenta o instituto sobre um denominado princípio do Estado de Direito; outra parte o extrai como uma derivação do conjunto de garantias previstas no texto constitucional; ainda, outros autores o identificam no texto do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Divergências deixadas de lado, o que importa é que há consenso sobre a incidência do dever de proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro[176].

A incidência do dever de proporcionalidade no contexto brasileiro tem enfrentado duas realidades: uma na doutrina e academia em que tem encontrando um enorme esforço de compreensão técnica e teórica sobre o assunto; outra no campo prático em que o instituto é aplicado, não raras vezes, de maneira incoerente ao seu conteúdo, deixando de lado a tecnicidade de sua estrutura. Quanto a esta dimensão prática, Virgílio Afonso da SILVA (2002, pp. 30-34) aponta que o Supremo Tribunal Federal vem formando uma linha de

---

[174] Nesse sentido, ver Recurso Extraordinário n. 1.016.804/SP (AgR), Primeira Turma, julgado em 20/02/2018; e, Agravo de Instrumento n. 1.099.138/SP (AgR), Segunda Turma, julgado em 23/03/2018.

[175] Nesse sentido, ver por todos Humberto Bergmann ÁVILA (1998, p. 171) e Virgílio Afonso da SILVA (2002, pp. 43-44).

[176] Acerca do tema, Humberto Bergmann ÁVILA (1999, p. 172) argumenta que: “Todo o exposto demonstra, ainda, a inutilidade da indagação sobre o surgimento do dever de proporcionalidade e sobre a sua aplicação nesse ou naquele ramo do Direito ou mesmo no direito brasileiro. Onde houver proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionem e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá campo aplicativo para o dever de proporcionalidade”.

precedentes em que a proporcionalidade é utilizada como simples recurso hermenêutico, sem que o Tribunal se mostre "disposto a aplica-la de forma estruturada".

Essa dimensão prática vem tomando, também, a atividade administrativa, muito como uma derivação lógica de sua utilização pelos órgãos de controle. Ciente de que seus atos serão apreciados sob a perspectiva da proporcionalidade, a administração passa a utilizar deste instituto para anteceder suas razões de justificação. E, enquanto instrumento de justificação, a proporcionalidade dialoga com o desafio de legitimação da atividade administrativa.

3.3.1. A incidência do dever de proporcionalidade no sancionamento em contratos administrativos

A incidência do dever de proporcionalidade nas sanções contratuais é afirmação corriqueira na doutrina e na jurisprudência[177], que ganha força com a disciplina trazida pelo § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente".

O sancionamento pela administração pública é, antes de tudo, o exercício de uma competência jurídica que se exterioriza em ambiente multidisciplinar. A atividade sancionatória não se deve isolar. O problema está no fato de que o

[177] Costuma-se noticiar precedente do Superior Tribunal de Justiça com a seguinte decisão: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. [...] 2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade" (STJ: Recurso Especial n. 914.087/RJ. Relator Ministro José Delgado. Publicado no DJ em 29/10/2007).

isolamento da atividade sancionatória em um quadrante específico contraria a natureza da função administrativa. É que o Estado se direciona, cada vez mais, para implementar ações globais, com a crescente tendência em agir de forma contextualizada em relação aos seus programas e agendas. A vocação natural do exercício funcional do Estado se orienta para a realização encadeada de atos e proposições capazes de, a um só tempo, atingir uma pluralidade de interesses e realizar em maior grau os valores fundamentais da sociedade.

Nesse panorama, as capacidades exorbitantes são outorgadas à administração pública, unicamente, para que ela defenda e persiga a realização de direitos fundamentais da sociedade como um todo. O conjunto de competências jurídicas confiadas à estrutura orgânica do Estado serve de instrumento para realização dos fins protegidos pelo Direito. Não é dado à administração pública usufruir das prerrogativas para a satisfação de vontades individuais e privadas. Os privilégios situam-se em relação aos meios que serão empregados na atuação administrativa, já no que concerne aos fins perseguidos, porém, as prerrogativas da administração pública são extremamente reduzidas ou até mesmo inexistentes.

No que concerne aos contratos administrativos, o ponto de convergência é a remissão à noção de supremacia do interesse público como fonte mediata da extraordinária capacidade sancionatória da administração pública.

O raciocínio é que a administração pública tem em perspectiva a fiel execução do objeto contratado a cargo do particular e, consequentemente, este vínculo de confiança gera a expectativa de satisfação de interesses públicos. A falha atribuída ao contratado,quer pela execução desconforme ou pela inexecução do contrato, frustra as legítimas perspectivas da administração pública e tem o potencial de ferir os interesses públicos subjacentes à contratação. Daí a consequente imputação e responsabilização ao particular faltoso por meio da sanção administrativa.

A capacidade sancionatória qualifica-se como exorbitante, a ponto de lhe distinguir das relações privadas, em função de dois aspectos: o primeiro refere-se à autonomia da administração pública aplicar, *per se*, as sanções que lhe são

municiadas pelo ordenamento; e, o segundo revela-se na qualidade e conteúdo das sanções em espécie[178].

Contudo, insista-se que o poder administrativo atua por meio do Direito, encarregado de outorgar direitos públicos, reconhecer liberdades públicas e, ao mesmo tempo, controlar o exercício da força em razão dos fins que lhe são atribuídos. A extensão do poder está circundada pelos limites que o Direito lhe impõe. A liberdade de ação estatal e as garantias individuais que o Direito estabelece atuam reciprocamente como fonte e limites de seus respectivos exercícios. Toda atuação estatal está inexoravelmente empenhada em relação ao fim que o interesse público almeja, traduzido em última instância no bem comum.

E é por isso que, apoiando-se nas lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2014, p. 113):

> [...] as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Em reforço, sabe-se que aos contratos administrativos são aplicadas de forma supletiva as disposições do direito privado, na forma do artigo 54 da Lei Federal n. 8.666/93. E, notadamente em relação às cláusulas penais de contratos, o artigo 413 do Código Cível dispõe que “a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Isto significa que o ordenamento jurídico

[178] Roberto Ribeiro BAZILLI (1996, p. 28) ressalta que: “Nos contratos sujeitos ao Direito Comum, as sanções estipuladas podem ser cumpridas espontaneamente ou exigidas através do Poder Judiciário. Uma parte, contudo, não tem condições de exigir diretamente da outra o cumprimento de penalidade contratualmente estipulada. Nos contratos administrativos, porém, a Administração tem a faculdade de aplicar diretamente à parte contrária – o contratado – as sanções legais e/ou contratualmente previstas. É uma situação de privilégio reconhecida à Administração na relação contratual”.

prioriza a proporcionalidade na aplicação de sanções, ainda que lastreadas em contrato.

Para além disso, as sanções administrativas não são um fim em si mesmas, estão atreladas às finalidades públicas perseguidas pelo Estado. Logo, não devem implicar agravamentos excessivos e desproporcionais ao particular se o interesse público assim não o demandar. Para ilustrar o raciocínio, um viés bastante difundido da proporcionalidade em sanções contratuais diz respeito às multas com caráter confiscatório. Como preconiza Sacha Calmon de Navarro COELHO (1992, pp. 64-67), "não podem as multas chegar ao confisco", pois "uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco"[179].

Esse contexto reforça a indicação de que a atividade sancionatória seja conduzida considerando aspectos intrínsecos ao caso concreto, nomeadamente a natureza e gravidade da infração cometida. Além dessas circunstâncias casuísticas, aspectos relacionados ao elemento subjetivo da conduta também devem importar, sobretudo para definição da abrangência de responsabilidade do particular contratado[180]. Tais requisitos devem servir de ponto de partida para que a administração pública avalie a pertinência e dosimetria da sanção.

Outro aspecto que ressalta importante diz respeito ao grau de (des)atendimento contratual. O cumprimento das obrigações entabuladas contratualmente próximo ao perfeito pode ser aspecto relevante a inibir a pretensão sancionatória da administração pública. É o que decorre da teoria do adimplemento substancial, aplicável de forma subsidiária aos contratos

---

[179] Sobre a incompatibilidade da responsabilização objetiva aos processos sancionatórios da administração pública, ver Yahn Rainer Gnecco Marinho da COSTA (2019, pp. 247-248).

[180] Ainda sobre o tema, Paulo César Baria de CASTILHO (2002, p. 133) chegou a essa mesma conclusão: "Embora a multa não seja tributo (art. 3º do CTN), tanto a moratória, quanto aquela por sonegação, também pode ser confiscatória quando extrapola os limites da razoabilidade e desvirtua sua finalidade, uma vez que nossa Carta Política de 1988 veda tanto o confisco tributário (art. 150, inc. IV), quanto o confisco de forma geral (art. 5º, inc. XXII, e art. 170, inc. II). [...] uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Este só poderá se efetivar se e quando atuante a sua hipótese de incidência e exige todo um processo. A aplicação de uma medida de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa. Quando esta é tal que agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto e, por isso, é inconstitucional".

administrativos por força do artigo 54 da Lei Federal n. 8.666/93[181]. No âmbito de controle judicial, a orientação que prevalece é de evitar que pequenas inconformidades influenciem na manutenção do todo contratual, repelindo-se o uso desequilibrado do direito por parte do credor, com vistas à realização dos princípios da proporcionalidade e da boa-fé[182].

3.3.2. O desafio de legitimação é atenuado quando o ambiente contratual da administração pública é permeado pelas diretrizes de proporcionalidade

Conforme anotado anteriormente, a administração pública dispõe de amplas margens de discricionariedade em relação aos contratos que celebra, sobretudo em razão do regime das prerrogativas exorbitantes. Estes poderes são próprios do regime de Direito Público e estão distribuídos pelo ordenamento jurídico. Para compreender esta sistemática, parece prudente revisitar alguns conceitos inerentes à atuação administrativa.

Pois bem, na composição do Estado de Direito, a norma jurídica pode esgotar todas as condições da atividade administrativa, ou remeter tais condições à interpretação e apreciação pelo titular da atividade pública. A distinção das formas de atribuição legal dos poderes administrativos corresponde aos conceitos de vinculação e discricionariedade.

Nas atividades vinculadas, a norma jurídica constrói todas as especificações necessárias ao desempenho da atividade administrativa, inclusive seu conteúdo, devendo o administrador ater-se à solução narrada pela norma e

---

[181] Sobre o tema, Cristiano Chaves de FARIAS (2010, p. 466), leciona que: "É o que no direito inglês é cunhado como *substancial performance*. ARAKEN DE ASSIS descreve que "a hipótese de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado de insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado. O juiz avaliará a existência ou não da utilidade na prestação, segundo determina o art. 395, parágrafo único, do CC-02. É bastante natural que, em alguns casos, se repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constantes do contrato. Para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir-se entre as atribuições do magistrado a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação jurídico-econômica pelo fato do insignificante descumprimento da avença".

[182] A título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 877.965/SP, DJ em 01/02/12, e Recurso Especial n.1.051.270/RS, DJ em 05/09/2011.

aos requisitos indispensáveis da plena eficácia jurídica da medida prevista, sob pena de invalidade. Quando atrelado a um exercício vinculado, apenas há uma opção a ser seguida pelo agente público: a de atender integralmente o comando legal quando concretizada a hipótese fática tipificada pela lei. É dizer que devem predominar, sobre quaisquer outras condições, as especificações da norma jurídica.

Considerando que a competência, a forma e, tanto mais desejável, as finalidades da atividade administrativa material sempre devem encontrar respaldo no ordenamento jurídico, toda atividade administrativa tem um mínimo de vinculação.

Noutro vértice, naqueles casos em que a norma confia à administração pública a prerrogativa de alguma escolha, sua atividade reveste-se com poder discricionário. A discricionariedade se restringe às medidas do disposto em lei, permitindo à administração pública uma escolha dentro dos muros do ordenamento jurídico. Mesmo quando investido de prerrogativa discricionária, a atividade administrativa está adstrita, em primeiro plano, aos meios de atuação que o Direito lhe faculta e, num segundo plano, às finalidades que a lei e o interesse público pregam.

A margem de ação discricionária confiada ao agente administrativo deve ser entendida em relação aos graus de vinculação em face do ordenamento vigente. Será censurável qualquer pretensão de, nos dias atuais, empregar uma liberdade desassistida ao conceito de discricionariedade.

Isto porque, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Nesta o agente público exorbita o espaço que lhe fora confiado para utilizar de instrumentos inexistentes, errôneos ou inadequados no desempenho da atividade, ou mesmo, ignora as finalidades insculpidas na lei para seguir impulsos estranhas aos interesses públicos. O exercício regular do poder discricionário, por outro lado, pressupõe a severa obediência aos parâmetros axiológicos eleitos pelo ordenamento jurídico e, ainda, à correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e danoso ao ordenamento jurídico[183].

---

[183] José CRETELLA JÚNIOR (1997, p. 52) leciona que: “Denomina-se discrição a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela

A regra de competência discricionária não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, à interesses públicos caracterizados e à realização do ordenamento constitucional. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A finalidade é, portanto, condição obrigatória de regularidade da atividade administrativa[184].185

A discricionariedade repousa na faculdade adquirida pela administração pública para garantir os meios suficientes na realização dos fins perseguidos. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2001, pp. 61-67), inspirada nas lições de Bartolome Fiorini, alerta que seria errôneo pensar que a discricionariedade compreende campo para que o governante exerça o poder que lhe fora confiado sem qualquer espécie de controle ou forma de censura de eventuais deficiências. Ainda, continua a autora, tecendo que seria ilógico imaginar que a margem de atuação existente na atuação discricionária seja fruto de negligência legislativa, que seja produto do esquecimento do legislador.

Então, poder discricionário é a liberdade conferida em lei e assistida pelo ordenamento. É a margem de oportunidade e conveniência que o administrador possui para eleger o melhor meio de atendimento das finalidades inerentes á sua competência. Como regra, nos dizeres de Hely Lopes MEIRELLES (2007, p. 164), “a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”.

Com efeito, os locais destinados à identificação do motivo e à dosimetria do objeto constituem os lares da discricionariedade administrativa, quando admitida em lei. Conhecendo a dinâmica realidade na qual está inserida a administração pública, sendo a lei omissa, o juízo de oportunidade é imprescindível para garantir

---

norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito”.

[184] Conforme Caio TÁCITO (1997, p. 51).

[185] TÁCITO, Caio. *Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. *In*: Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). vol. 1. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 51.

a proximidade entre a norma e o fato, a providência normativa e a demanda da coletividade, atribuindo-se ao administrador poder para selecionar os fatos enquadráveis na hipótese da lei.

O juízo de oportunidade tem lugar no conteúdo do ato administrativo, expressando-se após consolidada sua conveniência. O objeto deve ser lícito e possível para a não rejeição do enunciado administrativo.

Insista-se que o uso de prerrogativas discricionárias não afasta a atividade administrativa da concepção de Estado de Direito, tampouco a imuniza do dever de obediência à juridicidade. A discricionariedade é natural do ordenamento jurídico, constitui uma faculdade conscientemente criada pelo regime de Direito Público para instrumentalizar a função administrativa. É ferramenta própria da função administrativa do Estado[186], sem a qual de um lado a administração pública teria seu papel indesejavelmente reduzido a mera reprodutora e, noutro ângulo, as casas legislativas teriam a hercúlea tarefa de esgotar todas as hipóteses de aplicação do Direito.

Todavia, o emprego de discricionariedade implica uma intensificação do dever de legitimação da atividade pública, que será tanto maior quanto for o espaço de deliberação discricionária. Ocorre que, sobre estes espaços discricionários recai enorme desconfiança da sociedade.

O desafio em superar tais desconfianças e resgatar a percepção de legitimada da atividade administrativa perpassa pelo condicionamento da discricionariedade. Se é verdade que o Estado Contemporâneo se direciona, cada vez mais, para implementar ações globais, com a crescente tendência em agir de forma contextualizada e centrada no papel dos direitos fundamentais, então pode-se deduzir que a administração pública deve protagonizar ações essencialmente dinâmicas e procedimentalizadas.

A esse respeito, Mario Esteves de OLIVEIRA *et all* (2010, pp. 105-106) ressalta que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão atrelada à proibição de excessos, deve imprimir um limite interno da discricionariedade

---

[186] Colhendo-se das lições de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2001, p. 74), o poder discricionário é o que caracteriza o exercício da função executiva pelo Estado, pois "[...] é por meio da atividade administrativa que 'se realizam atividades específicas de exercício da lei de maneira concreta, permanente, direta e imediata frente aos administrados'. É à Administração Pública que incumbe a tarefa de atender às necessidade coletivas; nessa tarefa, o poder discricionário é da mais alta relevância".

administrativa. A incidência do dever de proporcionalidade como condicionante da atividade administrativa implica não apenas preservar os interesses públicos, mas, sobretudo, consegui-los de forma orientada aos direitos fundamentais e com o uso de meios que representem a menor desvantagem possível na posição jurídica dos particulares.

A adoção de um modelo calcado em metodologia estruturada e formal, como preconiza a proporcionalidade, torna a atividade administrativa apta a condicionar sua discricionariedade em torno dos principais valores eleitos pelo ordenamento jurídico. A ideia de incidência do método inerente ao dever de proporcionalidade agrega dinâmica à concepção de função administrativa. E é esta noção que permite ao poder administrativo do Estado desempenhar o papel que hoje lhe é demandado de promotor dos direitos fundamentais.

Recorde-se que função e atividade administrativa são dois vetores de um mesmo fenômeno jurídico. São indivisíveis entre si. Esta indissolúvel amarração entre função e atividade torna-se elemento nuclear para compreensão do papel atribuído ao Estado Contemporâneo frente à sociedade, esta, sim, a verdadeira proprietária do poder emprestado àquele.

A atividade administrativa deve render-se a uma série ordenada e lógica de atuações, colocando-se em movimento através de um rito formal e predeterminado que permite avaliar contextualmente os impactos de suas decisões. A adoção de um método traz a reboque uma pluralidade de objetivos. Através dele se permite meios eficazes de controle da atividade administrativa, de forma muito semelhante ao controle que decorre da simples repartição de funções. Ainda, o procedimento enfeixa instrumentos democráticos na atuação estatal, na medida em que leva em conta todos os valores nucleares que fundamentam, em última análise, a própria coesão social.

A incidência do dever de proporcionalidade como condicionante da discricionariedade administrativa implica perceber os direitos fundamentos como elementos centrais nas finalidades públicas. Dá-se uma nova significação para a ideia de atuação finalística do Estado[187]. A atuação estatal deve sempre estar

[187] Roberto DROMI (2003, p. 112, tradução livre) ensina que: “Nesse sentido, como a finalidade é um elemento essencial do ato administrativo, por imperativo lógico e normativo, a concorrência destes valores no exercício da função administrativa é parâmetro, medida e perímetro do controle público de legitimidade como da oportunidade. Ergue-se, assim, o princípio da auto-executoriedade do ato administrativo, que se pressupõe legítimo, e, portanto, é vinculativo e

orientada na direção de atendimento da finalidade precípua prescrita pelo ordenamento constitucional, ou seja, a promoção dos direitos fundamentais. Tais finalidades encontram conteúdo nos princípios e regras da ordem constitucional.

O método de proporcionalidade também se relaciona com a processualidade administrativa, dada sua íntima relação com o exercício das funções estatais. Neste sentido, pode-se falar de uma processualidade ampla, e não apenas adstrita ao exercício do aparato jurisdicional. De fato, até bem pouco tempo, o termo "processo" incutia no ouvinte desde logo uma vinculação com o exercício da função jurisdicional exercida unicamente pelo Poder Judiciário.

Porém, a noção atual e ampliada da processualidade permite falar-se, não apenas em processo judicial, mas também num processo administrativo e legislativo, conducentes à edição de decisões administrativas e legislativas.

Sob a perspectiva da processualidade, inerente ao desempenho das atividades administrativas, decorrem laços de estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente no destaque dado à chamada instrumentalidade das formas. A atual concepção de processo apresenta o direito processual, nas clássicas lições de Cândido Rangel DINAMARCO (1986, p. 42), como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturadas para o exercício do poder em conformidade com determinadas finalidades. Desta concepção instrumental do processo, a noção de processualidade migrou para abranger cada vez mais o exercício da função administrativa.

Ainda, leciona Odete MEDAUAR (1993, p. 16) que a progressiva aproximação entre a administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. O próprio aumento da ingerência estatal tem, como contrapartida, a exigência de fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Por outro lado, exigências relacionadas à cidadania e ao caráter democrático do Estado de Direito trazem em si a ideia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial

---

exigível. Isto se traduz no valor de eficiência administrativa, que prega a satisfação concreta de uma situação subjetiva formal através dos meios apropriados".

atenção sobre os momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.

No entender de Marçal JUSTEN FILHO (2014, p. 363), a contratação pública remete à ideia de processualidade na medida em que “é uma relação jurídica, em que o procedimento se sujeita a regime jurídico especial, caracterizado pela subordinação aos princípios da ampla defesa e do contraditório”. Neste contexto é que se situa a chamada processualidade administrativa, da qual o processo administrativo, em suas múltiplas modalidades, é uma decorrência imediata.

É certo, portanto, afirmar que as atividades administrativas devem ser circunscritas à ideia de processualidade, porque representam um encontro de interesses peneirado por garantias. E, num contexto democrático, tais atividades precisam admitir serem conduzidas através de co-atuações entre o ente público e os particulares interessados. Assim porque são pressupostos necessários do processo a existência de uma série de atos praticados de forma sequencial e formal, alguns de competência da própria administração, outros de responsabilidade dos participantes e, ainda, outros que podem ser praticados conjuntamente

A ideia de processo administrativo enrobustece a justificativa lógica de incidência do dever de proporcionalidade como vetor condicionante da discricionariedade administrativa, porque implica conferir a democratização das formas e instrumentos empregados pela administração pública em suas atividades.

Esse contexto permite reconhecer que as atividades administrativas, especialmente no âmbito de suas contratações, compreendem um conjunto extremamente complexo e heterogêneo de circunstâncias, por sua vez saudável quando percebido que o dever estatal é o de disseminar ao máximo o bem comum. Permite compreender, também, que esta profícua amplitude não deve permitir subterfúgios para que, por minúcias, alguns casos escapem ou se esquivem daqueles ideais que servem de sustentação para o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, arqueado sobre os direitos fundamentais. E, ainda, permite reafirmar a inviabilidade de quaisquer exclusões em razão da formulação de conceitos ou variáveis jurídicas.

A partir da conjugação desse binômio de ideias – atividade e finalidade – é que se percebe a centralidade do dever de proporcionalidade como critério de legitimação da atividade administrativa.

O dever de proporcionalidade carrega consigo um indissolúvel vínculo com os direitos fundamentais da ordem constitucional e, com isso, tende a obstar medidas que excedam os limites do poder estatal ou que impliquem restrições desmedidas às esferas individuais. De tal modo que sua incidência implica no atenuar do desafio de legitimação, na medida em que a proporcionalidade é essencialmente vocacionada à satisfação dos valores fundamentais da sociedade.

3.3. Síntese Parcial do Capítulo

Os desafios de legitimação das atividades públicas são maiores e mais rigorosos em relação aos contratos administrativos no Brasil, porque sobre estes pairam desconfianças de ordem ética acerca de sua verdadeira ligação com as finalidades públicas. A disciplina das sanções contratuais compartilha deste mesmo rigor, porque estabelecida no âmago da relação contratual e incidente em situações de anormalidade ocasionado por conduta antijurídica e reprovável.

Esse contexto exige que a administração pública observe, em suas atividades, maior grau de retidão a valores jurídicos que assegurem a coerência de suas medidas com as finalidades públicas. Daí a incidência do dever de proporcionalidade como forma de atenuar o desafio de legitimação.

O dever de proporcionalidade tem passado por substanciais movimentos de ressignificação de seu conteúdo e ampliação de sua incidência. Em momentos mais recentes, a noção de proporcionalidade ampliou-se para ocupar espaço como premissa positiva e propositiva das atividades administrativas, com foco na consecução de finalidades públicas e preservação dos direitos e garantias fundamentais. Este movimento, que aqui se reputa como o ganho qualitativo ao tema, passou a imprimir no dever de proporcionalidade um significado vocacionada a condicionar a própria percepção da administração pública em relação aos instrumentos de sua atividade.

Partindo dessa concepção atualizada, o dever de proporcionalidade deve ser fitado, não apenas como recurso hermenêutico de motivação, mas, sobretudo e em razão de seu ganho qualitativo, como diretriz de significação de conceitos e valores adotados pela administração pública, permitindo que os critérios de atuação administrativa tenham, em sua gênese, uma propensão à produção de efeitos adequados, necessários e ponderados frente aos interesses coletivos e liberdades fundamentais.

∴

Capítulo 4: PROPOSIÇÕES DE UM MODELO FUNCIONAL-PEDAGÓGICO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

4.1. O Dilema da Cooperação Contratual: Tensão entre Eficientismo e Garantismo nas Sanções do Contrato Administrativo.
4.2. Em Continuidade: Construção de um Modelo Funcional de Sanções Contratuais. 4.2.1. Ressignificação do sentido finalístico da sanção administrativa. 4.2.2. Principais implicações do conceito de sanção funcional-pedagógica na disciplina das sanções contratuais: a) Aproximação da sanção contratual ao conteúdo do contrato administrativo; b) A noção funcional atenua o desafio de caracterização da conduta infracional e delimitação da sanção aplicável; c) A legitimação da sanção contratual pelo dever de proporcionalidade.
4.3. Apontamentos sobre o Processo Sancionatório Frente às Garantias de Contraditório e Ampla Defesa.
4.4. Síntese Parcial do Capítulo.

O Direito Administrativo Sancionador pulsa, atualmente, estímulos para sua reaproximação em torno dos primados próprios do Direito Administrativo, provocando esforços em sentido à sua autonomização em relação às formulações transpostas das ciências criminais. Estes estímulos desaguam na releitura e atualização dos fundamentos estruturantes da matéria.

Percebe-se uma convergência de formulações estabelecendo identidade e conteúdo próprios para a atividade sancionatória da administração pública, que se exteriorizam em três vetores que motivam: (i) valorizar um caráter instrumental das sanções, atribuindo-lhes uma conexão direta com a realização de finalidades públicas; (ii) expandir a atividade sancionatória a categoria material integrante do arco de estratégias de gestão pública; e, (iii) confiar à administração público a tarefa de condicionar suas forças em sentido a salvaguardar os valores dos direitos fundamentais.

Em relação às contratações públicas e sua dimensão sancionatória, os esforços doutrinários encontram um regime jurídico poroso de rarefeito, destituído de regras suficientemente claras para orientar a atuação administrativa. Vê-se nisto uma zona de penumbra que recai sobre a legitimação das sanções aplicadas pela administração pública.

Anotou-se, em paralelo, a trajetória de expansão do dever de proporcionalidade, com destaque para sua incidência no campo de ação da administrativa como vetor positivo e propositivo. O dever de proporcionalidade ganha espaço como fonte de conformação prévia dos conceitos operativos dos instrumentos empregados pela administração pública em suas atividades, sempre condicionados pela noção de interesse coletivo e garantis fundamentais.

Partindo desses aportes teóricos, o presente capítulo dedica esforços em sentido à atualização da noção de sanção em contratos administrativos. Nessa perspectiva, a temática será abordada perseguindo-se os seguintes objetivos:

(i) Aprofundar a percepção sobre as tensões geradas ao ambiente do contrato administrativo, sob o recorte de sua dimensão sancionatória, a partir do antagonismo nas concepções do eficientismo e do garantismo;

(ii) Propor a ressignificação do conceito de sanção administrativa em matéria contratual, no que toca às suas finalidades, buscando contribuir originalmente com a edificação de um modelo funcional de atividade sancionatória;

(iii) Avaliar pontuais desafios relacionados ao processo de formação da convicção acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da sanção administrativa frente às garantias de contraditório e ampla defesa.

4.1. O Dilema da Cooperação Contratual: Tensão entre Eficientismo e Garantismo nas Sanções do Contrato Administrativo

As forças que interagem na relação contratual [188] estão atreladas à trajetória de desenvolvimento do papel do Estado e do Direito; derivam da reconfiguração nos aparatos e nas funções da administração pública; e, também se mostram sucessíveis às circunstâncias do entorno. Todos estes fatores geram pressões sobre a relação contratual e desencadeiam um ambiente de tensão no contrato administrativo, sobremodo em situações limítrofes como o sancionamento.

Importa avaliar de forma pouco mais desdobrada essas circunstâncias.

Pois bem, cumpre lembrar que a expansão do Estado Social, a partir da segunda metade do século XX, seguiu-se acompanhada da ampliação do arco de encargos exigidos do poder púbico, que passa a responder por um plexo de atividades prestacionais destinadas ao atendimento de demandas sociais. Este movimento buscava, e ainda busca, superar as características eminentemente burocráticas, centralizadoras e hierarquizadas que designavam o aparato estatal do período liberal antecedente, assim também qualificar a atuação estatal em torno do desenvolvimento humano.

Essas novas responsabilidades acometidas ao Estado deram origem a processos de qualificação e reconfigurações nas organizações administrativas[189]. Promoveram-se alterações destinadas a incutir uma cultura prestacional à função

---

[188] Enrique DUSSEL (2007, p. 18) leciona que: “Todo campo político é um âmbito atravessado por forças, por sujeitos singulares com vontade e com certo poder. Essas vontades estruturam-se em universos específicos. Não são um simples agregado de indivíduos, mas sim de sujeitos intersubjetivos, relacionados desde o início em estruturas de poder ou instituições de maior ou menor permanência”. Importa esclarecer que, para o autor, campo político abrange os espaços submetidos às ações e sistemas de governo, em contraste ao campo prático das atividades individuais.

[189] Vasco Manuel Pereira da SILVA (2016, p. 74) explica que “a Administração, até então, apenas considerada como agressiva do direito dos particulares, vai ser entendida como o principal instrumento de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado. Assim, a Administração passa de agressiva a prestadora ou constitutiva, e essa sua nova função tornou-se a principal característica do Estado social, que é, necessariamente, um Estado de Administração”.

administrativa e, também, aparelhar e instrumentar a administração pública de meios capazes de suprir uma plêiade de novas finalidades e interesses.

Novos desafios emergiram para a administração pública, um dos quais, talvez o mais latente em momento inicial, foi a necessidade de ganho de eficiência em suas ações. É que, conforme anota Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009, p. 12), "a forma burocrática de organização, porque aplicada indistintamente, (...) acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação de serviços, ineficiência essa agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar".

Um sentimento de aversão ao burocratismo impulsionou o desenvolvimento de ideais centradas na aceleração da administração pública em sentido à concretização de resultados. Estes ideais pregam um modelo de administração pública gerencial, encontrando sua maior expressão teórica nas escolas do *New Public Managemente* [190], das quais se desenvolveram diversos referenciais teóricos para justificar a tomada das atividades públicas por um espírito de eficiência.

No Brasil, a noção de administração gerencial passou a integrar a agenda pública com maior ênfase desde 1995 pela adoção do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, imprimindo diretrizes para que a prestação estatal passasse a operar "muito mais eficientemente". Esta pauta ganhou força com a Emenda Constitucional n. 19/98[191], que alçou ao status constitucional o princípio da eficiência administrativa. Estes esforços do governo foram alvo de críticas e elogios da doutrina[192]. Parte dos publicitas se colocou cético aos reais valores do

---

[190] Luiz Eduardo Altenburgue de ASSIS (2018, p. 70) define que: "O *New Public Management* defendia a necessidade de dotar a gestão pública de uma racionalidade pragmática, mas flexível e focada em atingir resultados concretos, em detrimento da racionalidade puramente teórica e a rigidez procedimental que marcaram a Administração burocrática".

[191] Reitere-se, como já noticiado, que as razões que motivaram a proposição foram externadas pela Mensagem Presidencial n. 886/95 e pela exposição de motivos da emenda. Dentre suas justificações, estas sintetizam os anseios governamentais: "Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte; (...) enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos".

[192] Sobre as percepções doutrinárias sobre o plano de reforma gerencial, ver por todos Emerson GABARDO (2002, pp. 57-58).

modelo, que pareciam pregar uma noção de que os fins justificariam quaisquer meios. Outra parcela viu com entusiasmo a introdução de uma racionalidade gerencial para as atividades administrativas. Divergências a parte, o que não se deve ignorar é que aqueles esforços, que ainda perduram, vêm impactando no modelo de atuação administrativa.

Aliás, o tema tem especial relevância em relação aos contratos administrativos. É que, neste âmbito, a eficiência tem mão única, serve apenas à administração pública, ora como instrumento de suas determinações, ora como justificativa de suas prerrogativas exorbitantes. Na relação contratual, o contratado não dispõe de instrumento que possam imprimir alguma eficiência aos seus interesses legítimos[193]. A posição do contratado em relação à eficiência contratual é, em verdade, a mais frágil possível.

Em paralelo ao movimento de eficientização da administração pública, consolidaram-se ideais de constitucionalização do Direito. Esse movimento de Constitucionalismo enfatiza, enquanto sistema jurídico, o plexo de limites e de deveres impostos a todos os poderes do Estado; e, enquanto teoria do direito, a concepção de validade das leis e de legitimação das funções estatais[194].

O Constitucionalismo prega a valorização do conteúdo material da Constituição, que se expressa por meio de um núcleo de direitos irredutíveis e, portanto, fundamentais. Dizendo de outra forma, a Lei Maior é elemento essencialmente democrático e fundante da sociedade e, por tais características, veicula uma coalizão de vontades plasmadas nos direitos fundamentais e que, por isso, se colocam como limites de intervenção (atributo de “ser” da norma) e como deveres de promoção (atributo do “dever ser” da norma) para o Estado. É que, conforme leciona Alexandre Morais da ROSA (2011, p. 13), “esses Direitos

---

[193] Sobra a ausência de instrumentos efetivos em prol dos direitos dos contratos, ver Joel de MENEZES NIEBUHR (2016).

[194] Luís Roberto BARROSO (2007, pp. 20-21) leciona que: “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior”.

Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional".

Nesse cenário, as noções de validade e legitimidade das ações estatais ganham complexidade. A simples aderência à normas procedurais não mais constitui fundamento bastante de justificação do Estado. É necessário, também, que as atividades estatais se posicionem num eixo de coerência com o conteúdo material dos princípios de justiça constitucionalmente prescritos. Procura-se estabelecer uma concepção democrática de validade e legitimação do Estado.

A perspectiva do Constitucionalismo Garantista[195] sublinha a centralidade do texto constitucional como vetor axiológico máximo de criação, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. Deriva, disto, uma percepção de normatividade forte da Constituição e dos direitos fundamentais nela insertos, que passam a orientar a produção e aplicação do Direito e a imprimir uma nova dimensão de condicionamento do Estado de Direito.

Nesse modelo, regras e princípios prescrevem comandos de aplicação e respeito[196], compondo um sistema normativo que impõe ao Estado e à sociedade a obrigação de, a um só tempo, abstenção em face de garantias reconhecidas e de promoção em relação às expectativas legitimas. A ponderação (ou interpretação sistêmica) é entendida como método integrativo nos espaços decisórios permeados por interpretação jurídica, impulsionado pelo dever de proporcionalidade derivado do plexo de direitos fundamentais[197].

Sob esse prisma, importa assinalar que as sanções contratuais atingem esferas de direitos fundamentais do contratado – a propriedade na medida da

---

[195] Não se ignora a vertente do Constitucionalismo Principialista de oposição ao juspositivismo, que encontra nos pensamentos de Ronald DWORKIN, Robert ALEXY e Gustavo ZAGREBELSKY suas maiores expressões. As teses delineadas por esta vertente predicam uma conexão conceitual entre direito e moral, expressada em princípios de otimização e regras de qualificação concreta, cujos valores coexistentes passam a ser admitidos na medida de suas compatibilidades, num sistema jurídico fluido e permeado pela ponderação hermenêutica entre princípios. Mas, em relação às quais, aqui, faz-se referência ao pensamento crítico de Luigi FERRAJOLI (2011, pp. 112-113), sintetizado na seguinte passagem: "O neoconstitucionalismo, não diversamente do realismo e do neopandectismo, comporta, em suma, um enfraquecimento e, em última análise, um colapso da normatividade das normas constitucionais e uma degradação dos direitos fundamentais nelas estabelecidos a genéricas recomendações de tipo ético-político. Subverte, além disso, a hierarquia das fontes, confiando a atuação das normas constitucionais à ponderação legislativa e àquela judicial e, por isso, à discricionariedade potestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais".

[196] Conforme Luigi FERRAJOLI (2012, pp. 17-18).

[197] Sobre a ponderação como técnica de interpretação jurídica, ver Luigi FERRAJOLI (2012, pp. 46-47) e José Sérgio da Silva CRISTÓVAM (2017, pp. 221-224).

redução patrimonial em caso de multa, ou, a livre iniciativa e a igualdade no caso das restrições ao direito de licitar e contratar. Constituem restrições válidas porque derivadas de condicionantes próprias daqueles direitos. Porém, sua legítima aplicação demanda um estrito e objetivo grau de coerência e proporcionalidade em razão do conteúdo material dos enunciados fundamentais.

Ademais, outro aspecto de relevante influência no ambiente contratual decorre da percepção de um déficit ético nas relações público-privadas na atualidade brasileira.

As investigações sobre esquemas de corrupção envolvendo empresários, políticos e agentes administrativos, afora denunciarem as estruturas de desvios de recursos públicos, têm revelado que a corrupção habita com meios assustadoramente sistêmicos a administração pública brasileira. Escândalos de corrupção parecem ser temas permanentes nos editorais da imprensa, reflexo dos, igualmente permanentes, esforços de combate realizados por órgãos de controle e pela sociedade.

Nesse contexto, atrai a atenção que, de forma quase absoluta, todos os esquemas revelados compartilham uma característica comum: tomam lugar em contratações públicas aparentemente regulares ao crivo da legislação de regência. Os contratos que servem de meio para a corrupção são formados e formalizados seguindo as diretrizes e cartilhas de contratação. Eles são precedidos de planejamento específico, passam por processo de seleção e são formalizados com as divulgações exigidas por lei. Neles, não há ilegalidades aparentes, nem irregularidades visíveis quanto às suas origens.

Mesmo assim, mesmo modeladas em aparente conformidade com o regime jurídico próprio, as relações contratuais permitem as mais variadas distorções na destinação dos recursos públicos. Disto, parece ser incrivelmente fácil contornar os requisitos legais para estabelecer uma relação contratual aparentemente lícita e legítima, mas que esconde ambiente de ampla corrupção. Os contratos administrativos parecem ser, por assim dizer, palco propício para práticas corruptivas.

Há indiscutíveis fragilidades no regime jurídico de contratações públicas. Detectar estas fraquezas e institucionalizar mecanismos que as supram parece ser o desafio para assegurar um ganho qualitativo nos esforços de combate à

corrupção[198]. Uma destas fragilidades, frequentemente apontada, diz respeito à posição de prevalência dada aos agentes públicos na relação, que coloca a administração pública em disposição vertical sobre os particulares. Recorde-se que essas prerrogativas deveriam ser instrumentos ao cumprimento dos interesses públicos. Porém, em contratos contaminados por interesse impuros, o poder de escolha atribuído aos agentes públicos representa causa de vulnerabilidade do regime jurídico de contratação pública.

É que os agentes públicos dispõem de margem de discricionariedade excessiva para suas decisões, podendo adotar as soluções que julgarem oportunas e convenientes. Como regra, há diretrizes para balizar a legitimidade das decisões. Porém, tais diretrizes perpassam por motivações e avaliações internas da Administração Pública. O ponto é que, não raras vezes, as escolhas possíveis envolvem alternativas que podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao particular[199]. O processo decisório vira, então, campo fértil para práticas corruptivas.

O regime da contratação pública estrutura condições permissivas a desvios de conduta e, consequentemente, à corrupção. O ponto comum nessas situações é que "o particular contratado se encontra na dependência de uma escolha do agente administrativo" (Marçal JUSTEN FILHO, 2015, p. 723) e com poucas prerrogativas que lhe assistem. E o mais grave de tudo é que as decisões contaminadas são exercidas a portas fechadas, longe dos olhares do público ou dos órgãos de controle. Os processos administrativos decisórios são instaurados, conduzidos e revisados em ambientes de paredes opacas, por quem ali adentrou, e assumem condição retro sustentável. Não há participação efetiva de autoridade independente e imparcial no processo decisório.

---

[198] Sobre o tema, consulte o relatório de percepção da corrupção divulgado pela entidade Transparency Internacional (Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 19 abr. 2017).

[199] Marçal JUSTEN FILHO (2015, p. 721) sintetiza a situação da seguinte forma: "A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo Direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o Direito Administrativo brasileiro é repleto dessas previsões. Isso tem a ver com as condições anômalas da execução do contrato. É o chamado regime das prerrogativas extraordinárias, que contemplam poderes unilaterais para o agente realizar uma escolha. Em tese, tal escolha deve ser norteada pelo Bem Comum. Na prática, é uma situação de poder que pode ser utilizada para a corrupção. Existem cinco manifestações principais dessas prerrogativas".

Esse contexto propicia um olhar externo, da sociedade e da opinião pública, de desconfiança acerca das contratações públicas. Desta desconfiança nascem pressões capazes de comprometer a isenção nos processos decisórios da administração pública. Capazes de gerar um açodamento na aplicação de medidas punitivas apenas como resposta àquelas pressões[200].

Todas essas externalidades incidentes sobre o ambiente do contrato administrativo resultam, então, num entrelace de pressões e forças capazes de desestabilizar a relação e implicar medidas deslegitimadas de sancionamento, seja porque ineficientes em casos de impunidade ou incoerentes aos direitos fundamentais em casos de abuso de poder. Este é um paradoxo latente na relação contratual.

Ora, veja que, em sentido ontológico, o contrato administrativo pressupõe a cooperação entre as partes contraentes, o que, de fato, é essencial para que bons resultados sejam granjeados da relação contratual. Contudo, na prática, cada parte quer extrair e maximizar da relação contratual os objetivos que estão em seu próprio espectro de interesses, dirigindo suas decisões de forma a privilegiar sua conveniência. Estas duas realidades dão lugar a um dilema,que aqui denomina-se de dilema da cooperação. De acordo com este dilema, para que cada parte alcance o seu objetivo próprio, ela deve, simultaneamente, colaborar com o atingimento dos propósitos almejados pela contraparte.

Daí que o ambiente das contratações públicas é, conceitualmente, espaço de disputa entre interesses contrapostos[201], cujos efeitos são conformados pelo instrumento contratual de natureza bilateral e relativamente consensual[202]. Grosso modo, de um lado a administração pública tem suas expectativas direcionadas à obtenção do objeto contratado nas melhores condições possíveis, como meio imediato para realização de seus fins atrelados aos interesses públicos; noutro extremo, o contratado almeja potencializar seus ganhos com a redução de seus

---

[200] A propósito, Gustavo Henrique JUSTINO DE OLIVEIRA e Gustavo Henrique de Carvalho SCHIEFLER (2017, p. 320) ponderam sobre a perspectiva de pressões externas em relação às ações de improbidade administrativa. Tecem a seguinte recomendação, que em tudo se aplica ao caso de sanções contratuais: “Sob esse olhar, entende-se que, independentemente de fatores externos à ação de improbidade administrativa, como pressões populares e midiáticas, o devido processo legal é direito dos requeridos e, para tanto, é dever que somente aspectos técnico-jurídicos sejam levados em consideração”.

[201] Para um conceito da relação contratual, ver Carlos Ari SUNDFELD (1995, p. 199).

[202] Conforme Joel de MENEZES NIEBUHR (2015$_{(A)}$, pp. 790-791).

encargos tanto quanto possível. Estes objetivos ainda se desdobram em interesses secundários, por exemplo, reduzir custos orçamentários, ampliar o acervo técnico da empresa, entre outros. Entremeio a estes extremos de interesses, o contrato administrativo como instrumento vocacionado a regular as diretrizes da cooperação e estabelecer as prerrogativas e deveres de cada parte.

O dilema da cooperação no contrato administrativo repousa, então, num delicado equilíbrio entre aqueles interesses, que tende a se manter balanceado enquanto estável for a relação.

Porém, é provável, quase certo, que intemperes influenciem a relação contratual e demandem ajustes. Alguns com impactos positivos aos dois polos de interesses e que, por isso, admitem fácil conformação. Outros com implicações negativas a um ou mais interesses da relação, com potencial de comprometer, em maior ou menor grau, o equilíbrio original.

Por outro lado, também há casos em que a deslealdade de uma parte implica a desestabilização. Por exemplo, pode-se imaginar situação em que servidor responsável pela área de tecnologia de determinado órgão sinta-se desprestigiado pelo fato da contratação, realizada pela cúpula do órgão, de uma empresa para desenvolvimento de ferramenta tecnológica, tendo neste sentimento motivações para corroer a relação contratual. Ou, pode-se cogitar um fornecedor de combustíveis para viaturas públicas que adultere, deliberadamente, o produto, sabendo que o órgão contratante não dispõe de equipamento para detectar a contrafação.

O ponto é que, em todas essas situações negativas, afloram as motivações individuais da parte, minando a cooperação e ofuscando os objetivos subjacentes ao contrato. Em reação a isso, é natural que a parte, contratante ou contratado, procure defender sua posição com os instrumentos que lhe servem. E o discurso do poder sancionatório intensifica esse desequilíbrio.

Considere um exemplo.

Imagine um serviço prestado continuamente à administração pública de alocação de mão-de-obra terceirizada, com aferições e pagamentos mensais. Considere que a administração contratante esteja inadimplente em relação as três últimas parcelas. Sem receber, o contratado passa a enfrentar restrições financeiras e reduz seu quadro de empregado, passando a prestar os serviços com menor contingente que o exigido pelo contrato, ao tempo em que tenta

exercer pressão buscando receber as parcelas pendentes. A administração pública, escudada na regra do inciso XV do artigo 78 da Lei Federal n. 8.666/93 que lhe “protege” de atrasos até 90 dias, reage à postura do contratado com a ameaça de um processo sancionador, relembrando a ele o rol de sanções possíveis. Esta intimidação é suficiente para que o contratado considere os custos do litígio, os quais, não raras vezes, superam o custo imediato para a retomada do contingente contratado.

No exemplo, em rápida análise, seria possível dizer que a administração pública logrou obter o restabelecimento da prestação contratual e, sem maiores esforços, conseguiu o comprometimento do particular com a integralidade do objeto contratado. Disto, aplausos à efetividade administrativa.

Porém, a situação não é simples como parece. Não há eficiência, nem, tampouco, comprometimento no caso ilustrativo. O resultado alcançado não é expressão de eficiência, senão mera aparência falseada. Ora, a eficiência pressupõe mais que respostas rápidas e efetivas, pressupõe, em verdade, a melhor solução balanceada possível e que leve em conta a dimensão total do problema em contraste aos princípios administrativo, sobretudo da moralidade. No exemplo, eficiente seria um encaminhamento de melhor solução possível aos pagamentos e ao inadimplemento parcial do contrato, tratados em conjunto.

Além disso, o restabelecimento do contingente contratado não se deu por comprometimento, senão por temor da ameaça e das consequências cuja dimensão é absolutamente desconhecida pelo particular. Veja que a simples intimidação ao particular com a ameaça de uma sanção, sobremodo porque sua imposição paira em ampla discricionariedade, já é suficiente a desestabilizar a relação contratual e repercutir em gravames concretos ao particular.

Esse ambiente de tensão decorre do fato de que as forças que concorrem na realização contratual são, em princípio, todas válidas e justificáveis, porque, conforme leciona Alejandro NIETO (2012, p. 567, tradução livre):

> [...] na mesma intensidade com que se sustenta que a eficiência administrativa não permite o atropelamento dos direitos dos cidadãos, deve-se igualmente afirmar que seus direitos não autorizam bloquear a eficiência administrativa, nem, tampouco, os interesses dos demais cidadãos ofendidos por quem se reputa infrator. O equilíbrio entre estas forças é o que dá a medida do bom Direito Administrativo Sancionador.

Então, a problemática recai sobre o equilíbrio da relação contratual e o desafio de manutenção deste balanceamento[203] também nas situações limítrofes, como as hipóteses de sancionamento.

Se por um lado a administração pública precisa imprimir eficiência no atingimento de suas finalidades, por seu turno as garantias e direitos individuais devem ser sacramente protegidas como forma de assegurar uma indisponível civilidade. Infrações devem ser punidas, mas liberdades também devem ser asseguradas. Tudo, em justa medida, pois a prevalência de um aspecto sobre outro revela injustiça. O uso de força excessiva revela arbitrariedade, assim como o emprego de privilégios excessivos revela impunidade.

Nesse contexto, percebe-se que o dever de proporcionalidade é instrumento capaz de harmonizar a tensão existente entre o poder de aplicação de sanções e o dever de resguardo de garantias e direitos. E, mais, a noção de proporcionalidade fornece subsídios valorativos aptos a condicionar a percepção da administração pública acerca do significado dos instrumentos de sua atuação, significando um vetor de especial relevância na prevalência dos interesses coletivos e dos direitos e garantias fundamentais. Compreende-se que a proporcionalidade não deve sufocar a realização da atividade sancionatória do Estado com ênfase excessiva às garantias, tampouco deve ocasionar a redução de direitos para empoderar a imposição de reprimendas. A tônica deve ser a justa medida entre estes dois extremos.

---

[203] A esse respeito, em raciocínio relacionado às licitações públicas mas que admite transposição ao tema dos contratos administrativos, Joel de MENEZES NIEBUHR (2000, p. 71) percebe que: “Transparece a existência de uma tensão principiológica latente no conceito de licitação pública. Enquanto a Administração necessita agilidade e maior grau de liberdade para concluir seus contratos com eficiência, em contrapartida dela é exigida uma série de formalidades que garantam a isonomia. O cerne da licitação pública está em conciliar esses dois extremos. A virtude não admite que se sacrifique nem um nem outro”.

4.2. Em Continuidade: Construção de um Modelo Funcional de Sanções Contratuais

Conforme antes anotado, no âmbito das teorias de Direito Administrativo Sancionador percebe-se uma convergência de ideias direcionadas à autonomização da disciplina, tendo como núcleo central a noção de que a sanção administrativa pode assumir papel instrumental e material da atividade estatal, significando sua vocação a funcionalizar os deveres prestacionais do Estado. Além disso, as teorizações confiam à administração pública a responsabilidade de ponderar concretamente a solução mais adequada em relação à incidência das sanções administrativas.

Os valores ambientados no Direito Administrativo Sancionador alinham-se, em excelente medida, com o direcionamento prospectado pelo dever de proporcionalidade em sua concepção atual. A partir de sua vinculação *a priori* na promoção dos direitos fundamentais, o dever de proporcionalidade ganhou incidência do campo de ação da administração pública, dando-lhe aplicabilidade por duas feições: no campo da valoração dos instrumentos empregados pela administração pública; e, também, no campo de ponderação concreta como método formal de construção de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita das medidas impostas.

Esse alinhamento de valores autoriza o entrelace de suas formulações e, com especial ênfase, sua incidência no campo das contratações públicas e sua dimensão sancionatório.

4.2.1. Ressignificação do sentido finalístico da sanção administrativa

Os esforços da presente pesquisa orientam em sentido a uma ressignificação do conceito de sanção nos contratos administrativos no que toca sua finalidade, atribuindo-lhe um caráter prioritariamente funcional, quer dizer com apreço à instrumentalidade e materialidade ao vínculo jurídico estabelecido e afetado pela infração.

Pois bem, historicamente, a qualificação das finalidades das sanções administrativas tem sido estudada por meio de analogia com o Direito Penal e Direito Processual Penal[204]. Dizendo de outra forma, busca-se inspiração nas construções das teorias criminais para a fixação dos vetores axiológicos para a caracterização da sanção administrativa.

No campo das ciências criminais, costuma-se distinguir três correntes teóricas que buscam explicar as finalidades das penas[205]: teoria absoluta ou retributiva; teorias relativas, de prevenção ou utilitaristas; e, teoria mista ou unificadora.

A teoria absoluta sustenta que a sanção teria uma finalidade puramente retributiva, sem perseguir qualquer efeito social ou coletivo. Sob este enfoque, a prática de um conduta ilícita daria ao Estado a prerrogativa de castigar o infrator, sob o fundamento de que o desrespeito ao tecido social merece censura de mesma natureza. Prega-se a noção de que um mal deve ser rebatido com outro mal. A pena, então, se caracterizaria como um mal imposto ao infrator, pura e simplesmente como retribuição, merecida, pelo mal cometido[206]. Daí sua designação, também, como teoria retributiva da pena.

As noções retribucionistas advogavam a vingança como finalidade, o que não se afaz aos valores jurídicos atuais. Além disso, sob o ponto de vista lógico, Carlos Santiago NINO (2010, p. 506) ressalta que essas ideias partiriam de "uma intuição ética compartilhada por muito poucos: que a soma de dois males dá como resultado um bem", o que indica a superação da teoria.

Por seu turno, segundo as teorias relativas, a pena destina-se a prevenir o cometimento futuro de outros ilícitos, atuando como elemento pedagógico vocacionado a servir de exemplo ao infrator e/ou sociedade. Então, a pena teria

---

[204] A esse propósito, Egberto Maia LUZ (1994, p. 76) opina no seguinte sentido: "a ciência penal deseja, em última análise, prevenir o crime ou a contravenção e, pela ocorrência de qualquer deles, reintegrar a ordem jurídica social naquela normalidade propícia ao interesse e às felicidades coletivas. Ora, guardadas as proporções, não vemos como encontrar outra esfera de analogia senão nesta mesma finalidade penalista para o Direito Administrativo Disciplinar, que tem a sua existência justificada, repetimos, na perfectibilidade do comportamento físico e individual dos servidores, para o crescente bem estar coletivo do organismo estatal".

[205] Neste sentido, veja Claus ROXIM (1997, p. 81) e Izaías Dantas FREITAS (1999, p. 121).

[206] Sobre o assunto, ver por todos Claus ROXIM (1997, pp. 81-84).

como finalidade uma missão útil: o equilíbrio social[207]. Com este âmago, tais teorias também se fizeram conhecer por utilitaristas ou de prevenção.

As teorias relativas distinguem-se em duas vertentes. Uma reconhecida como teoria da prevenção especial, para a qual, o desígnio da pena é evitar que o infrator volte a praticar ou reincidir condutas reprováveis do ponto de vista jurídico e, também, preservar a sociedade do convívio maléfico daquele capaz de comprometer a segurança social. Outra reconhecida como teoria da prevenção geral que sustenta que a finalidade da pena seria a intimidação de toda sociedade em relação à transgressão das regras que lhe impõe o Estado e, ainda, reforçar o laço de confiança da sociedade em relação ao monopólio da força estatal.

Partindo de uma leitura conjunta das teses utilitaristas, a teoria mista enxerga na sanção as finalidades de prevenção especial e geral, unificadas. Nos termos desta construção teórica, a pena, dentro do limite da culpabilidade do infrator, resulta na prevenção geral de integração em torno da prevalência do ordenamento jurídico e do equilíbrio social, bem como na prevenção especial acerca da garantia de segurança individual. Sobre o tema, Jorge de Figueiredo DIAS (2007, p. 508) sintetiza da seguinte forma as finalidades da pena:

> (1) Toda pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; (4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de seguranças individuais.

Ao discurso da teoria mista alia-se, conforme anota Izaías Dantas FREITAS (1999, p. 121), o elemento da reabilitação do sujeito infrator, sugerindo que a pena somente se justifica se, em caráter especial, impulsionar a recuperação do agente infrator em face dos valores éticos cultivados pela sociedade. Então, em síntese, a teoria unificada anota finalidades repressivas e preventivas à pena, no sentido de seu caráter pedagógico e exemplificativo, bem

[207] Sobre o assunto, ver por todos Claus ROXIM (1997, pp. 85-92).

como o desígnio de ressocialização. Este entendimento preside o pensamento nas ciências criminais na atualidade.

Essa construção teórica das ciências criminais é assumida, sem maiores rigores, no campo do Direito Administrativo. A doutrina administrativista sufraga sem ressalvas aquelas orientações no que respeita aos fins das sanções[208], refletindo na prática adotada pela administração pública[209]. Veja, por todos, as lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2014, pp. 872-873) acerca das finalidades das sanções administrativas:

> Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

Ocorre que aquelas teorias criminais edificaram-se sobre premissas que importam às ciências criminais, dentre as quais a noção de que "o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos)" (Alice BIANCHINI, 2002, p. 141). O Direito Penal constitui sistema jurídico preocupado com a proteção do tecido social em primeiro plano, que o faz pela repressão a condutas atentatórias a bens jurídicos essenciais, e, também, com a proteção dos direitos da pessoa humana face ao poder estatal, sempre com foco no tratamento que se

---

[208] A propósito, Juliana BONACORSI DE PALMA (2015, p. 90) ressalta que: "É o exercício da prerrogativa sancionatória por meio da aplicação da sanção administrativa que afirma a autoridade da Administração frente o administrado, razão pela qual são reconhecidos os seguintes efeitos: repressão do infrator, recomposição da legalidade e prevenção de infrações, dado o efeito simbólico da sanção à sociedade"

[209] Em ilustração quanto ao campo prático, colhe-se do caderno de orientações divulgado pelo Ministério do Planejamento (2015, p. 11) a seguinte diretriz: "2.2.2. Qual é a finalidade de se aplicar as sanções administrativas? O procedimento de aplicação de sanções decorrente de comportamentos que resultem em infrações administrativas tem, regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. Outra finalidade é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, bem como afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção ao erário e ao interesse público".

deve dispensar ao infrator. Apenas subsidiária e reflexamente, em segundo plano, que o Direito Penal se ocupa do vínculo relacional específico do bem jurídico[210], ou mesmo com a vítima ou objeto do delito.

Essa lógica das teorias criminais não é a mesma que anima ao Direito Administrativo, assim como as premissas do Direito Penal não coincide com as que orientam as atividades administrativas, mesmo quando derivadas da face sancionatória da administração pública. Há distinções estruturantes entre aqueles dois ramos. Ainda que as disciplinas compartilhem de mesmos vetores axiológicos presentes em contexto orgânico e constitucionalizado, porque Direito o são, no entanto, no rigor das especificidades, parece evidente existirem distinções marcantes.

Talvez a distinção de maior relevo seja o fato de que o Direito Administrativo impulsiona uma função prestacional da administração pública, impondo a esta o dever de colocar à disposição da sociedade uma plêiade de serviços e utilidades tendentes à promoção de interesses pertinentes aos direitos fundamentais[211]. Esta condição é substancialmente distinta da noção penalista de proteção.

Além disso, o argumento de que as infrações penais e administrativas guardam uma mesma essência, que são ontologicamente idênticas, não parece suficiente para condicionar as finalidades das sanções em ambas disciplinas. Ainda que infração e sanção sejam elementos intimamente relacionados, indissociáveis por reconhecer, tratam-se de institutos distintos. Aquela primeira, a infração, corresponde à qualificação de reprovabilidade atribuída pelo ordenamento jurídico à uma conduta, omissiva ou comissiva[212]. Por sua vez, o segundo elemento, a sanção, refere-se à resposta cominada pelo Estado face o

---

[210] A esse propósito, Claus ROXIM (1997, p. 81), assevera que “a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento desta tarefa, não é permitido fazer uso de uma pena que de forma expressa prescinda de todos os fins sociais”.

[211] Marçal JUSTEN FILHO (2014, p. 122) concebe a seguinte definição de função administrativa: “A função administrativa estatal é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional”.

[212] Reitere-se que, conforme leciona Daniela FERREIRA (2009, p. 231), “infração administrativa é, do ponto de vista analítico-formal, o comportamento típico comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”.

cometimento de um ilícito[213]. Daí, ainda que tais elementos sejam relacionados, suas distinções permitem que recebam qualificações e conceituações específicas, sobretudo para que se incorporem à cada disciplina distinta. A identidade do primeiro elemento com uma natureza criminal não obriga à necessária identidade da conceituação jurídica dada ao segundo elemento.

Aliás, a contrario sensu, considerar que a identidade ontológica das infrações penais e administrativas seria capaz de condicionar os desígnios da resposta sancionatória, seria admitir a equivalência irrestrita das sanções, inclusive no que respeita à imposição de pena restritiva de liberdade. Ou seja, fosse verdade que a igual natureza das infrações condiciona as sanções, dever-se-ia admitir por dedução lógica a prisão administrativa como sanção válida, o que, em absoluta, é sabidamente inverídico por ofensa direta ao ordenamento constitucional.

Infração e sanção integram de forma indissociável um mesmo ciclo, é fato, porque, conforme anota Daniela FERREIRA (2009, p. 228), “sem a comprovada e juridicamente qualificada ocorrência do ilícito administrativo não se cogita de sanção administrativa”. Mas a finalidade que se deve incutir à sanção pode variar em razão do regime jurídico incidente.

O ponto é que, sob a premissa de uma atividade protetiva característica das matérias criminais, há sentido em atribuir à sanção finalidades vocacionadas à prevenção. Porém, estas finalidades não se compatibilizam em sua inteireza se fitadas sob o prisma de uma atividade prestacional. Atribuir à sanção um desígnio meramente preventivo faz dela incapaz de servir a qualquer propósito prestacional, de motivar qualquer espécie de prestação positiva. O que reclama uma necessária ressignificação do sentido finalístico da sanção administrativa.

Essa proposição, de ressignificação do conceito corrente, não advoga que se deve abandonar a perspectiva preventiva, com sentido pedagógico, da sanção administrativa. Ao contrário, a função de exemplaridade da sanção deve importar para a administração pública, dada sua relevância como instrumento de equilíbrio social. Mas, o ponto é que, antes de preventiva, a sanção deve ser prioritariamente funcional, atrelada aos desígnios prestacionas da administração

[213] Segundo Francisco ZARDO (2014, p. 145), “pode-se conceituar sanção administrativa como a privação compulsória de um bem, imposta pela Administração Pública como consequência de uma infração administrativa”.

pública. Não se propõe, porque de fato não há, um relação de exclusão entre as finalidades desenvolvidas pela teoria unificada e uma noção funcional de sanção administrativa, mas, em verdade, afirma-se uma necessária ordenação de valores de forma a sofisticar e avançar a conceituação de sanção administrativa em tributo à feição de conformação finalística anunciada pelo dever de proporcionalidade.

O que se busca é a valorização da atuação administrativa, dando-lhe identidade própria e distinta, através da compreensão de que sua atuação, mesmo na condição de entidade sancionatória, pode e deve ser marcada pelos desígnios próprios de sua função e por aqueles valores que lhe dão vida e identidade.

Dito de outra forma, reputa-se que o problema maior está no fato de que a identificação da sanção administrativa como puramente preventiva contraria a própria natureza da função administrativa. Atribuir à sanção administrativa um fim meramente pedagógico impede que se enxergue sua verdadeira amplitude e potencial. Isso porque, a atuação administrativa não é um fenômeno dissociado dos fins para os quais a administração pública existe, mas, ao contrário, toda e qualquer manifestação protagonizada pela administração pública deve ser essencialmente vocacionada à finalidades prestacionais e de realização dos interesses essenciais da sociedade.

Significa dizer que, agora com propósito edificante, a sanção administrativa deve ter como finalidade primordial a funcionalização dos fins prestacionais da administração pública e, ainda mas em segundo plano, como finalidade acessória a prevenção por meio da exemplaridade. Neste sentido, permite-se dizer que a sanção nos contratos administrativos constitui instrumento de resposta da administração pública ao cometimento de infração, vocacionada primacialmente a funcionalizar finalidades coletivas e subsidiariamente a efeitos pedagógicos, sempre sob os valores da proporcionalidade.

A vocação natural do exercício funcional do Estado se orienta para a realização encadeada de atos e proposições singulares, até mesmo em massa, adstritos a uma multiplicidade de fins e objetivos.

Reitera-se, como dantes afirmado, que a atividade sancionatória da administração pública deve ser instrumental e material à realização dos objetivos prestacionais e garantidores dos interesses e direitos essenciais. Instrumental

porque, enquanto atividade de efeitos concretos, a sanção administrativa pode e deve servir como ferramenta capaz de impulsionar comportamentos positivos conectados a objetivos prestacionais. Material, pois, inserida no contexto dinâmico das relações público-privado, a sanção pode integrar o arco de estratégias de gestão, servindo de aparato em prol das agendas da administração pública.

4.2.2. Principais implicações do conceito de sanção funcional-pedagógica na disciplina das sanções contratuais

A noção funcional da sanção contratual deriva, diga-se, do posicionamento do dever de proporcionalidade no epicentro de legitimação da atividade sancionatória da administração pública. Recorde-se, como dantes anotado, que o dever de proporcionalidade exige, em primeiro plano, a adequação dos meios empregados aos fins perseguidos pela norma substancial. Logo, para ser adequada, a sanção deve corresponder forma vocacionado à realização do conteúdo substancial do contrato. Acaso configure meio puramente formal e repressivo, sem vínculo à substância do contrato, a sanção será inadequada, desproporcional e, portanto, ilegítima.

O conceito de sanção funcional-pedagógica tem implicações substanciais na atividade sancionatória dos contratos administrativos, dentre as quais destacam-se a aproximação da sanção com o conteúdo contratual e a atenuação do desafio de caracterização da infração e determinação da sanção.

a) Aproximação da sanção contratual ao conteúdo do contrato administrativo

Um efeito, entende-se, prejudicial à disciplina sancionatória em contratações públicas é o distanciamento da sanção em relação ao conteúdo do contrato administrativo, que deriva da noção de que a sanção teria finalidade meramente preventiva.

A doutrina[214] perfilha o entendimento de que a sanção contratual é como qualquer outra, ao argumento de que ela se aplica em razão do *ius puniendi* estatal e desvinculada ao contrato administrativo no que diz respeito à sua pertinência, pois a relação contratual seria apenas meio de caracterização da infração. Nessa linha de pensamento, o contrato administrativo e seu objeto acabam relegados a um segundo ou terceiro plano, porque desimportantes para os efeitos finalísticos da sanção. Daí que o próprio interesse coletivo material, subjacente ao objeto contratual, também se rebaixa a um segundo ou terceiro plano, o que, sob qualquer ângulo, é absolutamente indesejável.

Todavia, em relação às sanções contratuais, Pablo Leiza ZUNINO (2012, p. 460, tradução livre) aponta que "é importante compreender que o essencial nos contratos da Administração não é castigar ao contratante por suas faltas, senão assegurar a realização efetiva do serviço, da obra, do fornecimento, ou a satisfação da necessidade pública contratada"[215]. Esta parece ser a acertada ordenação dos valores a serem perseguidos em hipótese de sancionamento derivado de relação contratual[216].

A administração pública celebra contratos para a consecução material de finalidades coletivas, deste modo permite-se entender que o contrato administrativo possui em sua gênese a vocação pela concretização de desígnios prestacionais devidos pela Estado. O que de fato ocorre, pois, por exemplo, a administração pública contrata o fornecimento de medicamentos e vacinas para disponibilizá-los à população em estabelecimentos de saúde, contrata a pavimentação de um via urbana para garantir comodidade e segurança no tráfego

---

[214] Nesse sentido, Francisco ZARDO (2014, p. 158) defende que: "Como se percebem não há diferença substancial alguma entre as teorias atuais relativas aos fins da pena e as considerações dos administrativistas acerca dos fins específicos da sanção contratual. Do mesmo modo, também não há diferença substancial entre os fins visados com a aplicação de uma advertência ou multa (ditas sanções contratuais ou internas) e com a imposição de uma suspensão ou declaração de inidoneidade (ditas sanções gerais, externas ou com eficácia *pro futuro*)".

[215] Igualmente, Maria João ESTORNINHO (2003, p. 128) sinaliza sobre a necessária aproximação da sanção ao objeto do contrato, dizendo: "A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato".

[216] Em reforço, Enrique Sayagues LASO (2010, p. 573, tradução livre) também consente com a ordenação de valores de forma a privilegiar o conteúdo prestacional do contrato, dizendo: "Na contratação administrativa o fundamental é que o particular cumpra, sobretudo nos contratos estreitamente vinculados à execução dos serviços, e por isso as sanções se inspiram nessa finalidade"

de veículos e pedestres, contrata a concessão de transporte público para assegurar a qualidade e universalidade do serviço, além de uma infinidade de outros possíveis exemplos. O ponto é que os contratos administrativos se prestam, em essência, à satisfação de um dever prestacional do Estado para com a sociedade.

O conceito de sanção funcional-pedagógica rende homenagens a essa ordem de valores. Nesta concepção instrumental, busca-se privilegiar em primeiro plano o conteúdo contratual enquanto atividade prestacional do Estado, mantendo em segundo plano o desígnio punitivo e de exemplaridade.

Nessa linha, uma eventual conduta ilícita por parte do particular contratado implica ofensa em dimensões normativa e material. Para além de representar afronta a regra jurídica legal ou contratual, a conduta ilícita no âmbito contratual contamina, com maior ou menor grau, o objeto material da prestação contratada, sendo a sanção um dos instrumentos disponíveis à administração pública para, em primeiro lugar, sanear a prestação material[217]. Por exemplo, o atraso injustificado na entrega de medicamentos, afora indicar ilícito à obrigação de prazo entabulada no contrato, poderá colocar em risco a disponibilidade do serviço de saúde à população. Daí que a sanção contratual terá sentido apenas se for instrumento apto a, em primeiro plano, sanar a falha prestacional de um eventual desabastecimento de medicamentos.

Há circunstância, ainda, em que o ato infracional seria anterior ao contrato, como as hipóteses de comportamentos ilícitos no âmbito das licitações. Nestes casos, a infração não se relaciona com o conteúdo prestacional do contrato administrativo, porque anterior à própria existência deste. Mesmo assim, tem-se que tais infrações opõem-se a uma atividade prestacional da administração pública, no caso a licitação enquanto procedimento de garantia de disputa equitativa ao contrato administrativo. A prestação afetada é o procedimento de legitimação da escolha do contratado em sua dimensão da isonomia. Daí a pertinência e incidência da racionalidade funcional aos referidos casos.

---

[217] Uma ressalva importantíssima, todavia, é que não se deve confundir a eventual obrigação reparatória com a sanção. Tais aspectos são distintos e independentes. A propósito, Manuel Rebollo PUIG (2003, p. 17, tradução livre) ressalta: “Na mesma linha não deveria prever-se como sanção aquela medida que impõe a um administrado a conduta correta, que meramente obriga a indenizar o dano causado ou a recuperar a realidade física alterada”

b) A noção funcional atenua o desafio de caracterização da conduta infracional e delimitação da sanção aplicável

O regime jurídico-normativo das sanções contratuais expressa uma lógica de tipificação abstrata e, ainda, ausente da correlação sobre a sanção cabível a cada espécie infracional. Os tipos infracionais são abertos, a exemplo da tipificação contida na Lei Geral acerca da inexecução parcial do contrato. Ademais, não há especificação da sanção pertinente a um ou outro ilícito, as sanções estão elencadas em rol destinado a toda e qualquer conduta infracional.

Daí resulta uma grande dificuldade prática acerca da caracterização da infração e especificação da sanção pertinente, por motivos óbvios. Parte deste problema decorre da imprecisão legislativa, verdade, mas a dificuldade também deriva da despreocupação com uma finalidade específica da sanção. Se não há preocupação em precisar um fim concreto para a pena, que ocorre em função da consideração puramente preventiva da sanção, igualmente impreciso é a configuração da infração e respectiva penalidade.

A assunção de uma finalidade substancial para a sanção é capaz de atenuar aquela dificuldade. Se, em primeiro plano, a atividade sancionatória deve ocupar-se com o conteúdo prestacional do contrato, torna-se de maior evidência que as infrações que importam à disciplina sancionatória são aquelas que atentam contra a substância da prestação subjacente ao contrato administrativo.

No que respeita à caracterização das infrações, os contratos administrativos são instrumentos complexos e que reúnem um enorme conjunto de obrigações das mais variadas espécies, a exemplo de obrigações de ordem jurídica, fiscal, técnica, econômica e outras. Estas obrigações não possuem a mesma estatura em relação ao conteúdo substancial do contrato, porque neles coexistem deveres voltados à satisfação do objeto contratado[218] e, também, deveres laterais que não se relacionam à prestação propriamente dita[219]. Neste sentido, por exemplo, parece fácil perceber que a obrigação de alocação de

[218] Nesse sentido, Eduardo Luiz BUSSATTA (2008, p. 12) anota a existência, nos contratos, de "'deveres primários' e 'deveres secundários de prestação', voltados à satisfação do credor".

[219] Mário Júlio de ALMEIDA COSTA (1984, p. 46) leciona que nos contratos "apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários –, os deveres laterais (<Nebenpflichten>)".

equipe técnica para os trabalhos constitui obrigação diretamente relacionada à prestação, mas, por outro lado, o dever de manutenção de regularidade fiscal representa mera lateralidade ao contrato.

Em perspectiva funcional, então, a caracterização da infração para efeitos sancionatórios perpassa pela aferição da substancialidade do inadimplemento contratual. É que, sendo a sanção instrumento com a finalidade de preservar a essência prestacional do contrato, ela se faz possível apenas em relação à condutas que atentem especificamente contra o substrato contratual, excluindo-se, *a priori*, a força sancionatória para questões periféricas da relação.

Isso não significa que a administração pública deve relevar por completo o desatendimento contratual, pena de negar vigência e eficácia a condição formalmente celebrada entre as partes. Significa, apenas, que a sanção não seria a primeira opção para a regularização, que a administração pública deve procurar o restabelecimento da obrigação contratual por outros mecanismos, por exemplo, a intensificação de meios fiscalizatórios. A sanção administrativa, enquanto medida essencialmente invasiva, relaciona-se com a inexecução de obrigações atreladas ao conteúdo substancial do contrato administrativo, dado que, em ótica funcional, sua finalidade precípua é a de conformar a obrigação prestacional subjacente à contratação.

Em relação à determinação da penalidade aplicável, anote-se que as infrações [220] e as sanções [221] administrativas podem ser classificadas, dentre

---

[220] Sobre as possíveis classificações das infrações administrativas, Daniel FERREIRA (2017, pp. 19-23) enumera as seguintes categorias: "3.1. Por conta dos efeitos: As infrações administrativas, quanto ao *resultado* (*aos efeitos provocados pela conduta do infrator*, mas sem com ela se confundir), podem ser formais ou materiais. São formais (também ditas de mera conduta) aquelas que se concretizam independentemente de um efetivo resultado externo à tipificada conduta. Materiais são as que exigem um resultado que não se confunde, nem esgota, com a conduta do infrator e nela não se esgota. [...] 3.2. Quanto à (in)exigibilidade do elemento subjetivo do tipo: Em regra, as infrações administrativas independem do elemento subjetivo, bastando o mero animus. Conquanto seja assim, pode a lei estipular em contrário, de modo que são objetivas as infrações administrativas de mera voluntariedade, para as quais normativamente não se exige o dolo ou a culpa. São subjetivas aquel'outras para as quais o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (esta em qualquer dos seus graus) e seja assim relevante por força de lei. [...] 3.3. Segundo o vínculo de sujeição com a Administração Pública: As pessoas (físicas e jurídicas) se obrigam perante a Administração Pública de forma compulsória ou por vontade própria. Involuntariamente, a sujeição se dá por força de lei (de sujeição geral), de sorte que as infrações administrativas gerais (ou de polícia) contrastam com obrigações ou proibições para as quais não há um fator volitivo de aproximação (como o fiscal, e.g.). Diferentemente, se apresentam como especiais as infrações que se constituem em razão de um vínculo de sujeição especial, que também pode ser voluntário (contratuais, como as decorrentes de licitação; e disciplinares, pelo regime funcional) ou não (transgressões dos sujeitos ao regime militar obrigatório e dos encarcerados). [...] 3.4. Em relação ao fim almejado: Se e quando a norma jurídica assim expressamente admitir poderá haver

outras possíveis categorizações, em razão da abrangência de seus efeitos ou da natureza do comportamento da infração e dos efeitos restritivos da sanção.

Limitando ao âmbito das sanções contratuais, acerca de sua abrangência, as penalidades podem ser internas quando seus efeitos não ultrapassarem o ambiente da relação contratual específica, como ocorre em relação às advertências ou multas; ou, podem ser externas ou com eficácia *pro futuro*, assim entendidas as sanções cujos efeitos reverberam para além da relação contratual, a exemplo das penas restritivas ao direito de licitar e contratar com a administração pública.

---

infração tentada (logo, passível de sancionamento administrativo a este "singelo" título), mas apenas em relação às dolosas – por evidente – e que não se consumaram por fatores estranhos à vontade do sujeito. Consumada, por sua vez, será aquela materialmente realizadora do resultado desejado pelo infrator. 3.5. Quanto à natureza do comportamento reprovável: Referentemente à natureza da conduta reprovável, as infrações podem ser comissivas ou omissivas. As da primeira ordem se realizam por meio de um atuar positivo (contrário a uma proibição legal); as outras se revelam pela inação (a despeito do dever legal de agir). [...] 3.6. Relativamente ao tempo de duração das infrações (ou dos efeitos decorrentes): Régis Fernandes de Oliveira classifica tripartidamente as infrações quanto à sua duração: são "instantâneas, se se esgotam num só instante, ou então, permanentes, quando sua duração se protrai no tempo. Pode existir, também, a infração continuada, quando as lesões são instantâneas, mas diversas, operadas em fluência do tempo. [...] 3.7. Por conta da sanção e a quem imponível: [...] As infrações administrativas, todavia, podem ser separadas em duas categorias: as infrações reais são desvaloradas de forma fixa pelo Direito, portanto com indiferença ao sujeito infrator, às condições do cometimento e, eventualmente, quanto à própria qualidade ou quantidade "do resultado". Por isto mesmo, podem acabar diretamente impostas ao infrator ou, até mesmo, ao responsável pela infração, como as de trânsito, ordinariamente; as pessoais, de sua banda, ensejam valoração individualizada da pessoa do infrator, das condições de cometimento da infração, do resultado danoso etc. para imposição da sanção correspondente".

[221] Segundo Daniel FERREIRA (2017, pp. 26-29) as sanções administrativas comportas as seguintes classificações: "5.1. Em razão da restrição imposta: [...] Há outra possibilidade, entretanto, que também confere utilidade à classificação baseada na restrição imposta, de modo que as sanções administrativas podem ser apartadas como reais – as pecuniárias (multas) e as que gravam coisas, pela natureza real (como a interdição de estabelecimento) – ou pessoais, as que, personalissimamente, atingem a figura do infrator (pessoa física ou jurídica) ou o responsável, nelas se incluindo a disciplinar (cuja imposição reclama exame da vida pregressa) e a de suspensão de atividades, da pessoa jurídica ou física. 5.2. Em face da reprovação legislativa da conduta mediante (des)consideração do elemento subjetivo do tipo: Como adrede apontado, classificam-se as infrações administrativas em objetivas e subjetivas, considerando-se a necessidade, ou não, da presença do elemento subjetivo para caracterização da conduta típica. Como "efeito" dessa constatação propõe-se classificar as sanções administrativas em sanções objetivas e subjetivas. [...] 5.3. Baseada na relação de sujeição (entre a pessoa e a Administração Pública): [...] Serão gerais ou "de polícia" as sanções administrativas decorrentes do descumprimento da norma subordinante por força de lei em senso estrito e especiais as que decorrem da reprovação normativa de uma conduta de alguém particularmente engajado com o Estado, de forma voluntária ou mesmo compulsória. [...] 5.4. Em face de sua (in)transmissibilidade a terceiros: Há sanções administrativas que se transferem a terceiros, ditas transmissíveis, e há sanções administrativas que não são transmissíveis em hipótese alguma, as intransmissíveis".

Noutro ângulo, relativo à natureza da restrição imposta, as sanções podem ser reais ou pessoais. Reais são as penas que interferem na esfera do patrimônio econômico do infrator, seja por imposições pecuniárias ou por resultarem gravames a bens, que no caso de contratações públicas referem-se às multas moratória e compensatória. Por seu turno, as sanções pessoais são aquelas que gravam a esfera de prerrogativas subjetivas do particular, impondo restrições no tempo e espaço para o exercício pleno do direito afetado, por exemplo as sanções restritivas ao direito de licitar e contratar.

Nesse contexto e considerando que "as infrações e as sanções administrativas mantêm entre si uma estreita e ordinária relação, lógico-jurídica, de antecedente-consequente" (Daniel FERREIRA, 2012, p. 175), pode-se indicar como pressuposto na determinação da penalidade aplicável a correlação de simetria entre infração e sanção no que diz respeito à abrangência e natureza de ambas[222].

Um exemplo acerca da abrangência na reverberação do ilícito pode ilustrar. Considere um contrato para fornecimento de medicamentos para o sistema público de saúde, no qual o fornecedor descumpre a entrega, caracterizando seu inadimplemento a dever da essência contratual e, portanto, infração tipificada pelo art. 87 da Lei Federal n. 8.666/93. Em decorrência da falha, pode-se cogitar dois cenários distintos: o atraso na entrega ocasionou o desabastecimento de medicamentos; ou, não implicou desabastecimento porque havia estoque na rede de saúde permitindo o remanejamento.

No primeiro cenário, a infração reverberou evidentes efeitos externos, porque houve o comprometimento do serviço público de saúde perante a população. Logo, nesta hipótese, a administração pública deve cogitar a incidência de sanção também com eficácia externa ou geral.

No segundo cenário, diferentemente, a conduta ilícita operou efeitos apenas no âmbito interno da relação contratual, gerando riscos e exigindo providências de remanejamento por parte da administração púbica. Houve efeitos e riscos à essência do contrato, o que autoriza considerar o sancionamento. No

[222] A esse propósito, Marcelo Madureira PRATES (2005, p. 125) assevera que "o direito afinal restringido pela sanção administrativa geral deve ter correspondência direta com o âmbito referente ao dever administrativo descumprido no caso concreto".

entanto, para guardar uma correlação de razoabilidade entre conduta e penalidade, as sanções consideráveis para a hipótese seriam aquelas de eficácia interna.

A mesma racionalidade aplica-se em razão da natureza do bem jurídico afetado pela infração. Tome como exemplo um licitante que produz atestado falso para atender exigência de qualificação técnica em determinado pregão, caracterizando infração prescrita pelo artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/02. Em tal hipótese, a conduta ilícita atenta contra a equidade concorrencial no ambiente da licitação e represente irregular exercício do direito de licitar, o que permite considerar as sanções que impliquem restrições à mesma prerrogativa do particular.

Noutro exemplo, considere empresa contratada que pratique salários inferiores aos valores pontuados em sua proposta, resultando em ilícita majoração de sua lucratividade no contrato. Neste caso, a conduta irregular resulta em proveito patrimonial econômico ao contratado, permitindo cogitar sanção de mesma natureza patrimonial.

4.3. Apontamentos sobre o Processo Sancionatório Frente às Garantias de Contraditório e Ampla Defesa

Conforme anotado anteriormente, o recorte metodológico eleito na pesquisa centra o presente trabalho na incidência da feição conformadora do dever de proporcionalidade em relação à significância do sancionamento em contratações públicas. Não se aprofunda, porque extra-fronteiriço a este recorte, no plano concreto de incidência do dever de proporcionalidade.

A temática do processo administrativo sancionador parece situar-se no liminar daquela separação, porque, a um só tempo: pressupõe a conformação de um ambiente de legitimação da atuação estatal; e, também, dedica-se à constituição dos elementos materiais capazes de formação de um juízo de proporcionalidade concreto. Então, mirando no processo como ambiente propenso a conduzir à decisão com melhor qualidade[223], mostra-se pertinentes pontal apontamento e sinalização acerca de sua conformação ao conteúdo finalístico do dever de proporcionalidade.

Além disso, ressalte-se que a formação de um juízo concreto de proporcionalidade em relação às sanções contratuais não é tarefa simples, porque perpassa por criteriosas reflexões e ponderações acerca das circunstâncias da infração e da pertinência e extensão dos efeitos da penalidade. A sanção implica restrições diretas na esfera de direitos dos particulares, atingindo garantias consagradas no plano constitucional como a propriedade e livre iniciativa. Por resultar limitações a direitos de elevada significância, sua legitimação exige estrita observância aos princípios e normas de regência da função administrativa e, ainda, pressupõe processo administrativo regular e isento.

---

[223] Relativo ao tema, Pedro de MENZES NIEBUHR (2017, pp. 41-56) ressalta que o processo administrativo leva à decisão com melhor qualidade, esta qualificada como a decisão proporcional e justa, e, portanto, melhor aceita e legítima. Na mesma linha, Angelo SCHILLACI (2010, pp. 222-223, tradução livre) anota que: "A conformação da organização administrativa e dos procedimentos de decisão pública em um sentido conforme aos direitos fundamentais implica diretamente a abertura destes últimos à participação do titulares dos direitos, e eventualmente das organizações expoentes de seus interesses. [...] A participação no procedimento [...] representa assim uma nova forma expressiva da clássica função defensiva adstrita aos direitos fundamentais. Como afirma o próprio Häberle, neste sentido, é dizer reconhecendo a centralidade da participação, o momento defensivo pode assegura-se completado através do procedimento".

Esta complexidade é, entende-se, atenuada pela adoção de concepções conformadoras prévias, propriamente axiológicas, acerca da centralidade da participação do particular na formação da decisão administrativa.

Nesse contexto, uma questão que se coloca refere-se à incidência e extensão da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos que corporificam o exercício da pretensão punitiva da administração pública.

Regra geral, os processos administrativos destinados à aplicação de sanções contratuais são deflagrados de ofício pela administração pública, formados a partir de averiguações feitas por agente administrativo acerca da possível prática de ilícito. Se originadas em licitação, usualmente decorrem das informações colhidas e reunidas pelo pregoeiro ou comissão de licitação. Se situadas na execução do contrato, normalmente derivam das apurações feitas pelos agentes responsáveis pela fiscalização e acompanhamento do contrato. Num ou noutro caso, estas constatações se consolidam em relatório ou instrumento semelhante que constitui espécie de peça acusatória, contendo uma narrativa de fatos.

Tais peças acusatórias são atos administrativos e, como tais, sobre elas recaem os chamados atributos do ato administrativo, que são a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade e a tipicidade.

A presunção de legitimidade e veracidade dota a declaração da administração pública com relativa certeza de conformidade ao Direito e de serem verdadeiros os fatos nela narrados ou constatados. A possibilidade que o ato se imponha a terceiros independentemente de sua aquiescência deriva da imperatividade atribuída ao ato administrativo. A autoexecutoriedade confere à administração pública a prerrogativa de colocar seu ato em execução por meios próprios, independentemente de intervenção do Poder Judiciário. Por fim, a tipicidade relaciona-se com a garantia de que a administração pública não realizará atos inominados, sem correspondente hipótese definida em lei. Tais atributos, conforme explicam Eduardo Garcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2014, pp. 500-504), emergem com a consolidação do Estado de Direito e pela necessidade de que o Poder Executivo possa praticar de forma expeditiva suas competências ante os particulares, sem que precise validar suas deliberações perante o Poder Judiciário. Daí, dizem os autores (p. 504), que os atributos do ato administrativo visam “dispensar a Administração da necessidade

de obter, mediante um processo, uma tutela judicial às suas pretensões e direitos, conferindo-lhe mandato para uma atuação autônoma, expeditiva e juridicamente suficiente".

As acusações formalizadas pela administração pública arrogam ao particular a responsabilidade pela prática de uma infração. Daí a problemática, porque se presumivelmente legítimo e verídico o conteúdo do ato acusatório, resulta como ônus do particular a prova de regularidade de sua conduta ou da excludente de sua responsabilidade como requisito necessário à dissuasão da presunção legal, sob pena de prevalecer a acusação. Neste contexto, parcela significativa da doutrina denota a prevalência do atributo da presunção de legitimidade e veracidade na dinâmica de apuração de infrações administrativas, deduzindo, como consequência, a inversão do ônus da prova[224]. Este raciocínio decorre da uma percepção acerca da imputação do ilícito a partir da ótica da administração pública. O argumento neste sentido repousa, pelas palavras de Ricardo Marcondes MARTINS (2014, p. 186), na seguinte afirmação:

> O sistema jurídico presume, até prova em contrário, a regularidade do exercício da função estatal. Trata-se de uma decorrência do princípio da presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado [...]. Eis uma importante característica do discurso normativo: a inversão do ônus da prova.

Em termos práticos, então, compreende-se que, apesar de ser a administração pública quem lança a acusação, a infração estaria *a priori* comprovada e, portanto, ela estaria isenta do dever de comprovar os fatos constitutivos da espécie. Assim, em decorrência da presunção de legitimidade e veracidade atribuída à acusação e sua consequente inversão do ônus probatório, caberia ao acusado o encargo e peso de impugnar os fatos e imputação e comprovar a respectiva incorreção. Nesta linha de interpretação, o mero atributo pessoal de quem emana a imputação, a administração pública no caso, seria bastante para considerar verdadeira e acertada a acusação.

---

[224] Neste sentido, posicionando o ônus probatório ao particular em contraposição à presunção de legitimidade e veracidade da acusação administrativa, seguem as orientações de Marçal JUSTEN FILHO (2018, p. 397), Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2016, pp. 239-240) e José dos Santos CARVALHO FILHO (2016, p. 127).

No entanto, em tributo ao emergente paradigma democrático da administração pública[225], reputa-se que a interpretação que enaltece a força da acusação administrativa resulta incompatível com a concepção constitucionalizada do Direito, que finca na promoção dos direitos fundamentais sua pedra angular. É que a força de imposição, mesmo a estatal, deve ser condicionada pelas garantias essenciais.

Tem-se que aquela noção – que a presunção de legitimidade e veracidade produz, como efeito, a inversão do ônus da prova – reproduz uma lógica de autoridade absolutista, conectada à época em era desnecessário qualquer atributo especial para que o ato proferido possuísse integral validade jurídica e pudesse ser imposto ao particular, mesmo contra a vontade deste[226]. A este respeito, Gustavo BINENBOJM (2016, p. 41) leciona que:

> O nascimento do direito administrativo ocorre, portanto, ao arrepio do princípio da separação de poderes e do primado da lei sobre os atos da Administração. Num arranjo em tudo semelhante ao do velho Estado absolutista, o Poder Executivo concentra em seu plexo de competências, além da função de administrar, poderes para criar o direito que lhe é aplicável e para aplicá-lo aos litígios de que é parte contra os particulares, dirimindo-os em caráter definitivo. Tal modelo não resulta da afirmação histórica da ideia de Estado de direito –mas, antes, representa sua antítese.
>
> Essas circunstâncias favorecem o desenvolvimento de categorias jurídicas voltadas essencialmente à preservação da autoridade estatal (potestas), e não aos direitos individuais dos cidadãos (libertas). As relações paritárias, próprias do direito privado, são substituídas por relações desiguais, baseadas na ideia de verticalidade, que confere posição de supremacia ao ente estatal. A própria noção de interesse público é construída a partir da ótica dos governantes, como algo naturalmente superior e contraposto aos interesses dos particulares.

Logo, na específica hipótese do ato administrativo contrastar com liberdades fundamentais, como é o caso da pretensão sancionatória, a prevalência do status de veracidade de acusação aproxima-se de antítese ao Estado de Direito. A antiga percepção de que as imposições da administração

---

[225] Para José Sérgio da Silva CRISTÓVAM (2016, pp. 164-165), o paradigma democrático da administração pública constitui "um modelo capaz de fundar o agir administrativo a partir de uma dimensão ponderada de princípios, com vistas à otimizada e eficiente concretização desse complexo sistema axiológico de regras e princípios constitucionais, em especial aqueles veiculadores de direitos fundamentais individuais e sociais"

[226] Conforme Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDÉZ (2014, pp. 500-501).

pública eram verticais, sempre cogentes, não mais se sustenta frente a concepção constitucionalizada do Direito. O exercício de prerrogativas unilaterais pelo Estado não pode sobrepor o campo de incidência dos direitos fundamentais, significando que, em relação ao problema da dinâmica de sancionamento, a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo encontra limite, justamente, na esfera das garantias fundamentais.

Nesse contexto, Adilson de Abreu DALLARI e Sérgio FERRAZ (2012, p. 205) sustentam que, não obstante o prestígio concedido aos atos administrativos, o "*onus probandi* do ilícito recai sobre a Administração, uma vez que a imposição de sanção só é constitucionalmente admitida mediante observância do devido processo legal, aí se incluindo o direito à motivação e decisão fundada em prova firme". Com isso, os autos reconduzem o problema à esfera processual e sua garantia de contraditório e ampla defesa.

Então, lembre-se que a Constituição Federal reconhece a substancia processual à atividade administrativa, sobretudo à litigiosa, conforme expressamente consignado pelo inciso LV do artigo 5º da Carta Política no sentido de assegurar "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". O reconhecimento deste status aplicado à administração pública resulta na incidência, por dedução lógica, da rede principiológica afeta ao fenômeno processual [227], porque, quando afirma a incidência dos meios inerentes à defesa, o texto constitucional cria um diálogo entre as fontes do processo judicial e administrativo.

Assim porque, não seria coerente reconhecer que, a partir de um mesmo dispositivo, a Constituição Federal garante conjunto de meios de defesa ao cidadão quando confrontado com acusação na esfera judicial, despindo-o de prerrogativas instrumentos semelhantes quando tratar-se de acusações a infrações na esfera administrativa [228]. Eventual interpretação restritiva da incidência de garantias processuais tenderia à desfiguração da noção de

[227] Não se desconhece, todavia, a posição contrária de Marçal JUSTEN FILHO (2018, p. 342), para quem: "As características do processo administrativo no Brasil impedem a aplicação de institutos existentes no processo jurisdicional. Há diferenças insuprimíveis entre a função jurisdicional e a função administrativa. Certas peculiaridades essenciais do processo jurisdicional não podem ser aplicadas ao procedimento administrativo (e vice-versa)".

[228] Conforme Pedro de MENEZES NIEBUHR e Amanda Pauli de ROLT (2020).

processualidade ampla, implicaria no contrassenso de que em suas províncias o Estado estaria desincumbido de respeitar garantias individuais que, em controle futuro, seriam asseguradas ao próprio Estado em processo judicial.

O ponto é que, a existência de um conceito de processo com contornos traçados pela Constituição Federal, que expressamente iguala as esferas administrativa e judicial, implica aceitar a incidência das garantias fundamentais presentes no texto constitucional[229]. Então, deve-se considerar que a noção de contraditório e ampla defesa carrega consigo a incidência, sobre o processo administrativo, de outros valores garantidos aos cidadãos. Neste sentido, Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2014, pp. 520-521) traçam o seguinte raciocínio:

> Tomemos o caso das sanções administrativas. Um princípio geral do direito sancionador é que todo sujeito se presume inocente enquanto não seja provado que praticou uma infração e sua culpabilidade. [...] A Administração não pode prescindir deste princípio e impor sanções com base em uma simples e hipotética 'ciência privada' dos agentes, ou em meras presunções (excluídas do direito sancionador pelo princípio in dubio pro reo, que a jurisprudência contenciosa-administrativa mantém em nosso campo). No processo impugnatório que o sancionado deve ajuizar contra medidas dessa natureza, caso pretenda anulá-las, lhe será suficiente justificar a irregularidade do agir administrativo com essa simples razão formal; mas é absurdo que se tente onerá-lo, além disso, com o ônus de provar sua inocência – o que é normalmente impossível. [...]
>
> A autotutela declaratória da qual se beneficia a Administração desloca, pois, o ônus de acionar para a outra parte, onerada com a necessidade de manobra uma ação impugnatória para destruir a eficácia imediata que, por sua força exclusiva, tem as decisões administrativas, mas isto não significa que ocorra um deslocamento paralelo do ônus da prova, que, de forma normal, cabe à Administração, incorrendo em um vício legal e constitucional o ato que deixe de observá-la nesta hipótese.

Seguindo essa linha de raciocínio, compreende-se que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos consiste mecanismo prévio de autotutela da administração pública, mas que se dissipa quando contrastado com os direitos fundamentais reconhecidos.

---

[229] Neste sentido, ver Adilson de Abreu DALLARI e Sérgio FERRAZ (2012, p. 80).

4.4. Síntese Parcial do Capítulo

Em seu plano conceitual, as contratações públicas são pressionadas e permeadas por valores derivados do contraste entre anseios de eficiência da atividade administrativa e diretrizes derivadas das garantias fundamentais. Estas tensões entre eficientismo e garantismo dão lugar a um dilema, aqui designado, de cooperação no ambiente contratual, pelo qual a obtenção da eficiência deve ser coordenada com a valorização dos direitos fundamentais, o que exige parcela de cooperação aos fins almejados pela contraparte para atingimento de seus próprios desígnios, o que é extremado nas hipóteses de sancionamento.

Nesse contexto, a lógica, antes afirmada, de designação funcional da atividade administrativa, reconduzida pela feição conformadora do dever de proporcionalidade, torna viável a alinhamento de conceitos capazes de conferir instrumentalidade e materialidade para as penalidades no regime de contratações públicas. Daí a contribuição na ressignificação do conceito de sanção administrativa nos contratos administrativos, no que toca sua finalidade.

Os contratos administrativos possuem conteúdo intimamente relacionado a deveres prestacionais do Estado, portanto, integrantes das agendas e políticas públicas, com maior ou menor ênfase. É relevante, para que se mantenha uma ordem de valores alinhada aos primados administrativistas, que os instrumentos adotados no íntimo das relações contratuais tenham predominantemente desígnios voltados à consecução dos fins prestacionais da administração pública. Esta lógica imprime nas sanções em contratos administrativos um conceito atualizado e integrativo no sentido de compreender o instituto como instrumento de resposta ao cometimento de infração, vocacionada primacialmente a funcionaliza finalidades coletivas – tanto o interesse público como a preservação dos direitos e garantias fundamentais – e subsidiariamente a efeitos pedagógicos, sempre sob os valores da proporcionalidade.

A ressignificação da sanção em contratos administrativos, imprimindo-lhe um caráter funcional-pedagógico, tem implicações substanciais na atividade sancionatória, implicando uma aproximação da sanção com o conteúdo contratual e o abrandamento das dificuldades de caracterização da infração e determinação

da sanção, tudo em proveito da atenuação do desafio de legitimação da prerrogativa sancionatória. Além disso, incide na configuração do processo administrativo sancionador como ambiente de legitimação da atuação estatal, propenso a conduzir à decisão com melhor qualidade.

∴

∴

CONCLUSÕES

A atividade sancionatória em contratos administrativos originou-se e mantém-se sobre os pilares de poderes exorbitantes, atribuídos à administração pública como instrumento da noção de supremacia do interesse público. Nesse contexto, a administração pública utiliza em larga escala de sanções na gestão de seus contratos administrativos.

No entanto, tem ganhado força a percepção de que a qualificação do contrato administrativo como instrumento dotado de cláusulas exorbitantes está em processo de esgotamento, senão já falido, dada sua insuficiência para fundamentar a noção contemporânea de contratualização pública[230]. As críticas são centradas na percepção de que o regime jurídico acerca dos contratos administrativos não provê respostas condizentes com as demandas atuais, o que gera um quadro de insegurança jurídica latente[231].

I. O contrato administrativo transborda uma lógica de autoridade, o que é extremamente prejudicial para a constituição de um ambiente de legítima colaboração. O ponto é que as prorrogativas exorbitantes pressupõem campo de ampla discricionariedade administrativa, sem que existam parâmetros mínimos capazes de balizar o exercício de tais poderes. Se por um lado os gestores públicos se ressentem de diretrizes claras de como procederem, noutro ângulo os particulares contratados, em condição de subserviência, acumulam incertezas acerca da natureza e dimensão de eventuais decisões impostas pela administração contratante.

A capacidade de aplicar penalidades é uma das principais prerrogativas da administração pública, porque imprime gravames ao patrimônio e esfera jurídica dos particulares. Tal competência é pronunciada na relação contratual a partir de um contexto mais amplo de um poder sancionador geral atribuído ao Estado. As doutrinas do Direito Administrativo Sancionador buscam construir um referencial

---

[230] Nesse sentido, ver Gustavo Henrique JUSTINO DE OLIVEIRA (2008, pp. 43-44).

[231] Joel de MENEZES NIEBUHR (2018) adverte que “não há apenas um culpado, são vários os fatores que se somam para o ocaso das contratações públicas, a maioria deles relacionada à insegurança jurídica, que remete, por sua vez, à própria gênese do Contrato Administrativo brasileiro, caracterizado pelas chamadas cláusulas exorbitantes”

teórico centrado na qualificação da atividade sancionatória da administração pública como instrumento a serviço dos interesses públicos e vocacionado à concretização das garantias e direitos fundamentais.

II. O poder sancionatório do Estado deve ser incorporado, conforme tendência das teorias do Direito Administrativo Sancionador, como instrumento de gestão pública, deixando de lado suas características puramente repressivas e retroativas. O poder de sancionar deve ser guiado por uma perspectiva de prevenção de riscos, antes buscando o condicionamento e conformação de comportamentos. Os instrumentos de coerção podem ser colocados à disposição de políticas e agendas públicas, tornando-se ferramentas para a consecução de finalidades legítimas. O regime de sancionamento pode ser plural e adaptável às particularidades que permeiam os heterogêneos quadrantes de atuação da administração pública.

As teorias em torno do *ius puniende* têm contribuído para a construção de uma racionalidade atualizada acerca do exercício de prerrogativas sancionatórias pela administração pública. A atividade sancionatória da administração pública deve estar atrelada aos valores próprios do Direito Administrativo, o que implica, a um só tempo, a tendência de superar o estigma da sanção apoiada sobre uma lógica de autoridade para, assim, conectá-la à função de instrumentalidade em prol da gestão pública e das liberdades fundamentais[232].

Essa construção teórica apoia-se em concepções responsivas e de prevenção de riscos. Os fundamentos responsivos predicam que as respostas punitivas do Estado possam variam de acordo com seu entorno e aspectos comportamentais dos atores envolvidos, pressupondo, assim, uma racionalização dos instrumentos empregados pela administração pública. Os fundamentos de identificação e prevenção de riscos abordam um modelo normativo flexível de sancionamento, escalando o grau de severidade de seus instrumentos em razão da estatura dos riscos projetos das atividades.

III. O exercício das prerrogativas sancionatórias pela administração pública pode ser pautado por premissas de um modelo, que aqui denomina-se, funcional.

---

[232] Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Rafael Véras de FREITAS (2018), o Direito Administrativo Sancionador atual "é predicador de uma interpretação que seja consentânea com quadrantes de uma administração pública responsiva, que processualiza, por intermédio do consenso e de um viés pragmático (e prospectivo), os múltiplos interesses enredados no procedimento administrativo sancionador".

O modelo funcional apoia-se em três premissas principais: (a) prescreve à sanção um caráter instrumental submetido aos fins de interesse público e às garantias e liberdades individuais; (b) sujeita a atividade punitiva à concretização de políticas e agendas públicas; e, (c) confia à administração pública a responsabilidade de ponderar com viés pragmático a solução, em relação à extensão e eficácia da sanção, mais adequada e compatível aos valores jurídicos consagrados pelo ordenamento constitucional.

Nesse contexto, o problema da atividade sancionatória ganha complexidade quando inserido no cenário de tensão existente entre as concepções do garantismo e do eficientismo. Se por um lado, a ideia de eficiência ancora-se na premissa de que a obtenção de resultados poderia justificar a aceleração dos meios de sua realização, noutra esquina, o garantismo busca assegurar maior grau de proteção às garantias individuais e liberdades públicas, balanceando-as em critérios de proporcionalidade e vedação a excessos. O ponto é que as distintas perspectivas de cada uma destas teorias, dadas as feições antagônicas de seus substratos, moldam diferentes respostas estatais.

IV. No contexto brasileiro, o regime jurídico das sanções contratuais é rarefeito e poroso, o que aumenta drasticamente a exposição da relação público-privado às tensões derivadas do contraste entre os anseios de eficiência e os valores das garantias fundamentais. Além da escassez e imprecisão legislativa, a doutrina não tem dedicado esforços de estruturação sobre o tema, reiterando, no entanto, críticas no plano da legalidade no sentido de impulsionar uma ampliação do quadro normativo.

Percebe-se que este ambiente, de risco exponencial e insuficiência regulatória, impacta significativamente no desafio de legitimação das sanções administrativas em contratações públicas. Assim porque a atividade sancionatória recai em uma zona de penumbra, da qual decorre o receio da prevalência da lógica da autoridade resultando no uso desmedido da força em seara de ampla discricionariedade, a das sanções contratuais.

V. O déficit de legitimação das medidas públicas é significativamente mais profundo em relação aos contratos administrativos no Brasil, porque estes são alvo de grande desconfiança de ordem ética. As denúncias de esquemas corruptivos dos últimos anos vêm aguçando as suspeitas acerca da verdadeira conexão dos contratos administrativos com fins públicos.

A disciplina das sanções contratuais compartilha o mesmo rigor de legitimação, dado que incidente em situações de anomalia derivadas de condutas ilícitas. Esse contexto exige da administração pública precauções redobradas em relação ao sancionamento, que observe maior grau de retidão de suas práticas com os valores jurídicos consagrados, e, que procure maior coerência em suas medidas frente aos desígnios coletivos.

VI. O dever de proporcionalidade constitui valor propenso a assegurar o equilíbrio das forças que concorrem nas relações contratuais e, em consequência, atenuar o déficit de legitimação das sanções administrativas. Em sua trajetória de expansão, a proporcionalidade migrou de método de controle para instrumento de significação e aplicação prática no campo de ação da administração pública, o que foi acompanhado pela sofisticação de seu conteúdo e sua incidência.

O contexto atual de incidência do dever de proporcionalidade advém da ampliação do âmbito de proteção dos bens, valores e interesses constitucionais, extravasando os limites do controle meramente negativo para adentrar ao campo dos deveres de ação positiva e prospectiva do Estado. Este movimento, emblematicamente representado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, implicou um ganho qualitativo na doutrina da proporcionalidade, conferindo-lhe uma dupla feição: conformadora prévia da percepção sobre as atividades da administração pública; e, diretriz metodológica de determinação em concreto da adequação, necessidade e ponderação das medidas impostas frente às garantias fundamentais.

VII. O dever de proporcionalidade, enquanto vetor de conformação do fim, prospecta o condicionamento da percepção da administração pública sobre o conceito dos instrumentos empregados em sua atividade. Esta feição tem como principal virtude permitir a pré-estruturação dos significados operativos de forma a dar-lhes a propensão de melhor atendimento aos critérios de vedação a excessos e dever de proteção suficiente na medida concreta.

A ideia de conformação ao fim – apoiada na noção de proporcionalidade como instrumento – mostra-se apta a conferir o conteúdo valorativo para o esforço de aproximação do Direito Administrativo Sancionador aos primados administrativistas. Porque dela decorre a orientação no sentido de incutir na gênese das sanções administrativas um significado propenso a coibir excessos e assegurar proteção aos direitos fundamentais.

VIII. Os contratos administrativos estão intimamente relacionados aos deveres prestacionais do Estado, assim também constituem instrumentos essenciais na consecução das agendas e políticas públicas. A vinculação do conteúdo do contrato administrativo com o respectivo dever pestacional designa sua finalidade precípua, de modo a tornar relevante que as intervenções e medidas impostas à relação contratual tenha propósito instrumental àquela finalidade.

IX. As sanções administrativas, porque representativas de intervenções à esfera do contratado capazes de desestabilizar a cooperação contratual, integram o conjunto de medidas que podem, e devem, assumir um significado positivo e prospectivo da atividade administrativa. Daí dizer que as sanções devem priorizar a valorização dos fins prestacionais do contrato como seu principal desígnio.

X. Propõem-se uma ressignificação do conceito de sanção nos contratos adminisatrativos, entendendo-a como instrumento de resposta ao cometimento de infração, vocacionada primacialmente a funcionaliza finalidades coletivas – tanto o interesse público como a preservação dos direitos e garantias fundamentais – e subsidiariamente a efeitos pedagógicos, sempre sob os valores da proporcionalidade.

A atualização conceitual proposta estriba-se no impulso teórico de reaproximação das atividades administrativas com o núcleo de primados do Direito Administrativo; ainda, orienta-se pelos valores do dever de proporcionalidade, sob o ponto de vista da confirmação ao fim, relativos à vedação a excessos e garantia de proteção suficiente.

XI. O conceito de sanção funcional-pedagógica pretende priorizar como ordem de valores a primazia das finalidades prestacionais do contrato administrativa, sem descurar de seus desígnios preventivos.

XII. Implicação relevante da atualização conceitual sobre o tema resulta no abrandamento do desafio de legitimação da atividade sancionatória, porque aproxima a sanção do conteúdo do contrato e atenua as dificuldades de caracterização da infração e determinação da sanção. Além disso, contribui para a constituição do processo administrativo sancionador como meio de obtenção da a decisão de melhor qualidade e justa.

∴

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review Journal, v. 113, n. 3, jan. 2000, pp. 633-725. Cambridge: Harvard Law Review Association, 2000.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Tradução para o inglês de Julian Rivers. Oxford: Oxford University, 2002.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução para o português de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALCES, Jonas Figueiredo. **A Teoria do Adimplemento Substancial (Substacial Performance) do Negócio Jurídico**. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. Leituras complementares de direito civil. Salvador: Jus Podivum, 2.ed. 2009

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

ALVEZ, Jonas Figueiredo. **A Teoria do Adimplemento Substancial ("Substancial Performance") do Negócio Jurídico como Elemento Impediente ao Direito de Resolução do Contrato**. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jonas Figueiredo (coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, volume 4.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 de março de 2019.

ANTUNES, Luíz Filipe Colaço. **Interesse Público, Proporcionalidade e Mérito: relevância e autonomia processual do princípio da proporcionalidade**. *In*:

Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 539-575.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. **Parcerias Empresariais Público-Privadas: as parcerias e outras formas associativas em oportunidades de negócio na Lei das Estatais**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 215, jan./mar. 1999, pp. 151-179.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Nova Iorque: Oxford University, 1992.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. **Really Responsive Regulation**. LSE Legal Studies Working Paper, n. 15, dez. 2007, 48 p. Londres: London School of Economics and Political Science. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1033322>. Acesso em 02 abr. 2019.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Relatividade da Competência Discricionária**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, Madrid: Centro de Estudos Politicos y Constitucionales, pp. 17-26.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University, 2012

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./mai. 2007, 41 p. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05/12/2018.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEATTY, David. **The Ultimate Rule of Law**. Oxford: Oxford University, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução para o português de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BETTER REGULATION TASK FORCE. **Less is More: reducing burdens, improving outcomes**. Londres, 2005, 69 p. Disponível em: < https://www.regulation.org.uk/library/2005_less_is_more.pdf>. Acesso em 25 mar. 2019.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador: IBDP, n. 13, mar./abr./mai., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Sanção e Acordo na Administração Pública**, São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Sanções Administrativas: diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>. Acesso em 08 fev. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato : entenda o caso**. Disponível em : <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 29 abr. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **Perfil Constitucional da Licitação**. Curitiba: Zênite, 1997.

BROWN, Richard. **Theory and Practice of Regulatory Enforcement: occupational health and safety regulation in British Columbia**. Law & Policy, v. 16, n. 1, jan. 1994. Denver: Wiley Blackwell, pp. 63-91.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos Contraos e Teoria do Adimplemento Substancial. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. **O Pincípio da Proibição de Excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Lisboa. Lisboa, Portugal.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional**. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.) Nos Dez Anos da Constituição. Lisboa: IN-CM, 1986.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CASTILHO, Paulo César de Baria. **Confisco Tributário**. Editora Revista do Tribunais, 2002.

CERVEIRA, Fernanda Pessôa. **Fundamentos do Poder Administrativo Sancionador: O exame da culpabilidade na infração administrativa**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

COELHO, Sacha Calmon de Navarro. **Teoria e prática das multas tributárias**. São Paulo: Forense, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas**. *In*: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, volume 2.

CORREIA, Jorge André de Carvalho Barreira Alves. **Contrato e Poder Público Administrativo: sobre a compatibilidade entre contrato e autoridade no Direito Administrativo**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade de Coimbra.

COSTA, Yahn Rainer Gnecco Marinho da. **Delineamentos Sobre a Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção no Brasil**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo.

CRETELLA JÚNUIR, José. **O Desvio de Poder na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O Estado Democrático de Direito como Princípio Constitucional Estruturante do Direito Administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba: Index Law Journals, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016, pp. 145-167.

_____. **A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial: limita-me ou te devoro!**. Revista Sequência, Florianópolis: UFSC, n. 75, abr. 2017. pp. 219-242.

CUNHA, Bruno. **Aplicabilidade da Lei Federal n. 9.784/99**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ Sérgio. **Processo Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. Revista Atualidades Jurídicas, Belo Horizonte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012, pp. 83-106.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, tomo I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

_____. **Sistema y Valores Administrativos**. 1ª ed. Madrid: Ciudad Argentina, 2003.

DUARTE, David. **A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória**. Coimbra: Almedina, 2006.

DUFAU, Valérie. **Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif: l'administration sous la contrainte**. Paris: L'Harmattan, 2000.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. São Paulo: Expressão popular, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomáz-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 15ª ed. Madrid: Thomson Reuters, 2011, volume 1.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução para o português de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, volume 1.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem Pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almedina, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1977, vs. 1 e 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Obrigações**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. *In*: ABDCONST. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst, 2011, pp. 95-113.

_____. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André

Karam (coord.). Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 13-56.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba: Unibrasil, v. 12, n. 12, jul./dez. 2012, pp 167-185.

_____. **Infrações e Sanções Administrativas**. *In*: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia jurídica da PUC/SP: Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 1ª Ed. São Paulo: PUC/SP, 2017, 34 p. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/infracoes-e-sancoes-administrativas_58edbe4358454.pdf>. Acesso em 02 abr. 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5 Ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANÇA. Conseil D'Etat. **Les décisions les plus importantes du Conseil d'État**. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat>. Acesso em 08 fev. 2018.

FRANÇA. Tribunal des Conflits. **Quelques grands arrêts du Tribunal des Conflits**. Disponível em: <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>. Acesso em 08 fev. 2018.

FREITAS, Izaías Dantas. **A Finalidade da Pena no Direito Administrativo Disciplinar**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, pp. 119-128.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Princípios e Normas Gerais**. *In*: Atas do II Seminário de Direito Administrativo: Licitações e Contratos – Direito Aplicado; 14 a 18 jun. 2004, São Paulo: TCM/SP. Disponível em: <https://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Anais do II Seminário de Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional; 4 e 5 set. 2008, São Paulo. Porto Alegre: IIEDE, 2012. Disponível em: <http://www.iiede.org.br/uploads/paginas/file/sistemaadministrativosancionadoredireitosfundamentais2.pdf>. Acesso em 08 fev. 2018.

GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif: droit administratif général, l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs**. 16ª ed. Paris: LGDJ, 2001, tomo 1.

GUIMARÃES, Edgar; MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Tradução para o inglês de William Rehg. Cambridge: MIT, 1996.

HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba: UniBrasil, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, pp. 340-399. Disponível em:

<http://www.ninc.com.br/img/artigos/arquivo_20150816115912_194.pdf>. Acesso em 12 jun. 2018.

HAMPTON, Philip. **Reducing Administrative Burdens: effective inspection and enforcement**. Londres, mar. 2005, 147 p. Disponível em <http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica. Rio de Janeiro: Renovar.

JACOBS, Francis G. **Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law'**. *In:* ELLIS, Evelyn. The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Oxford: Hart Legal, 1999, pp. 1-22.

JOHNSTONE, Richard. **Putting the Regulated Back into Regulation**. Journal of Law and Society, v. 36, n. 3, set. 1999, pp. 378-390. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1410751>. Acesso em 11 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC), n. 100, jun. 2002. Curitiba: Zênite, pp. 492-503.

_____. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5º ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Corrupção e Contratação Administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC), n. 258, ago. 2015. Curitiba: Zênite, pp. 721-723

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada**. *In*: JUSTEN, Monica Spezia; TALAMINI, Eduardo (coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 83-119.

_____. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Administração Pública Democrática e a Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, v. 5, n. 1, jan./jun. 2008, pp. 83-105.

_____. **Hiperativismo do Controle Versus Inércia Administrativa**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em 14 fev. 2019.

_____. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato**. Revista Síntese de Direito Administrativo, São Paulo: Síntese, v. 12, n. 141, set. 2017, pp. 311-326.

KUMM, Mattias. **Constitutional Rights as Principles: on the structure and domain of constitutional justice**. International Journal of Constitutional Law, v. 2, n. 3, jul. 2004, Nova Iorque: Oxford University, pp. 574-596.

LASO, Enrique Sayagues. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3 Ed. Montevidéu: FCU, 2010, volume 1.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**. 19ª ed. Paris: Dalloz, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. Revista de Doutrina da 4º Região, n. 15, nov. 2006, 24 p. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60849/devido_processo_legal_substancial.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MACRORY, Richard. **Regulatory Justice: sanctioning in a post-Hampton World**. Londres, mai. 2006, 109 p. Disponível em <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Regulatory%20Justice%20Sanctioning%20in%20a%20post-Hampton%20World%201.pdf>. Aceso em 15 abr. 2019.

MARINS, Vinícius. **Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília: Presidência da República, v. 7, n. 74, ago./set. 2005, pp. 64-84.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 107, dez. 2009, pp. 74-82.

_____; FREITAS, Rafael Véras de. **O Artigo 22 da LINDB e os Novos Contornos do Direito Administrativo Sancionador**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador#_ftn6>. Acesso em 12 abr. 2019.

MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Revista de Contratos Públicos, Belo Horizonte: Forum, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97114>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário**. Colunistas de Direito do Estado, n. 74, fev. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>. Acesso em: 15. Abr. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Atributos do Ato Administrativo**. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, volume 5.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDEIROS, Fábio Mauro. **O Novo Entendimento do TCU Acerca das Aplicações de Sanções no Âmbito dos Contratos Administrativos (Quando Aplicá-lo)**. Revista Virtual da AGU, ano XII, n. 130, dez. 2012. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/226298>. Acesso em 05 jun. 2018.

MEDINA ÓSORIO, Fabio. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed. [atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Cecília Maria Prendes e Maria Lúcia Mazzei de Alencar]. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

_____. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015(A).

_____. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015(B).

_____. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015(C).

_____. **10 Medidas de Combate à Insegurança Jurídica e ao Inadimplemento da Administração Pública em Contratos Administrativos**.

Colunistas de Direito do Estado, n. 270, out. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>. Acesso em 12 mai. 2018.

_____. **O Fracasso do Contrato Administrativo**. Colunistas de Direito do Estado, n. 401, mai. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-fracasso-do-contrato-administrativo>. Acesso em 30 mai. 2018.

_____. MENEZES NIEBUHR, Pedro. **Administração Pública do Medo: ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente**. JOTA, 23.11.2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-23112017>. Acesso em 05 mai. 2018.

MENEZES NIEBUHR, Pedro; ROLT, Amanda Pauli de. **O Ônus da Prova da Acusação nos Processos Administrativos: a prevalência do princípio da presunção de inocência frente à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos**. No prelo, 2020, 12 p.

MIRZA, Flavio. **Processo Justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo***. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro: UERJ, v. 5, n. 5, jan./jun. 2010, pp. 540-559.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência**. Revista Interesse Público, São Paulo: Notadez, n. 7, 2000, pp. 65-75.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos**. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano

de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 545-562.

_____. **Sistema Administrativo Sancionador e Direitos Fundamentais: algumas considerações sistemáticas**. *In*: Anais do II Seminário de Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional; 4 e 5 set. 2008, São Paulo. Porto Alegre: IIEDE, 2012. Disponível em: <http://www.iiede.org.br/uploads/paginas/file/sistemaadministrativosancionadoredireitosfundamentais2.pdf>. Acesso em 08 fev. 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

_____. **Régimen Sancionador de las Administraciones Públicas: últimas novidades. Passos recientes del processo sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador**. Revista QDL, Madrid: Fundacíon Democracia y Gobierno Local, n. 14, jun. 2007, pp. 7-13.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, n. 2019, jan./mar. 2000, pp. 127-151.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassermer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GOLÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco de. **Código de Processo Administrativo Comentado**. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2010, volume 1.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Yara Beatriz Cruz de. **Dosimetria da Penalização nos Contratos Administrtivos**. Porto Alegre: INDEP, 2013.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Better Regulation in Europe: United Kingdom**. Paris, 2010, 169 p. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/44912232.pdf>. Acesso em 25 mar. 2019.

OTERO, Paulo. **Direito Administrativo: relatório**. Coimbra: Coimbra, 2001.

PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **As Várias Faces do Princípio do Contraditório no Processo Administrativo**. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Atuais Rumos do Processo Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 109-173.

PEREIRA, César A. Guimarães. **O Regime Jurídico das Licitações no Brasil e o Mercosul**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV, n. 222, out./dez. 2000, pp. 117-132.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PÉREZ, Jesús Gonzaléz. **La Ética en la Administración Pública**. 2ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (coord.). The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University, 2012, pp. 1.302-1.327.

PESSOA NETO, José Antonio. **A Utilização do Pregão para Concessão Administrativa de Uso**. Informativo de Licitações e Contratos, n. 205, mar. 2011. Curitiba: Zênite, pp. 229-236.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 5 ed. São Paulo: Método, 2014.

PÓ, Marcos Vinícius. **O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências**. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

PUIG, Manuel Rebollo. **El Derecho Administrativo Sancionador**. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo Gárcia de Enterria. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; CARRASCO, Manuel Izquierdo; SOTOMAYOR, Lucía Alarcón; ARMIJO, Antonio Maria Bueno. **Country Analysis – Spain**. *In:* JANSEN, Oswald (coord.). Administrative Sanctions in the European Union. Cambridge: Intersentia, 2013, pp. 515-552.

PULIDO, Carlos Bernal. **La Migracion del Principio de Proporcionalidad a Través de Europa**. *In*: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; FIERRO, Héctor Fix; VALADÉS, Diego (coord.). Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y

Vida Universitaria. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, tomo IV, volume 1, pp. 235-276.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROJAS, Andres Serra. **Derecho Administrativo: doctrina, legislacion y jurisprudencia**. 4ª ed. Cidade do México: Libreria de Manuel Porrua, 1949, tomo 2.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIM, Claus. **Derecho Penal: parte general; fundamentos; la estructura de la teoria de delito**. 2ª Ed. Madrid: Civitas.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2004.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. **Diálogos Público-Privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da, **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, abr. 2002, pp. 23-50.

SOTO DELGADO, Pablo. **Determinación de Sanciones Administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental**. Anuario de Derecho Público, 2016. Santiago: Universidad Diego Portales, pp.374-407.

SRIRANGAM, Veena. **A Difference in Kind: proporcionality and Wednesbury**. IALS Student Law Review, v. 4, n. 1, set./dez. 2016, pp. 46-66.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo para Céticos**. 2º Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Chega de Axé no Direito Administrativo**. HUFFPOST, 21.03.2014. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em 05 mai. 2018.

TÁCITO, Caio. **O Abuso do Poder Administrativo no Brasil: conceito e remédios**. Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

_____. **O princípio da legalidade: ponto e contraponto**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. n. 242, out./dez. 2005, pp. 125-132.

_____. **Temas de Direito Público: estudos e pareceres**. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, volume 1.

TSAKYRAKIS, Stavros. **Proportionality: na assalto n human rights?**. International Journal of Constitutional Law, v. 7, n. 3, jul. 2009, Oxford: Oxford University, pp. 468–49.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Colunistas de Direito do Estado, n. 71, jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 05 mai. 2018.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Tradução para o português de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

ZANOBINI, Guido. **Corso de Diritti Amministrativo**. 5ª ed. Milano: DottA. Giffré, 1958, volume 1.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUNINO, Pablo Leiza. **Contratos de la Administracíon Pública**. Montevidéu: FCU, 2012.

Decisões

STF: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927/RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Publicação no DJ em 11/11/1994.

STF: Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.823/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJ em 16/10/1998.

STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.070/RN. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJ em 19/12/2007.

STF: Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 30.349/DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicado no DJ em 19/04/2012.

STJ: Recurso Especial n. 914.087/RJ. Relator: Ministro José Delgado. Publicado no DJ em 29/10/2007.

TCU: Acordão n. 2.079/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça. Julgado em 03/10/2007.

TCU: Decisão n. 907/1997. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Julgado em 11/12/1997.

TCU: Acórdão n. 653/2008. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 16/04/2008.

TCU: Acórdão n. 2530/2015. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgado em 14/10/2015.

TCU: Acórdão n. 2.081/2014. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Julgado em 06/08/2014.