



LISANDRO ANTUNES PAZ

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA E A
POSSIBILIDADE DE, NA MODALIDADE DO PREGÃO, CUMULAR AS SANÇÕES
PREVISTAS NA LEI Nº 10.520/02 COM AS DA LEI Nº 8.666/93**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

LISANDRO ANTUNES PAZ

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA E A
POSSIBILIDADE DE, NA MODALIDADE DO PREGÃO, CUMULAR AS SANÇÕES
PREVISTAS NA LEI Nº 10.520/02 COM AS DA LEI Nº 8.666/93**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

Lisandro Antunes Paz

A discricionariedade administrativa sancionatória e a possibilidade de, na modalidade do Pregão, cumular as sanções previstas na Lei nº 10.520/02 com as da Lei nº 8.666/93

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília-DF, 31 de agosto de 2016

Prof. (Título) [Nome do Orientador]
Professor Orientador

[Nome do membro da Banca com sua titulação e instituição a qual é vinculado]
Membro da Banca Examinadora

[Nome do membro da Banca com sua titulação e instituição a qual é vinculado]
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha esposa Patrícia, pelo apoio incondicional, a meus filhos Felipe e Helena, à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Patrícia pela paciência, apoio incondicional e pelo incentivo para realização desta conquista.

Aos meus familiares por sua presença constante em nosso cotidiano e, principalmente, aos meus queridos e amados filhos, Felipe e Helena, fontes inesgotáveis de amor, beleza e inspiração.

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar se o ordenamento jurídico, os princípios e paradigmas que regem o Estado Democrático de Direito e o novo ideal de administração pública gerencial, considerados de maneira sistemática, podem fornecer limites e fundamentos para o uso eficiente do poder discricionário do administrador a aplicação de sanções da Lei 8.666/1993, por ocasião da elaboração de editais de licitação e termos de contratos públicos regidos pela Lei 10.520/2002. Para tal, seu conteúdo será tecido mediante pesquisa bibliográfica e documental e será lançado mão de estratégia metodológica de cunho qualitativa para extrair uma sistemática de conceitos analíticos que possam servir de parâmetros para o desnudamento de contextos específicos e precisos de aplicação da discricionariedade administrativa em sede de sanções administrativas. Espera-se ao final a confirmação da viabilidade jurídica de se cumular as sanções do Estatuto das Licitações e Contratos e da Lei do Pregão, mediante o exercício da discricionariedade administrativa, para que se possa formatar uma sistemática sancionatória contratual condizente com o Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: contrato administrativo; cláusulas exorbitantes; sanção contratual; legalidade; eficiência; proporcionalidade

ABSTRACT

This work aims to analyze the legal system, the principles and paradigms that govern the democratic rule of law and the new ideal of managerial public administration, considered systematically, can provide limits and grounds for the efficient use of the discretion of the application administrator penalties of Law 8.666 / 1993, during the preparation of bidding documents and terms of public contracts governed by Law 10.520 / 2002. To do this, your content will be woven through bibliographic and documentary research and will be released hand methodological strategy of qualitative nature to extract a systematic analytical concepts that can serve as parameters for the denudation of specific and precise contexts of application of administrative discretion in seat administrative sanctions. It is expected the end to confirm the legal feasibility of cumulate sanctions Bids Statute and Contracts and Bidding Law, through the exercise of administrative discretion so that if I format a contractual penalty systematic consistent with the democratic rule of law .

Keywords: administrative contract; exorbitant clauses; contractual penalties; legality; efficiency; proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	9
1.1 Conceito de contrato administrativo	9
1.2 Cláusulas exorbitantes	12
1.3 O contrato administrativo e Direito Administrativo pós-moderno	21
2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS	25
2.1 Relação jurídica contratual e sanção.....	25
2.2 Princípios aplicáveis à sistemática sancionatória contratual	33
3 APLICAÇÃO CUMULATIVAS DE SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/1993 E NA LEI 10.520/2002.....	44
3.1 Limites à discricionariedade administrativa e sanções contratuais previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002	45
3.2 A possibilidade de cumulação de sanções da Lei 8.666/1993 e da Lei 10.520/2002 na modalidade licitatória do pregão.....	55
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro não pode prescindir de aperfeiçoar seus mecanismos de contratação pública, notadamente do manejo legítimo e justo das cláusulas exorbitantes e, dentre elas, a que lhe mune com o poder de prescrever infrações e de aplicar sanções ao particular que descumpra regras licitatórias ou contratuais. O contrato administrativo é um instituto jurídico fundamental para o fortalecimento da economia e para o crescimento do País, mais que instrumento concreto para a aquisição no mercado dos meios materiais para a realização do interesse público. Por meio dele, o Estado não só supre suas necessidades e operacionaliza suas ações em prol da sociedade, como também, dentre outros préstimos, estimula o mercado, impulsiona pequenas e microempresas, incentiva o desenvolvimento científico-tecnológico. Mormente, o contrato administrativo e o procedimento licitatório, quando este o precede, permitem ao Estado materializar o princípio da igualdade, na medida em que oportunizam a todo e qualquer particular, que atenda aos requisitos técnicos e legais, estabelecer uma relação contratual com a Administração Pública.

O exercício inadequado do poder sancionatório, seja para a definição de infrações administrativas, seja para aplicação das respectivas sanções, pode gerar uma restrição da competitividade lesiva ao interesse da própria Administração e da sociedade como um todo.

A pesquisa proposta tem por tema a discricionariedade administrativa conferida ao administrador público pela Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei do Pregão, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para prescrição de infrações administrativas e sua respectiva vinculação da sanção legal pertinente, no campo da contratação pública.

A escolha do tema deu-se, principalmente, pela insegurança jurídica e instabilidade que pairam sobre as relações contratuais estabelecidas entre os particulares, contratados ou licitantes, e a Administração Pública, ou equiparados a ela para esse fim, geradas pelo conflito de entendimentos que impera na doutrina, nos órgãos de controle e na jurisprudência pátrias acerca da sistemática de previsão

e de aplicação das sanções administrativas em sede de contratações públicas, regidas pelas Leis nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

Desde o surgimento da Lei nº 8.666/93 no cenário jurídico pátrio, casos de corrupção e de desvio de recursos públicos, por meio de licitações e contratos fraudulentos têm-se acumulado na memória dos brasileiros. A falsa percepção do legislador de que a Lei Geral de Licitações e outras que lhe seguiram seriam a solução para o aprimoramento da contratação pública brasileira há muito se dissipou. Embora nesse ínterim tenham surgido novas leis que procuraram aperfeiçoar os mecanismos de contratação, por meio de prescrições especiais de contratação pública, tais como a Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), a doutrina e jurisprudência brasileiras são uníssonas em afirmar que o cenário das licitações e contratações nacionais é preocupante e que o excesso de formalismo, o uso inapropriado das cláusulas exorbitantes, entre outros fatores, tem-se revelado extremamente danosos para o desenvolvimento de uma sistemática eficiente de contratação pública, principalmente no que se refere a contratação de obras de grande porte e de infraestrutura. Nesse contexto, resta clara a necessidade de se estudar profundamente, entre outros, os mecanismos de sanção na seara contratual. Entendê-los para aplicá-los como instrumentos disciplinadores em prol da finalidade maior do contrato administrativo, a realização do interesse público, e não como forma de subjugar o contratado à superioridade estatal.

No campo acadêmico muitos são os embates de teses e entendimentos acerca da determinação de infrações e da aplicação de sanções àquele que contrata com o Estado. A pesquisa almeja adentrar-se nesse turbilhão de conceitos e entendimentos e dele extrair premissas e fundamentos sólidos que possam estabelecer não caminhos, mas ao menos trilhas, que estimulem novas pesquisas, coloquem em evidência idiosincrasias, provoquem inquietações e, principalmente, contribuam para a evolução do tema.

Desta feita, esta pesquisa objetiva analisar se o ordenamento jurídico, os princípios e paradigmas que regem o Estado Democrático de Direito e o novo ideal

de administração pública gerencial, considerados de maneira sistemática, podem fornecer limites e fundamentos para o uso eficiente do poder discricionário do administrador, na seara sancionatória, inclusive possibilitando-o lançar mão de alternativas de aperfeiçoamento de regras licitatórias e contratuais sancionatórias, tal como a aplicação de sanções da Lei 8.666/1993, por ocasião da elaboração de editais de licitação e termos de contratos públicos regidos pela Lei 10.520/2002. Para tanto foram elaboradas as seguintes hipóteses: - os princípios da legalidade, este considerado em seu sentido amplo, da proporcionalidade e da eficiência fundamentam a prerrogativa de o administrador aplicar sanções da Lei 8.666/1993 nos certames e contratos, regidos pela Lei 10.520/2002, e, assim, mitigar a ausência de parâmetros objetivos para a determinação do *quantum* da sanção; - mediante a análise combinada dos artigos 7º, parte final, e artigo 9º, ambos da Lei nº 10.520/02, pode-se concluir que o legislador, ao editá-la, visava a garantir ao administrador a prerrogativa de cumular sanções na modalidade do pregão.

O enfrentamento da problemática consubstanciada nesse trabalho dar-se-á pela pesquisa bibliográfica e documental para, por meio dela, lançando-se mão de uma estratégia metodológica de cunho qualitativa, extrair uma sistemática de conceitos analíticos que possam servir de parâmetros para o desnudamento de contextos específicos e precisos de aplicação da discricionariedade administrativa em sede de sanções administrativas. A análise perpassará conceitos técnico-jurídicos tais como: contratos administrativos; cláusulas exorbitantes; sanções administrativas; princípios do direito administrativo; discricionariedade; Interpretação teleológica e sistemática.

O objeto de estudo será abordado mediante pesquisa dogmática ou instrumental. A pesquisa e análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente permitirão identificar fundamentos jurídicos consonantes com a Constituição Federal de 1988 e que possibilitem identificar os contornos da atividade do administrador público por ocasião do manejo da discricionariedade administrativa para a prescrição de infrações e de sanção em procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

No capítulo I será abordado o conceito de contrato administrativo e destacados os seus aspectos diferenciadores do contrato privado. Ademais, seram

identificadas as cláusulas exorbitantes e expostas suas características. Por fim, o instituto do contrato administrativo será contextualizado no cenário do direito administrativo vigente atualmente no Brasil.

No capítulo II, a relação jurídica contratual e as sanções administrativas contratuais serão o objeto de análise, bem como buscar-se-á identificar os princípios que incidem de maneira mais incisiva sobre a atuação discricionária do administrador público por ocasião da prescrição de infrações e a vinculação a elas de respectivas sanções.

Por fim, no último e terceiro capítulo serão analisados aspectos do ato discricionário, bem como os limites extraíveis do ordenamento jurídico acerca da atuação discricionária na prescrição de infrações/sanções e, ainda, a possibilidade de aplicação das sanções prescritas na Lei 8.666/1993 nos certames e contratos regidos pela Lei 10.520/2002.

A título de conclusão, serão apresentadas as percepções pessoais deste pesquisador acerca da investigação proposta e, espera-se que elas, nada obstante a ausência de posições firmadas na doutrina e jurisprudência pátrias, possam se prestar a, ao menos, instigar e estimular outros estudos e reflexões acerca do quadro sancionatório contratual vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1. Conceito de Contrato Administrativo

A doutrina não é uníssona quando se trata da natureza jurídica dos contratos administrativos e, conseqüentemente, da posição de supremacia da Administração Pública perante o particular em sede de contratação pública. Maria Zanella Di Pietro¹, ao analisar a questão, nos esclarece que predominam três correntes de pensamento que buscam elucidar a essência desse instituto tão caro ao direito administrativo.

Segundo a jurista, a primeira corrente nega a existência do contrato administrativo sob o argumento de que o contrato administrativo não acolhe os princípios basilares que disciplinam o instituto dos contratos no ordenamento jurídico pátrio, que são: igualdade entre as partes; autonomia da vontade; e, força obrigatória das convenções. Para os defensores desse entendimento, o princípio da igualdade resta maculado na medida em que a Administração, ao firmar seus contratos, coloca-se em situação de superioridade em relação ao particular; a autonomia da vontade não subsiste pois, tanto a Administração, quanto o particular, não são livres para escolher o teor do contrato, aquela por ter que observar o princípio da legalidade e este por ter que submeter-se às cláusulas unilateralmente impostas pela Administração; a final, o princípio da observância obrigatória das convenções, por estar sujeito a sofrer alterações unilaterais destinadas a atender o interesse público.

Assevera, ainda, que há aqueles que entendem que todo e qualquer contrato celebrado pela Administração seria contrato administrativo em virtude de ser o regime jurídico de direito público o regente de toda a formatação do acordo, pois nele que são estabelecidas as competências, a forma do acordo e sua finalidade.

E, por fim, conclui que a maioria entre os administrativistas admite a existência, sim, do contrato administrativo e o distingue do contrato de direito privado

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263-265.

firmado pela Administração Pública. Vários são os fundamentos para justificar essa tese e a doutrina os reúne em critérios, dentre esses, pode-se destacar o subjetivo, que prega como elemento distintivo do contrato administrativo em relação ao privado o fato de a Administração valer-se do seu poder de império na relação contratual; outro há que aponta que o fator determinante seria o objeto da contratação, pois, em se tratando este da organização do ente público e dos serviços públicos, configurado estaria o contrato administrativo, em contrapartida, caracterizado o objeto como de conteúdo privatístico, tratar-se-ia de contrato regido pelo direito civil; e, por fim, o critério que sustenta que a existência do contrato administrativo tem seu fundamento na existência de cláusulas exorbitantes inseridas no bojo do instrumento contratual que o segregam do contrato privado.

Em que pesem as divergências existentes na doutrina acerca de existência ou não de contratos avençados pela Administração Pública, regidos pelo regime de direito privado, adota-se nesta pesquisa a posição acolhida pela corrente majoritária de pensamento que entende haver, entre os "contratos da Administração", espécies de contratos que se caracterizam por serem regidos, preponderantemente, por normas de direito público, os denominado "contratos administrativos". A partir desse entendimento que se desenvolve a análise da prerrogativa legal de prescrever infrações e sanções conferida ao administrador público. Ou seja, a discricionariedade esteada no poder de império estatal. Poder este que fundamenta o procedimento licitatório e o uso de cláusulas exorbitantes nessas espécies de contratos como instrumentos outorgados à Administração Pública para o aperfeiçoamento de suas contratações públicas em prol da consecução do interesse público. Edmir Netto de Araújo nos apresenta uma elucidativa definição de contratos administrativos:

Contrato Administrativo é o acordo de vontades opostas, realizado '*intuitu personae*', consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem ao regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste.²

² ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 646.

Muito embora prevaleça o entendimento acerca da dicotomia entre contratos administrativos propriamente ditos e contratos privados, ambos celebrados pela Administração pública, os primeiros sob a égide do direito público e os últimos sob o regime privatístico, não se pode ter a percepção equivocada de que a Administração, ao contratar pelo regime civil, desvencilha-se totalmente do regime publicista, uma vez que a prevalência e indisponibilidade do interesse público jamais pode ser perdida de vista, Di Pietro nos esclarece:

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de verticalidade (o que é verdadeiro) e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de horizontalidade, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a restrições inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.³

A análise do conceito do contrato administrativo é indispensável para percepção da relevância do instituto jurídico denominado cláusula exorbitante cuja força cogente garante à Administração a prerrogativa de por si só, sem socorrer-se do poder judiciário, proteger a relação contratual, buscar a fiel execução da avença, bem como reestabelecer o equilíbrio das obrigações de maneira a evitar que o interesse e o erário públicos sejam lesados. Em particular, para a compreensão da sistemática de previsão e aplicação de sanções ao particular contratante que descure a fiel execução do contrato.

1.2. Cláusulas exorbitantes

A teoria geral dos contratos é regida por princípios basilares que têm por escopo harmonizar os interesses das partes contratantes de maneira a viabilizar a relação contratual e estabelecer o equilíbrio econômico que lhes seja favorável.

Ao longo do tempo, a concepção clássica de contrato, com contornos individualistas, e cuja primazia da autonomia e da liberdade de contratar imperavam

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 270.

absolutas⁴, foi sendo superada e influenciada pelas necessidades sociais e pela percepção de que o modelo tradicional não concorria para o desenvolvimento proficiente das relações contratuais. Suas bases fundamentais passaram a ser flexibilizadas por novos princípios que emergiam da própria ordem constitucional tais como princípio da boa fé objetiva, o princípio do equilíbrio econômico, e, principalmente, o princípio da função social dos contratos. Paulo Lôbo, ao analisar os princípios que regem os contratos, os divide em duas classes que denomina princípios individuais e princípios sociais, e discorre:

Os princípios individuais são os que determinam a função individual do contrato. Têm como paradigma o modelo de contrato que se desenhou durante a hegemonia do Estado liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autodeterminação individual. Podem ser assim agrupados: a) princípio da autonomia privada negocial; b) princípio da força obrigatória; c) princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Os princípios sociais dos contratos que o sistema jurídico brasileiro adota, correspondentes ao modelo constitucional de Estado Social, são: a) princípio da função social; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material.⁵

Assevera, ainda, que “Nenhum princípio contratual é absoluto ou ilimitado. Sempre sofrerá a concorrência de outros, o que impõe ao interprete a tarefa de harmonização, notadamente entre os de uma classe e os da outra”.

Essa nova realidade principiológica, emergida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e robustecida pela entrada em vigor do Código Civil de 2002, condicionou sobremaneira uma nova formatação para a relação jurídica contratual privada, onde não se pode conceber a celebração de contrato que contenha em seu bojo cláusulas que favoreçam uma das partes em detrimento da outra e que sejam desproporcionais. Desta feita, o contrato, muito embora represente o exercício volitivo das partes contratantes na busca da realização de seus interesses individuais, não resta incólume à intervenção estatal que se faça necessária para a corrigir distorções e estabelecer a justiça contratual em prol da

⁴ FARIAS e ROSENVALD, lecionam: “Em sua acepção clássica, edificada no direito francês, o contrato era a exata tradução de um monismo valorativo. À medida que a autonomia da vontade era absoluta, sem concorrer com outros princípios, inseria-se o contrato exclusivamente no plano da liberdade formal, desligado por completo das condições materiais das partes e da sociedade que os cercava. Era uma perspectiva neutra e asséptica do contrato, filtrado da vida pelas lentes da abstração de um universo jurídico contruído em laboratório”. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Direito dos Contratos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57

efetivação do princípio da dignidade humana. Farias e Rosenvald⁶, citando Sousa Ribeiro, esclarecem:

Destarte, o contrato não é um ato isolado, mas uma relação inserida em processos econômicos-sociais de relacionamento entre categorias de sujeitos. Quer dizer, apesar da disparidade de poder se exprimir ao nível concreto de cada relação, trata-se de situação a qual dificilmente seus protagonistas individuais poderão se furtar, por repercutirem no amplo funcionamento estrutural do sistema econômico e jurídico. Tendo-se em conta as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação e nela se projetam, caberá ao ordenamento a estipulação de medidas de controle, correção e compensação, dando origem a uma bipartição do sistema normativo dos contratos. De um lado, um direito geral ou comum, caracterizado pelo predomínio da liberdade contratual, de outro, regimes especiais, onde se consagram variados mecanismos de tutela de interesses que a autorregulação deixaria indefesos.

Todavia, enquanto no direito contratual privado, apesar da incidência dos princípios sociais supracitados e da proteção jurídica do Estado à relação contratual, as partes convencionam entre si livremente e criam, sob o manto do princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*), um conjunto de regramentos particulares destinados a atender seus interesses recíprocos; no campo da contratação pública, embora tal princípio subsista⁷, seu conteúdo é relativizado em prol de um objetivo maior, que é a finalidade pública da contratação. Ou seja, o contrato administrativo possui uma configuração própria e diferenciada que é resultado do esforço estatal em proteger determinados objetos de interesse da sociedade e sua teorização sofreu forte influência do Direito Administrativo francês. Bernardo Strobel Guimarães, em texto elucidativo, aponta a influência desse ordenamento jurídico na gênese do instituto denominado cláusula exorbitante:

O conceito de contrato administrativo representou o esforço de conciliar numa noção teórica unificada a força obrigatória das convenções e a possibilidade de a Administração demitir-se da execução do vínculo consensual nos casos em que isso fosse reclamado pelo interesse público. Na raiz dessa concepção, está a ideia de que há certos objetos (na França notadamente o serviço público) que não podem ser disciplinados (pelo menos não de

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Direito dos Contratos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18

⁷ JESSE TORRES, adverte que o contrato administrativo: "Vincula-se ao princípio da legalidade porque não afasta, antes confirma, que também os contratos celebráveis pela Administração seguem o axioma inscrito na teoria geral dos contratos, da *pacta sunt servanda*, que tanto obrigará o particular contratado quanto o ente ou a entidade contratante à fiel observância do pactuado, com se lei fora entre os contraentes". PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações Públicas, 8. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54.

maneira exclusiva) por meio de regras privadas, reclamando uma tutela diferenciada. A criação do conceito de contrato administrativo foi um empreendimento levado a efeito, basicamente, pelo Conselho de Estado Francês que, paulatinamente, foi estipulando as condições que apartam os contratos administrativos propriamente ditos dos contratos de direito privados celebrados pela Administração, bem como indicando as regras aplicáveis àqueles, que seriam derogatórias do Código Civil. Estas regras deram corpo ao que se convencionou chamar de cláusulas exorbitantes que consistem em prerrogativas que desbordam dos preceitos ordinariamente contidos nos contratos privados, que se caracterizam pela igualdade formal entre as partes signatárias. Como é sabido, o conceito francês de contrato administrativo foi adotado por diversos países de tradição romano-germânica, tendo influído sobre a concepção que no Brasil se tem acerca do instituto.⁸

Ora, em se tratando de contratos administrativos, não estão em jogo os interesses ligados tão somente às partes contratantes, mas também, e, principalmente, aquele que diz respeito à coletividade, o interesse público. A propósito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que este interesse é o elemento crucial e caracterizador dos contratos administrativos. Veja-se pois:

O contrato administrativo, como espécie de contrato, embora apresente os mesmos elementos deste gênero, se distingue com relação a um deles – o interesse – por ser qualificado pela ordem jurídica como da natureza pública, submetendo-o, assim, ao regime do Direito Administrativo.

Portanto, para que se caracterize um contrato administrativo, não será necessário que uma das partes seja a própria Administração Pública atuando por uma de suas personificações constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou infraconstitucionais (autarquias e figuras assemelhadas), bastando que seja um ente delegado que, nesta condição, esteja a cargo da satisfação de interesses públicos específicos.

Dito de outro modo, a distinção entre o contrato administrativo e o contrato privado, não é subjetiva – ou seja, a que apresente como parte da relação contratual a entidade estatal – mas caracteristicamente objetiva – ou seja, a que o objeto do contrato envolva um interesse público.⁹

Não por outra razão, o ordenamento jurídico provê a Administração Pública de instrumentos legítimos de proteção contratual desse interesse denominados cláusulas exorbitantes. Helly Lopes Meirelles, sobrelevando o fundamento do interesse público, nos traz uma clara conceituação deste instituto:

⁸ GUIMARÃES, Bernardo Stobel. As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP* Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 32-39, jan. 2013

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: Parte introdutória, geral e especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.242

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar um a vantagem ou um a restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de um a das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.¹⁰

As cláusulas exorbitantes, por sua natureza jurídica de normas de caráter cogente, devem constar de todo e qualquer instrumento editalício e/ou termo de contrato, todavia, a ausência de qualquer delas não implica em inexistência da norma, uma vez que decorrem da lei e consubstanciam a supremacia do interesse público, como adverte Edmir Netto de Araújo:

...em especial nos contratos administrativos, quando mesmo não escritas ou até *nem mesmo mencionadas*, representam direitos e obrigações atribuídos à Administração em razão da prevalência do *interesse público* sobre o *interesse particular* na execução do contrato.¹¹

Desta feita, o particular ao estabelecer esse vínculo de sujeição especial com a Administração pública, o faz por vontade própria, ciente de que, além da observância das cláusulas contratuais estabelecidas, deverá submeter-se à supremacia da Administração e aos ditames da lei.

O Estatuto das Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/1993 , lei de caráter nacional, de aplicação obrigatória a todos os entes da Federação (União, Estados, Municípios e DF) e que estabelece normas gerais de licitações e contratos, consubstanciou em seu art. 58 , a possibilidade de a Administração modificar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar sanções por inexecução total ou parcial por parte da contratada e, em se tratando de contrato de prestação de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto contratual. Ainda, no art. 56, ao disciplinar as garantias contratuais; no art. 78 , inciso IV, ao estabelecer a restrição à oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*); e, no art.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro – 39. Ed. atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. p. 217

¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647

80 , inciso IV, ao tratar a da retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Ainda que o conjunto das cláusulas exorbitantes, disposto em lei, seja entendido como elemento nuclear da concepção do contrato administrativo, há na doutrina pátria quem critique essa força cogente das cláusulas exorbitantes sob a alegação de que, principalmente sob o aspecto econômico contratual, ela acaba por propiciar mais embaraço do que promover do interesse público. Nesse sentido, nos adverte Bernardo Strobel Guimarães ao citar em seu texto Fernando Dias Menezes de Almeida:

Em relação ao modelo de imposição necessária das cláusulas exorbitantes, Fernando Dias Menezes de Almeida arrolou as seguintes desvantagens, que calha citar, para descortinar os malefícios de um sistema rígido: (i) estímulo à ineficiência, decorrente da capacidade de alterar o contrato sem maiores incômodos; (ii) maior onerosidade da contraprestação pública, derivada dos riscos decorrentes das manifestações unilaterais da Administração; (iii) possibilidade da adoção de práticas autoritárias por parte dos agentes públicos; e ainda (iv) criação de um ambiente propício para ofensas à moralidade.¹²

Ademais, é forçoso colacionar que as cláusulas exorbitantes, nada obstante legítimas e previstas no ordenamento pátrio, não representam um poder absoluto na mão do administrador. Não podem ser manejadas com o fim de impor condições contratuais indevidamente onerosas, de alterar injustificadamente cláusulas contratuais e de restringir direitos da parte contratada sob o pretexto da aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

A jurisprudência dos tribunais pátrios é uníssona em pronunciar-se em defesa do contratado a fim de evitar e coibir o uso inadequado das prerrogativas administrativas na seara contratual, sob o pretexto da proteção do interesse público, nesse sentido a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial¹³, posiciona-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO

¹² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP* Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 32-39, jan. 2013

¹³ STJ, AgRg no AREsp 271.151/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 25/09/2015.

DE SEGURANÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO EM FUNÇÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE: AGRG NO ARESP 277049/DF, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 19.03.2013. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Esta Corte Superior tem firmada a jurisprudência de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência. Precedentes. 3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do Agravo em Recurso Especial (fls. 174/178). 4. Agravo Regimental do ESTADO DE SERGIPE a que se nega provimento.

No mesmo sentido, em decisão recente a Corte Especial¹⁴ assim se pronunciou:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FORMA VERBAL. NÃO-PAGAMENTO. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NÃO-ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO. 1. De acordo com o art. 60, p. ún., da Lei n. 8.666/93, a Administração Pública direta e indireta, via de regra, está proibida de efetuar contratos verbais. Nada obstante, o Tribunal a quo constatou que houve a prestação do serviço. 2. Se o Poder Público, embora obrigado a contratar formalmente, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato verbal, porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). 3. Por isso, na ausência de contrato formal entre as partes e, portanto, de ato jurídico perfeito que preservaria a aplicação da lei à celebração do instrumento, deve prevalecer o princípio do não enriquecimento ilícito. Se o acórdão recorrido confirma a execução do contrato e a realização do serviço pelo recorrido, entendo que deve ser realizado o pagamento devido pelo recorrente. 4. Inclusive, neste sentido, é de se observar que mesmo eventual declaração de nulidade do contrato firmado não seria capaz de excluir a indenização devida, a teor do que dispõe o art. 59 da Lei n. 8.666/93. 5. Recurso especial não provido.

É certo que ignorar o estágio de maturidade em que se encontram as instituições públicas brasileiras, notadamente os órgãos de controle e o judiciário, quanto à percepção da imprescindibilidade de proteger os legítimos interesses

¹⁴ AgRg no AREsp 542.215/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016

econômicos e os direitos fundamentais dos particulares é ferir de morte o Estado democrático de direito. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

(...)contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja.¹⁵

O jurista adverte que, nada obstante o contratado ter que se sujeitar às prerrogativas da Administração, a equação econômico-financeira, que é o elemento nuclear contrato administrativo, uma vez constituída, deve ser preservada ao longo de toda a sua vigência. Neste sentido, Marçal Justen Filho adverte:

A parte privada no contrato administrativo recebe da ordem jurídica uma série de garantias consistentes e aptas a compensar as competências extraordinárias atribuídas à Administração Pública. O núcleo da garantia reside na intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Essas garantias não são afastadas pela invocação à supremacia do interesse público.

O legislador ordinário preocupou-se em compensar essa sujeição à supremacia do interesse público e resguardar os direitos do contratado e, ao editar a Lei 8.666/93, previu as regras da revisão¹⁶ e do reajuste¹⁷ contratuais como

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 636.

¹⁶ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:...II - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;...d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual...§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridos após a data da apresentação das propostas, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

¹⁷ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: ...XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a

instrumentos jurídicos de observância obrigatória pelo Estado contratante. Estes institutos destinam-se a recompor os preços e a restabelecer o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato. Representam limites concretos à interferência da Administração no conteúdo do contrato e a garantia legal da intangibilidade da equação econômico-financeira no curso da execução contratual.

A supremacia do interesse público, sob a perspectiva das cláusulas exorbitantes, fundamenta também, o poder que tem a Administração de fiscalizar a execução contratual e, incorrendo o contratante no descumprimento total ou parcial da avença, aplicar sanções ao contratado. Cesar Augusto Guimarães Pereira em coautoria com outros e sob coordenação de Jessé Torres Pereira Júnior, comentando os art. 81 a 88 da Lei 8.666/93, explana que:

Um dos traços distintivos do regime jurídico dos contratos administrativos é precisamente a possibilidade de imposição de penalidades contratuais pela Administração Pública (art. 58, IV, da Lei nº 8.666/1993). O contratante público vale-se de suas competências próprias para apurar infrações e aplicar as sanções cabíveis. Os atos que materializam essa aplicação são dotados de executoriedade e afetam diretamente a esfera de direitos do particular contratado. A Administração aplica multas e, em certa medida, pode valer-se de certas formas de garantia (art. 86, § 2º) ou da retenção de pagamentos (art. 86, § 3º) para se apropriar dos recursos correspondentes. Aplica sanções de suspensão do direito de licitar ou de declaração de inidoneidade, eficazes para além do contrato ou do certame em questão, e com isto materialmente impede o prosseguimento de tais atividades pela pessoa privada atingida pela sanção.¹⁸

Todavia, o ordenamento pátrio não descarta a proteção dos direitos fundamentais daquele que com a Administração contrata e impõe que, nada obstante esta possa por si só sancioná-lo pelo descumprimento qualquer cláusula contratual, somente o faça mediante observância irrestrita do devido processo legal e com a garantia concreta do contraditório e da ampla defesa.

data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;...Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: ...III - os preços, as condições de pagamento, os critérios, data base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações Públicas, 8. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 445

A propósito, a cláusula exorbitante que provê a Administração com o poder de, não somente prever condutas infracionais em sede contratual, mas também de decidir pela ocorrência das mesmas e, conseqüentemente aplicar sanções, revela grande dificuldade de delimitação de seus contornos e de compreensão do seu conteúdo. A ela que esse estudo se volta e busca, por meio de análise de conceitos, princípios e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, traçar suas características marcantes, analisar suas nuances e, mediante uma abordagem sistemática, entender sua amplitude e identificar limites para a sua aplicação justa.

1.3. O contrato administrativo e Direito Administrativo pós-moderno

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos, como um estatuto geral, aplicável a todos os entes federativos e àqueles que gerem recursos públicos em qualquer nível federativo, surgiu no ordenamento pátrio em um momento da história do país em que eclodiam e tornavam-se públicos vários casos de corrupção e desvios de dinheiro público frutos de licitações ou de contratos fraudulentos. Naquele momento, o legislador, no intuito de dar uma resposta efetiva à sociedade e de moralizar as contratações públicas, a editou e estabeleceu um procedimento demasiadamente formal de licitação, bem como regras de contratação pouco flexíveis e bastante onerosas para os interessados em contratar com o Estado. Fazendo uso do instituto das cláusulas exorbitantes, criou regras gerais de sanções aplicáveis em sede de contratação pública. Ao longo do tempo, novos diplomas legais foram surgindo e inserindo no ordenamento pátrio outras regras sancionatórias, como ocorreu com a edição da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei do Pregão, que estabeleceu normativos específicos para a sanção do particular contratado pela modalidade do Pregão e, recentemente, a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Ocorre que, à medida que a reforma administrativa, deflagrada com a vigência da EC 19/98, segue amadurecendo, no sentido da evolução do Estado burocrático para o Estado gerencial. O contexto que vigia outrora na seara das relações contratuais públicas, de excessiva valorização dos meios em detrimento da

finalidade, não mais se coaduna com os preceitos que orientam o atual Estado democrático de direito e o novo ideal do Estado gerencial. O aprimoramento das instituições e o aperfeiçoamento das técnicas e processos de administração pública, revelam uma Administração Pública mais preocupada com a eficiência e menos com o formalismo, onde o Estado provedor transmuda-se em Estado regulador e a sociedade passa a atuar como sua parceira na condução de serviços públicos. Esse processo evolutivo estatal segue *pari passu* com a ascensão de uma nova noção acerca do conteúdo axiológico do princípio da supremacia do interesse público¹⁹ que agora passa a ser analisado e ponderado com valores mais caros à sociedade e que foram carreados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento econômico sustentável e a eficiência na prestação de serviços públicos. Desta feita, esses fatores têm influenciado sobremaneira a forma de se pensar e de realizar as contratações públicas no Brasil.

Não se busca delinear todas as características, dificuldades e possibilidades do estado gerencial ou mesmo compará-lo com os estados patrimonialista e burocrático. Também, análises acerca dos aspectos políticos, econômicos, sociológicos, fogem ao escopo deste trabalho. Agostinho Paludo²⁰ ao tratar da reforma estatal e da consolidação do estado gerencial sintetiza que ela “foi

¹⁹ “Por fim, ainda tratando das transformações pelas quais pode ser vislumbrado um direito administrativo muito diferente, pertencente ao direito contemporâneo, o novo paradigma de Estado Democrático coloca em xeque o interesse público como supremo em relação aos interesses particulares. Não se mostra mais indispensável falar em interesse público como supremo no direito administrativo, mesmo porque o que se entende por este, nada mais é do que o reflexo do interesse de vários indivíduos, logo, uma grandeza autônoma pluralista.” cf. cit., p. 7892. CRUZ BARROS, Erica Ludmila. A face moderna do direito administrativo: princípios da administração pública e a crise da legalidade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2211.pdf. Acesso em 12 ago 2016.

²⁰ “A estratégia de reforma do aparelho do Estado está concebida a partir de três dimensões: Dimensão institucional-legal – trata da reforma do sistema jurídico e das relações de propriedade. Essa reforma permitirá mudanças estruturais no funcionamento do aparelho do Estado, já que pressupõe a eliminação dos principais entraves do sistema jurídico-legal. Dimensão cultural – concentra-se na transição de uma cultura burocrática para uma cultura gerencial centrada em resultados, através da efetiva parceria com a sociedade e da cooperação entre administradores e funcionários. Dimensão da gestão pública – pretende aperfeiçoar a administração burocrática vigente e introduzir a administração gerencial, incluindo os aspectos de modernização da estrutura organizacional e dos métodos de gestão. A reforma possibilitará concretizar novas práticas gerenciais e assim obter avanços significativos, ainda que os constrangimentos legais não sejam totalmente removidos. Ao mesmo tempo em que operam de forma complementar, essas dimensões guardam certa independência, pois também seguem estratégias próprias”, cf. Administração Pública – Teoria e mais de 500 questões. PALUDO, Agostinho Vicente. Administração pública – teoria e mais de 500 questões, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 122-123.

concebida a partir de três dimensões estratégicas: a dimensão institucional-legal, a cultural e a da gestão pública”; e à primeira que esta pesquisa irá centrar suas análises, focando nos aspectos jurídicos que do ideário do estado gerencial se pode abstrair como forma de propiciar uma análise renovada do sistema jurídico brasileiro, em especial do Direito Administrativo, sob a ótica da sua constitucionalização e de uma atuação administrativa pautada, não somente pelas leis, mas pelo direito. Gustavo Binenbojm²¹ assevera:

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição — entendida como sistema de regras e princípios — passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

Acerca deste emergente princípio da juridicidade administrativa, o doutrinador esclarece:

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Com fidelidade aos princípios constitucionais que condicionam essa nova percepção do Direito Administrativo, a jurisprudência brasileira, hodiernamente, tem-se imiscuído na análise da discricionariedade administrativa para aplicação de sanção, notadamente para aferir seu grau de intensidade e se foi fruto do regular e devido processo legal.²²

²¹ BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional - artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.12 e p.13

²² ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ATO DE

Essa nova perspectiva de análise do direito administrativo tem instigado sobremaneira a doutrina e a jurisprudência e provocado importantes mudanças no campo da atuação do administrador público que são refletidas no campo dos contratos administrativos e, em especial, na sistemática de previsão de infrações e aplicações de sanções administrativas contratuais.

2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS

2.1. Relação jurídica contratual e sanção

Os delegatários do poder político do Estado, comumente designados poderes legislativo, executivo e judiciário, recebem dele competências para desenvolver no plano material as funções legislativas, administrativas e judiciais²³, respectivamente. Para exercício efetivo de tais competências o ordenamento jurídico lhes atribui poderes específicos. Esses poderes fundamentam e legitimam a aplicação de sanções como forma de coibir condutas contrárias à ordem jurídica estabelecida.

Destarte, o Estado, legitimado pelo princípio da supremacia do interesse público, ao exercer seu poder punitivo, seja no exercício da função administrativa ou judicial, o faz mediante a aplicação de sanções jurídicas. Rafael Munhoz de Mello²⁴ define este instituto como “a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos.

²³ Medauar ensina que “No direito público, a palavra *função* é usada em várias conotações, dentre as quais: a) atribuição ou competência ou encargos de um órgão, como, por exemplo, na frase: esse órgão tem a função de fiscalizar as construções; b) fim a que se destina a atividade do órgão público, como, por exemplo, na frase: a medida teve a função de propiciar livre acesso às informações. Também se diz que a função significa poder exercido no interesse alheio, isto é, interesse estranho ao sujeito que o exerce. Publicistas modernos ponderam, no entanto, que as autoridades e órgãos públicos não têm interesses próprios, daí parecer incompatível contrapor, nesse âmbito, interesse próprio e interesse alheio; embora todas as autoridades e órgãos públicos atuem, em princípio, no interesse alheio (interesse da população), tais publicistas preferem outro elemento para caracterizar a essência da função: *o exercício do poder preordenado a um fim*. Na função, o exercício do poder não é livre, mas, pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento. Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a idéia de função o poder administrativo, apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições. MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 1992. p. 133-134.

²⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p.62

A manutenção da dinâmica, estabilidade e paz sociais impescindem de regras que devem ser observadas por todos e que devem ter sua eficácia garantida pelo poder do Estado. A Ele cabe prescrevê-las e fazê-las cumprir mesmo que para tal tenha que coagir qualquer um que as afronte por meio de restrições à propriedade e/ou à liberdade levadas a efeito pela sanção jurídica. Dalmo de Abreu Dallari discorre sobre a imperiosa necessidade de o Estado buscar o equilíbrio entre a finalidade deste, qual seja, a consecução do interesse público, e a limitação à liberdade dos indivíduos:

Liberdade e autoridade. Na escolha dos meios de satisfação das necessidades será necessário, não raro, determinar limitações à liberdade individual a fim de aumentar a eficácia dos meios disponíveis. Além disso, para que a dinâmica social se oriente no sentido de um fim determinado, será preciso coordenar a atuação dos indivíduos e dos grupos sociais, sendo indispensável, portanto, o estabelecimento e a preservação de uma ordem, o que implica a possibilidade de coagir. Este é um dos mais difíceis problemas das decisões políticas: o encontro do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Mantendo-se a liberdade ilimitada, como um valor supremo que não pode ser restringido por qualquer outro, uma vez que nenhum lhe é superior, será bem difícil a preservação da ordem e, conseqüentemente, da coordenação em função de fins. Entretanto, se essa consideração levar ao excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com a máxima eficácia a preservação da ordem, esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim. E então será uma ordem maléfica, por se constituir um empecilho à consecução dos valores fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inscreve a liberdade.²⁵

Conquanto o Estado seja titular do *jus puniendi*, o fundamento deste poder advém da Constituição Federal e, conseqüentemente, o seu exercício deve estar inevitavelmente submetido aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Esta acepção, hoje consolidada no Estado brasileiro, representa a maturidade das relações travadas entre os representantes do poder estatal e os indivíduos a ele subordinados, no seio da sociedade. Este amadurecimento perpassou a ideia do Estado de Direito, onde as normas de direito público tinham a função “de **limitar e controlar** o poder do Estado, de modo **a coibir os excessos e desvios** praticados no exercício do poder político em desfavor dos administrados”²⁶;

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 20ª ed. Atualiz. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 130.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012.

e redundou com a inserção no seu significado do conceito de legitimidade, assim elucidam os supracitados doutrinadores:

Como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de *Estado de Direito*, avançou-se contemporaneamente para o conceito de **Estado Democrático de Direito**, que, ao agregar o esquecido elemento da **legitimidade**, subordinou a ação estatal ao atendimento do **interesse público**, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como **direitos fundamentais dos cidadãos**.²⁷

A prerrogativa de sancionar em virtude da inexecução total ou parcial do contrato possibilita à Administração, uma vez constatada a responsabilidade da contratada e o inadimplemento total ou parcial, mediante processo administrativo, aplicar-lhe sanções de natureza administrativa sem que para isso tenha que deflagrar uma demanda judicial. Essa prerrogativa, vinculada, nesse particular, ao exercício da função administrativa estatal, representa a manifestação da postestade²⁸ sancionatória da Administração que decorre do *jus puniendi* estatal.

Importante apontar que a sanção jurídica compreende as sanções penais, administrativas e civis. Assim cada espécie de sanção deve ser analisada e compreendida à luz dos princípios, regramentos e noções decorrentes da área do direito a que estão inseridas. Notadamente, um comportamento contrário ao ordenamento poderá constituir-se como infração administrativa e, ao mesmo tempo, uma infração penal. Ainda, poderá sujeitar o infrator a sanções de natureza cível destinadas à, por exemplo, reparação de eventual dano resultante de um ilícito administrativo ou penal. Assim, o caráter normativo de cada instância permite que

Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 15 ago 2016

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 15 ago 2016

²⁸ MEDAUAR acerca do termo postestade explica: "Nos textos de direito administrativo, diversos vocábulos aparecem associados à ideia de poder, às vezes com acepção sinônima. Alguns autores mencionam o termo *postestade*, transpondo para o ordenamento pátrio a dualidade existente na Itália – *potere e potestà* -, e, na França, *pouvoir e puissance*. Para uns, são sinônimos; para outros, *potestà* significa poder jurídico, ou poderes e direitos de agir e intervir". Nesta pesquisa considera-se esta acepção. Cit. p.133. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

um mesmo ato contrário ao direito seja reprimido em esferas sancionatórias distintas. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência nacional²⁹.

Na seara da função administrativa, especificamente no campo das sanções contratuais, não é possível desvendar o significado e abrangência do poder sancionador contratual sem que se analise, preliminarmente, as características e o regime jurídico que rege a relação estabelecida entre o particular contratado e o Estado contratante por ocasião do aperfeiçoamento do contrato administrativo.

²⁹ EMENTA: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO, FRAUDE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DEBITADA À PACIENTE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A REGULARIDADE OU IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DE OBRAS EM AEROPORTOS BRASILEIROS. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ORDEM DENEGADA. 1. A se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à Segurança Pública (Capítulo III do Título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Mecanismo integrante do sistema de segurança pública, norma da pela Magna Carta de 1988 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). Donde o cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais sério ainda, de trancamento de inquérito para fins penais. 2. Nessa linha de orientação, trancamento de inquérito policial pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, constitui medida excepcional, admissível tão-somente “quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do investigado” (HC 90.580, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski). 3. Eventual decisão do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Administração não constitui condição de punibilidade dos crimes da Lei 8.666/1993. A relação entre a esfera de contas e a esfera judicial-penal é de independência. Essas instâncias são independentes ou autônomas, não ficando condicionadas a abertura do inquérito nem a propositura da denúncia à conclusão de um eventual processo de julgamentos de contas em qualquer Tribunal de Contas do País, inclusive o TCU. 4. Os Tribunais de Contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do País designa por “controle externo”. A previsão constitucional desse aparato orgânico-funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a desadministração. Controle externo em que avulta o poder-dever de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” e de “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas. 5. A investigação propriamente penal, tão própria da Polícia quanto do Ministério Público, pouco tem a ver com o “Sistema Tribunais de Contas”, porque os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do Poder Legislativo. 6. Ordem denegada. STF, HC 103725, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012.

Outra forma não há de analisar a relação jurídica contratual travada entre o particular e o Estado, que não o deslinde da Teoria da Sujeição, surgida na Europa e difundida no Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, que caracteriza a sujeição do particular em face da Supremacia do interesse público como uma sujeição geral ou Especial. O administrativa, ao analisar o poder de polícia expõe a acepção da supremacia geral do interesse público, assim:

O poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu *dever* de dar execução a estas leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade — nos termos destas mesmas leis — *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*. Daí a “supremacia geral” que lhe cabe.

O poder, pois, que a Administração exerce ao desempenhar seus encargos de polícia administrativa *repousa nesta, assim chamada, “supremacia geral”*, que, no fundo, não é senão a própria, supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração. Os doutrinadores italianos distinguem — com proveitosos resultados — esta “supremacia geral” da “supremacia especial” que só estará em causa quando existam vínculos *específicos* travados entre o Poder Público e determinados sujeitos.³⁰

Desse modo, diametralmente, como desdobramento lógico dessa ideia de supremacia geral explicitada pelo douto jurista, está a denominada sujeição geral que é aquela que aflora das relações entre o Estado e os particulares como um todo, de caráter geral e obrigatória a todo e qualquer pessoa indistintamente, desconsiderando-se quaisquer relações administrativas específicas que, no exercício da sua função administrativa, a Administração estabeleça para o atingimento de suas finalidades. Ato contínuo, o autor a tratar da supremacia especial:

Bem por isso, não se confundem com a polícia administrativa as manifestações impositivas da Administração que, embora limitadoras da liberdade, promanam de vínculos ou relações *específicas* firmadas entre o Poder Público e o destinatário de sua ação. Desta última espécie são as limitações que se originam em um título jurídico especial, relacionador da Administração com terceiro.³¹

Esclarece, ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello, que nas relações de sujeição especial o poder de império estatal incide mais intensamente sobre a órbita

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.830

³¹ Ibid., p.830

dos direitos e liberdades do particular, em situações específicas, como forma conformar o comportamento deste a especialidade da relação jurídico administrativa.³²

Renata Fiori Puccetti³³, compendiando variados entendimentos doutrinários nacionais e internacionais, conclui, de início, que é inequívoca a existência das relações gerais e especiais de sujeição ao Estado e que a justificativa para essa dicotomia reside nas implicações que dela decorrem, ou seja, na identificação de qual o regime jurídico que sob elas incide para determinar seus contornos e características. Assim, o caminho para categorizar ambas e sistematizá-las deve passar pela análise da natureza do vínculo estabelecido entre o particular e o Estado.

Todavia, prossegue a autora reconhecendo a grande dificuldade de proceder a essa sistematização em virtude da enormidade e heterogeneidade de relações que o estado estabelece no dia-a-dia, por ocasião do exercício da sua função administrativa; e, ainda, refutando posicionamentos que justificam o tipo de sujeição pelo tempo de duração do vínculo, pela voluntariedade do particular, pela eficiência no atendimento a determinado fim de interesse público, pela insuficiência de leis que contemplem o poder de polícia e pela existência de normativos contendo cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados; para ao final, concluir que:

O altíssimo grau de peculiaridades das diferentes hipóteses concebidas como de sujeição especial e apenas para citar os exemplos mencionados com maior frequência (servidores, utentes de serviço público, militares, presos, sujeitos que adentram a estabelecimentos públicos) inviabiliza um rol estático e fixo de características.

A heterogeneidade já de há muito detectada pela doutrina estrangeira e nacional impede que se atribua características específicas comuns a todos diversos vínculos que diferem uma dada relação das relações de sujeição especial, o que nos leva a concordar com Gallego Anabidarte quando afirma que não existe relação de sujeição especial, mas sim, relações de sujeição especial ou relações especiais jurídico-administrativas⁶⁶.

Em verdade, pelo menos no atual estágio do tratamento do tema pela doutrina, as relações de sujeição especial são todas as que não

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.830

³³ PUCETTI, Renata Fiori. Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos. 2010. 180f. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. 2010. p. 36-43.

se enquadrarem na noção de sujeição geral, assim concebida como aquela genérica e inafastável de todos os indivíduos que vivem sob a instituição Estado.

Os vínculos podem surgir de formas também diversas: voluntário ou involuntário, duradouro ou eventual, contratual ou não contratual, decorrente de uma adesão formal ou decorrente apenas da utilização de um serviço público, seja de maneira contínua, seja de maneira episódica, todos, porém, a reclamar, com maior ou menor intensidade, uma disciplina específica, dirigida a um indivíduo particularmente considerado ou a um grupo definido ou indefinido de indivíduos.

Concluimos, assim, que toda e qualquer sistematização ou tentativa de sistematização das relações de sujeição especial acabam ocorrendo por escolhas dos autores, segundo os quais mais ou menos situações se enquadrariam nesse tipo especial de relação conforme as características que se lhes entender pertinentes. Ressalvas feitas a teorias desprovidas de coerência lógica, é certo que não se pode afirmar ou infirmar que um autor está certo e outro não está.³⁴

Segue-se, assim, o entendimento colacionado pela jurista de que a melhor maneira de identificar uma relação de sujeição especial é a determinação da especialidade da relação em si, pois suas características, no caso concreto, indicarão o regime jurídico que incidirá sobre ela e condicionará sua normatização afastando-a da sujeição geral que a qualquer indivíduo poderia ser aplicada indistintamente.

Transportado esse entendimento para âmbito deste trabalho, resta evidente, tratar-se a relação contratual administrativa de uma relação de sujeição especial. Nesse sentido Puccetti assevera que “é amplamente aceito na doutrina brasileira o entendimento de que aqueles que celebram contratos (pessoas físicas e jurídicas) com a Administração, ingressam numa relação especial de sujeição”³⁵. Pode-se elencar como elementos caracterizadores desta, ao menos, a voluntariedade e na constituição da avença; impossibilidade de a lei em abstrato prever e condicionar toda e qualquer relação contratual, tendo em vista a infinidade de objetos, tipos de obrigações e direitos contratuais; o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, notadamente no campo da tipificação de infrações administrativas; o estabelecimento da relação contratual como consequência do dever atuação do Estado para dinâmica da máquina administrativa, exigido pelo exercício da sua

³⁴ PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. 2010. 180f. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. 2010. p. 42-43.

³⁵ *Ibid.*, p. 45

função administrativa; e, nada obstante tratar-se de aspecto óbvio, a individualidade daquele que constitui o vínculo com a Administração para realização do objeto contratual.

Concluindo as considerações acerca das relações de sujeição especial, nos lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, escoimado nas lições de Gallego Anabitarte, que:

...não se há de considerar afastada a regência do princípio da legalidade, pois também em todas as intervenções das sujeições especiais deve haver uma autorização legal, “cuja base legal explícita pode ser substituída por uma cláusula geral que todavia, “só estará justificada quando exista uma impossibilidade de regular todos os casos (respectivamente, intervenções), ou então seja necessário manter-se a devida elasticidade com o fim de salvaguardar a eficiência da Administração” e, finalmente, que “as intervenções na situação jurídica do indivíduo devem servir à finalidade objetiva da relação especial de sujeição, assim como devem ser por ela exigidas ou por uma dada situação”.³⁶

Desta feita, esse regime jurídico de sujeição especial, por sua natureza, aponta para a possibilidade de haver uma mitigação legalidade estrita e do princípio da tipicidade, mediante o emprego de conceito jurídicos indeterminados, para a prescrição de condutas infracionais na seara das contratações públicas. Ainda, para uma maior amplitude da discricionariedade administrativa para a ponderação acerca da intensidade e de qual sanção a elas serão aplicadas.

2.2. Princípios aplicáveis à sistemática sancionatória contratual

O legislador brasileiro ao dispor sobre normas sancionatórias atinentes aos contratos administrativos regidos pelas leis 8.666/93 e 10.520, não previu, como no Direito Penal, normas proibitivas fechadas, tipificadas. Nada obstante ter previsto sanções específicas a serem aplicadas em contratos administrativos, não as vinculou a quaisquer tipos de infrações, deixando ao encargo do agente público

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.829

responsável pela contratação definir, mediante o exercício do seu poder discricionário, a conduta infracional e a respectiva sanção legal aplicável.

Nesse cenário, torna-se imprescindível à Administração contratante a observância criteriosa dos princípios incidentes sobre atividade sancionatória à luz da Constituição Federal de 1988, Binenbojm, acerca da atuação repressiva sancionatória do Estado, aduz que:

Toda atividade administrativa deve observância, primeira e precipuamente, aos princípios e regras constitucionais. Como já afirmei, a Constituição representa o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O mesmo se passa em relação ao exercício de poder punitivo pela Administração Pública. Aliás, essa é uma das searas em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos. E há razão para tanto. Ao sancionar os particulares, a Administração lhes impõe gravame que afeta de forma severa a sua esfera de direitos fundamentais. Daí a importância de se reconduzir essa atividade repressiva à lógica garantística da Constituição, da qual se extrai um robusto sistema de princípios e regras voltados à proteção dos administrados contra o exercício arbitrário do poder punitivo estatal.³⁷

Ainda sobre a necessária incidência dos princípios constitucionais, condição incontestável no direito pós-moderno para a atividade hermenêutica dos operadores do direito, Moreira Neto e Amaral Garcia anunciam:

Isso se deve, como é sabido, ao hausto renovador trazido pela cópia de relevantes mudanças pós-modernas no pensamento filosófico, político e jurídico desenvolvidas nas últimas décadas do século XX, que, em boa hora, recuperaram para o Direito certos valores substantivos das condutas humanas por muito tempo relegados, quando não absorvidos na legalidade estrita, recolocando os **princípios jurídicos** em novo patamar na hermenêutica contemporânea.³⁸

É certo que a Administração pública ao sancionar determinado contratante por infrações no curso da execução contratual, ou até mesmo no momento do certame licitatório, não se pode olvidar de instaurar um procedimento administrativo

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal – possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014. p.468-469.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Cit. pag. 1 .Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: agosto 2016.

sob a égide do princípio do devido processo legal, garantidas a ampla defesa e o contraditório. Outrossim, furtar-se à observância das formalidades exigidas pela lei 9784/1999, Lei do Processo Administrativo, e dos princípios descritos no comando do art. 2º desse diploma legal. Contudo, diante do objeto da investigação proposta por esta pesquisa, passar-se-á à análise dos princípios que mais se afiguram indispensáveis à ponderação das hipóteses propostas no seu intuíto. Tratam-se dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência.

A Constituição brasileira prevê no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, Inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O legislador constituinte não somente previu expressamente a necessidade de o Estado regular as condutas sociais, criar direitos, impor deveres, mediante lei, como também atribuiu a essa norma estruturante do Estado de Direito a qualidade de cláusula pétrea, por força do prescrito no art. 60, §3º, inciso IV³⁹. Ademais, no Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública, Seção I – Disposições gerais, Art. 37, caput, consolidou que “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...”. Quis o constituinte também, nessa passagem da Magna Carta, vincular a atividade administrativa estatal à obediência incondicionada da lei.

No âmbito do Direito Administrativo brasileiro o princípio da legalidade deve ser compreendido em duas perspectivas distintas, quais sejam, sob a do Direito Público e a do Direito Privado. Segundo Fernanda Marinela:

De um lado, tem-se a legalidade para o direito privado, onde as relações são travadas por particulares que visam aos seus próprios interesses, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Por prestigiar a autonomia da vontade, estabelece-se uma **relação de não contradição à lei**.⁴⁰

³⁹ CRFB/88 – “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ...§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...IV - os direitos e garantias individuais...”

⁴⁰ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 8 ed. Niterói: Ímpetus. 2014. p. 31

Já, para o Direito Público, discorre a autora que, tendo em vista o interesse da coletividade envolvido nas relações de direito público:

Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um **critério de subordinação à lei**. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal.⁴¹

Di Pietro⁴² alude que o princípio da legalidade, junto com o da inafastabilidade da jurisdição, representa o traço mais marcante do Estado de Direito, pois ambos se constituem em garantia de proteção aos direitos individuais frente ao Poder estatal. Ainda, adverte que é esse princípio que cria os direitos e que, também, estabelece os limites da atuação administrativa destinada restringi-los em prol dos interesses públicos. Assim, a aclamada jurista é categórica a afirmar que “no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”⁴³. Discorre ainda a autora que “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Outrossim, a legalidade administrativa, nos dizeres de Bandeira de Melo, significa “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comando complementares à lei*”⁴⁴. Como um dos maiores expoentes dessa visão tradicional do princípio da legalidade, sustenta que:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumprilas, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas

⁴¹ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 8 ed. Niterói: Ímpetus. 2014. p. 31

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.64-65

⁴³ Ibid., p. 65

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.100-101.

pelo Poder Legislativo, pois está é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.⁴⁵

Lucas Rocha Furtado, opondo-se à essa concepção tradicional que cria essa dicotomia entre princípio da legalidade com um significado para particulares e outro para o Estado, entende o princípio da legalidade é único e que duas são suas manifestações, uma sobre a atividade privada e outra sobre a estatal, assevera:

Discordamos dessa distinção e entendemos que os dois são manifestações distintas de um único preceito.

Quando a Constituição dispõe que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ela dirige o postulado tanto aos particulares quanto ao Estado. O particular não pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei porque somente por meio desse instrumento, a lei formal, aprovada pelo Parlamento, pode o Estado exigir algo do particular, impondo-lhe o dever de agir ou de se abster de fazer algo.

E esse o ponto que buscamos avançar no exame do princípio da legalidade administrativa. Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativas, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo. No amplo campo das atividades prestacionais (saúde, educação, trabalho, lazer, proteção à maternidade ou à infância), o Estado não atua por meio de atos que importem em qualquer tipo de imposição unilateral de vontade. Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade.⁴⁶

Para Furtado essa visão dicotômica do princípio da legalidade não mais se coaduna com o hoje Estado Democrático de Direito, onde o “Executivo está legitimado pelo voto popular e que dele se espera maior agilidade para atender as novas necessidades da população”⁴⁷.

Nessa perspectiva de compreensão do termo “lei”, Marçal Justen Filho adverte:

Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.101

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p.81

⁴⁷ Ibid., p. 81.

legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de “lei”, tal como exposto.

Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas, A disciplina jurídica é produzida pelo *conjunto* das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.

Em suma, o princípio da legalidade não conduz a uma interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório.⁴⁸

No que tange à atuação administrativa estatal, Raquel Melo Urbano de Carvalho⁴⁹, analisando o conceito do princípio da legalidade, sob o ponto de vista do seu aperfeiçoamento histórico, assentou, de início, que ele “vincula-se a própria noção do Estado de Direito”. Ainda, que o seu florescimento teve início com a revolução francesa e sua construção teórica emergira com o propósito de fazer frente ao “Estado de Polícia ou Absolutista”. Estado este que tinha por paradigma a liberdade conferida ao Soberano para reger o Estado de acordo com sua vontade individual. Desta feita, este princípio fora institucionalizado forma de substituir a “vontade individual do soberano por uma vontade geral, contida em uma norma emanada do Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular”. Naquele momento histórico, conforme a autora, o ideal de Estado de Direito manifestava a “submissão do Estado à lei, a garantia dos direitos individuais e a divisão dos poderes, tinham como objetivo defender o indivíduo do abuso de poder”. Prossegue no seu escólio a aduzir que a noção clássica do princípio da legalidade passou por três mutações.

A primeira mutação fora caracterizada pela reunião do princípio da legalidade administrativa, então pautado pelo atendimento das regras expressas nas leis e na constituição, com a ideia de legitimidade da atuação estatal, onde, “além do cumprimento das regras jurídicas, tem-se o atendimento da moral administrativa e da finalidade pública”. Assevera a autora:

Sendo assim, um comportamento administrativo só se mostra legítimo se, além dos aspectos formais de atendimento das regras legais, observam-se materialmente os valores sociais consagrados

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 229

⁴⁹ CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p.45-57

expressamente com fundamentos do ordenamento na Constituição, atendidas as demandas da comunidade. Supera-se o pensamento normativista assentado na concepção dogmática e liberal da legalidade em sentido estrito capaz de aprisionar o Direito no âmbito do dever-ser, imune à realidade do mundo do ser. Passa-se a exigir a legitimidade das atuações públicas...⁵⁰

Tecendo considerações sobre a segunda mutação do princípio da legalidade, prossegue aduzindo que ela foi resultado da reação ao exercício arbitrário do poder pelo Administrador público em diversos setores de atuação do Estado e ao contumaz desrespeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, fatores esses, decorrentes da maior amplitude da discricionariedade administrativa que se cresceu na mesma proporção em que cresciam as funções atribuídas à Administração pública no contexto da estruturação do Estado Social. Em meio a essa conjuntura, a doutrina e a jurisprudência pátrias passam a vislumbrar a atuação administrativa legítima como aquela vinculada indissolúvelmente aos princípios constitucionais colacionados no Art. 37 da Magna Carta, bem como a outros princípios expressos e implícitos que dela irradiam.

Por derradeiro, assenta a autora que a terceira mutação é marcada pela submissão da atividade administrativa ao Direito em toda sua amplitude, considerados os princípios e as regras jurídicas – o que se denomina juridicidade da atuação administrativa. Compilando os vários entendimentos doutrinários acerca dessa ideia de juridicidade, resume:

Por conseguinte, ao lado da concepção formal da legalidade, que pressupõe a observância de um sistema jurídico constituído por normas legais escritas, claras e precisas, acresce-se a visão substancial do conceito, que exige a submissão estatal a normas que viabilizem a melhor convivência social e que garantam as condições mínimas à sobrevivência dos cidadãos. Referidas normas passam por uma valoração metodológica e sistemática no momento da subsunção dos fatos aos seus preceitos, admitida – em alguns casos necessária uma integração complementar na espécie.⁵¹

Nota-se que a busca pela reestruturação do Estado e pelo aperfeiçoamento gestão pública tem gerado reflexos diretos e incisivos nos princípios clássicos que

⁵⁰ CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p.49

⁵¹ Ibid., p. 57

regem o Direito Administrativo brasileiro⁵². Notadamente o princípio da legalidade, tradicionalmente representado pela frase - enquanto ao administrador só é permitido fazer o que está na lei, ao particular é permitido fazer tudo que nela lei não seja proibido – que, diante do Direito Administrativo pós-moderno, vem sendo transmudando pela doutrina e pela jurisprudência para centrar sua fonte axiológica e ontológica no ordenamento jurídico com um todo. Esta nova percepção tem possibilitando aperfeiçoamento exegético que agora busca compreender os fatos sob a ótica da norma jurídica e dos princípios que a regem, sejam estes implícitos ou explícitos; não mais somente na apreciação da lei positivada.

Além da compreensão exata do princípio da legalidade, no contexto do Estado Gerencial, dois princípios, dentre aqueles que delimitam o âmbito de desenvolvimento das atividades estatais, merecem destaque, quais sejam o princípio da eficiência e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade⁵³. O princípio da eficiência, ligado intrinsecamente com a ideia de Estado gerencial, deve analisado e entendido na conjuntura da atuação administrativa vinculada ao direito, como nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Porém, mais do que simplesmente à *lei*, a atividade administrativa se vincula ao *Direito*, entendido não apenas como a *coleção de normas legisladas em vigor*, mas como a referência à *totalidade do ordenamento jurídico vigente*, assim considerado como nele incluindo não apenas a *s normas legais* positivadas, como as *normas-princípio*, venham positivadas ou não, e as *normas jurídicas* produzidas por outras fontes, pressupondo, sobretudo, um *sistema constitucional aberto*, sempre *responsivo* às mudanças que se processam incessantemente no meio social, e que lhes garantam a *legitimidade*.⁵⁴

O princípio da eficiência, tão caro ao exercício da função administrativa, já antes de sua positivação, era inferível pela leitura sistemática do Decreto 200/1967 e

⁵² Defendem a ideia da juridicização da atividade administrativa: Germana Moraes de Oliveira, Edilson Pereira Nobre Junior, Eurico Bittencourt Neto, Gustavo Binbenojm.

⁵³ No contexto desse trabalho não se adentrará ao polêmico debate que busca diferenciar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a noção teórica seguida é a que os entende como sinônimos e os caracteriza pela existência da trinômia: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: Parte introdutória, geral e especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.187.

das normas regentes da atuação estatal, constantes da Carta Magna⁵⁵. Todavia, foi acrescentado ao *caput* do seu art. 37⁵⁶ pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e segundo Zimmer Júnior⁵⁷ representou a consolidação normativa da nova concepção de Estado que há muito vinha tomando forma, o Estado Gerencial, assim no mostra:

A implantação de um novo modelo encontra na Emenda Constitucional 19/1998 um espaço à consolidação de uma teórica transição do Estado Burocrático para o modelo seguinte: O Estado Gerencial. Assim, acrescenta-se ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal um novo princípio, a saber, o da eficiência, e por aí se revela a raiz teórica de um conjunto de mudanças que iniciou na Emenda Constitucional 5/1995 e ultrapassou a Emenda Constitucional 19/1998.

No mesmo sentido, Di Pietro, após advertir sobre a necessidade de se observar o mandamento da eficiência, tanto na “atuação do agente público”, como no “modo de organizar, organizar, estruturar, disciplinar a Administração pública”, informa que:

Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo, tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais - *operem muito eficientemente*”⁵⁸

Evidencia-se inquestionável que, em matéria de contratação pública, especialmente, no que tange à configuração da sistemática sancionatória que ao particular contratado se condiciona, a observância do princípio da eficiência é

⁵⁵ CRFB. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:...II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

⁵⁶ CRFB. 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.

⁵⁷ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. Curso de direito administrativo. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 137.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84

fundamental para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das relações econômicas estabelecidas com o mercado, bem como atendimento das necessidades da Administração. Assim adverte César Augusto Guimarães Pereira⁵⁹:

As sanções implicam ônus econômicos adicionais (multas) ou o afastamento direto de licitantes (suspensão ou inidoneidade) do mercado em que a Administração deve encontrar seus possíveis contratados. A aplicação de sanções deve ser pautada por critérios que favoreçam sua utilidade prática e necessidade real. A ampliação indevida da atividade punitiva, sob a justificativa de se suprimir a impunidade, pode destruir o bem que esta atividade se dispõe a defender.

Ao tratar sobre as sanções prescritas para a modalidade licitatória do Pregão, Justen também adverte sobre o risco do uso ineficiente da discricionariedade sancionatória contratual. Veja-se:

O mais grave, no entanto, seria o prejuízo em médio prazo para os próprios interesses perseguidos pela Administração Pública. Por um lado, os licitantes acabariam reduzindo vantagens nas licitações, diante do temor de não conseguir executar um contrato com valores reduzidos. Por outro, a punição generalizada reduziria o universo de potenciais licitantes. A decorrência seria a elevação dos preços praticados no mercado público. Enfim, punir com excessivo rigor geraria efeitos antieconômicos para a própria Administração.⁶⁰

Destarte, o Administrador deve se esmerar em construir seu quadro de infrações e sanções aplicáveis, com o máximo de objetividade possível e dosando com parcimônia a reprimenda a ser imposta ao infrator, sob pena de ser ineficiente na busca do atendimento de suas necessidades e, simultaneamente, desequilibrar as relações econômicas de mercado, tão influenciada pelos contratos administrativos.

Daí infere-se que, nesse contexto, o Administrador público ao exercer seu poder discricionário para a composição do binômio infração/sanção deve obedecer, não somente o princípio da eficiência, mas também e não menos, o princípio da proporcionalidade. Enquanto a atenção àquele viabiliza uma atuação mais exitosa

⁵⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações Públicas, 8. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.446.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2013. p. 256

no atendimento das necessidades estatais, do interesse público e do desenvolvimento atividades econômicas. A contemplação deste evita uso indevido do poder sancionatório estatal para impingir reprimendas desproporcionais que possam inviabilizar a atividade produtiva da contratada e, ao mesmo tempo, ofender seus direitos fundamentais.

Inerente a qualquer Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade “exige da Administração Pública o exercício moderado da competência, observados os limites do ordenamento em face da realidade social”⁶¹. É ele indispensável como fundamento de análise do exercício da discricionariedade administrativa. Assim, este princípio compele o Administrador público a eleger tão-somente medidas necessárias, adequadas e na medida correta para o atingimento dos fins perseguidos. Raquel Melo Urbano explica que:

Em razão da proporcionalidade, impõe-se a conduta adequada, necessária e suficiente na espécie, bem como o dever de perseguir, de modo refletido, o equilíbrio entre a proteção da liberdade individual e dos direitos da coletividade, vale dizer, entre o interesse privado e o interesse público.

Resulta do referido princípio, ainda, a necessidade de sopesamento dos valores juridicizados no ordenamento em face das circunstâncias concretas. Caracteriza violação a este dever quaisquer exageros ou omissões estatais injustificadas. Ao praticar determinada conduta, o agente público deve tomar concreto o máximo de direitos fundamentais, evitando o sacrifício desnecessário de qualquer prerrogativa assegurada ao cidadão pelo ordenamento vigente.⁶²

Em se tratando da atividade repressiva administrativa do Estado, nunca é demais lembrar que ela deve seguir o devido processo legal preconizado na Lei 9.784/99, que disciplina as normas gerais de processo administrativo no Brasil. Este Estatuto prevê de maneira explícita no caput do seu art. 2º⁶³, o princípio da proporcionalidade como cânone para quaisquer processos administrativo, e no parágrafo único, IV, o legislador deixou evidente que objetiva este princípio que se

⁶¹ CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 126

⁶² Ibid., p. 126-127

⁶³ Lei 9784/99, Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

apliquem sanções "em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

O emprego desse princípio é fundamental para exercício do poder discricionário por ocasião da prescrição de infrações e da indicação de quais sanções a elas se deve vincular. Nesse sentido, considerando o quadro sancionatório prescrito na Lei nº 8.666/93, Lucas Rocha Furtado:

Deve ser observada, ademais, regra de proporcionalidade na aplicação das sanções. Assim, para pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações, e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. Em hipótese de fraude praticada pelo contratado, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade. De se observar que a aplicação das duas últimas penas, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade podem ser acumuladas com a aplicação de multa.⁶⁴

Moreira e Amaral são incisivos no que diz respeito à incidência do princípio da proporcionalidade para nortear, tanto a atividade do legislador, quanto a do Administrador:

No campo do Direito Administrativo Sancionador, a norma deve, obrigatoriamente, estabelecer **tipos delitivos** que guardem correlação lógica com a aplicação de **sanções** que sejam **proporcionais** aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente revelem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção.

Dito em outros termos: não está o legislador inteiramente livre para definir a gravidade da conduta ilícita e da cominação da correspondente penalidade, uma vez que deve observar a proporcionalidade/razoabilidade interna da norma sancionatória.

Implícito, portanto, que mesmo que a lei não estabeleça discriminadamente cada uma das sanções aplicáveis ao administrado que age em desconformidade com os seus comandos, exige-se o estabelecimento de **limites razoáveis e proporcionais**, condicionadores da atuação do aplicador da sanção.⁶⁵

⁶⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 526

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE),

Por todo o exposto, depreende-se que os princípios da legalidade, da eficiência e da proporcionalidade são de atendimento obrigatório para o Administrador público no momento em que este se depara com a necessidade prescrever infrações e sanções ao particular contratante em um edital e/ou um contrato a ser redigido. Ora, nada obstante outros princípios que devem ser sopesados, aqueles, condicionam e possibilitam o estabelecimento de um quadro de infrações/sanções que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico, que seja eficiente, no sentido de ter utilidade prática e de não macular a relação econômica-contratual, e isento, na medida em que aplica reprimendas necessárias, adequadas e na justa medida para a proteção do contrato e dos interesses públicos.

3. APLICAÇÃO CUMULATIVAS DE SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/1993 E NA LEI 10.520/2002

3.1 Limites à discricionariedade administrativa e sanções contratuais previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002

O Administrador público no exercício da função administrativa se depara com dois tipos de normas jurídicas que condicionam toda e qualquer atividade que exerce. Assim, além de estabelecer sua competência de atuação, a lei a subordina a parâmetros predefinidos ou lhe atribui certa margem de escolha. Nesta condição, estar-se-ia diante de normas discricionárias, naquela, de normas vinculadas. Daí que, quando do exercício de suas prerrogativas de polícia administrativa, de disciplinador dos agentes público ou privados, de prestador de serviços públicos, de regulador das atividades econômicas, ou quaisquer outras que lhe cabem, o administrador público defronta-se com normas que o obrigam a apenas agir de uma forma predeterminada, diante da conjuntura concreta, para que atinja a consequência jurídica já antevista pelo legislador, ou, ainda, com normas que lhe autorizam eleger uma dentre duas ou mais ações possíveis de atender à finalidade pública. Assim, pratica atos administrativos discricionários ou vinculados.

Celso Antonio Bandeira de Melo, acerca dos atos vinculados e discricionários, ensina que:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente é prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.⁶⁶

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p.430

Raquel de Melo Urbano de Carvalho conceitua o ato acerca do ato vinculado expõe:

Quando os elementos e os pressupostos do ato administrativos estão todos fixados no ordenamento, sendo identificáveis mediante atividade hermenêutica, sem que se possa falar em liberdade de escolha pelo Poder Público, tem-se a vinculação administrativa. A vinculação atinge um ato administrativo, portanto, quando a ordem jurídica define: o sujeito competente, a forma por meio de que a vontade exteriorizar-se-á, o motivo em face de que o ato poderá ser praticado, o comando administrativo dele resultante e a finalidade pública a ser atingida. Em outras palavras, quando mediante interpretação identifica-se no sistema o sujeito, a forma, o motivo, o conteúdo e a finalidade, o ato é vinculado.⁶⁷

Ainda a autora sobre o ato discricionário:

Um ato se qualifica como discricionário quando um dos seus elementos (o conteúdo) e/ou um dos seus pressupostos (o motivo) não estão determinados pontual e diretamente no ordenamento. Se o sistema jurídico não define, de forma clara, uma única conduta admitida para o servidor, admitindo que este escolha entre duas ou mais alternativas de ação admitidas perante o direito, tem-se a discricionariedade no conteúdo. Se o mesmo sistema não enumera uma única realidade em face de que o ato pode ser praticado, admitindo mais de uma situação fática como ensejadora da conduta administrativa, tem-se a discricionariedade no motivo. Um ato administrativo em cuja prática o servidor possui liberdade de opção no tocante ao conteúdo e/ou motivo é discricionário.⁶⁸

Thiago Marrara reporta que a discricionariedade administrativa é imprescindível para o exercício da função administrativa, pois:

Ainda que presente nos mais variados ramos de direito público, o poder estatal de escolha é de fundamental relevância para o direito administrativo, ou seja, para a disciplina jurídica da função administrativa. Nesse campo, é preciso garantir ao administrador público uma margem de criatividade para elaborar e aplicar as medidas mais razoáveis e eficientes na solução de um problema ou questão ou na formulação de um plano ou programa necessário à concretização de políticas públicas.⁶⁹

⁶⁷ CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 406

⁶⁸ Ibid., p. 407

⁶⁹ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012

Di Pietro⁷⁰ e os doutrinadores mais tradicionais entendem que a prática desses atos administrativos tem seu fundamento de validade nos Poderes Discricionário e Vinculado que a lei confere à Administração pública para o exercício de sua função administrativa. Todavia, outros há que se contrapõem a essa tese, Rachel de Melo Urbano assim se posiciona:

Cumpra-se asseverar, entretanto, que vinculação e discricionariedade não são poderes da Administração, mas características das ações administrativas, inclusive daquelas praticadas no exercício dos poderes da Administração como o poder disciplinar, o poder de polícia e o poder hierárquico. Qualquer declaração de vontade da Administração, sujeita ao regime jurídico público, ou se afigura vinculada, ou se afigura discricionária.⁷¹

Também, Furtado⁷² discorda que se tratem de poderes, pois para ele os poderes garantem ao administrador público prerrogativas, ao passo que a ideia de vinculação e discricionariedade diz respeito, tão somente, à forma de exercício das atividades públicas e não de exercício prerrogativas perante o particular. Todavia, conclui o autor que “a exclusão da discricionariedade administrativa não lhe reduz em nada a importância jurídica, permanecendo intacta a distinção entre ato administrativo discricionário e ato administrativo vinculado”⁷³. Moreira Neto entende que quem, na verdade, exerce o poder discricionário é o legislador ao possibilitar o exercício da discricionariedade pelo administrador para integrar a lei conforme o caso concreto, ou seja, a este, cumpre obedecer aos “requisitos de legalidade e legitimidade para torná-los exequíveis”⁷⁴. Como Furtado, pensa que a polêmica em nada prejudica o entendimento unânime da doutrina de que a discricionariedade deve obrigatoriamente ser prevista em lei e de que seu conteúdo deve cingir exclusivamente ao juízo que advém do administrador acerca da conveniência e oportunidade da sua atuação.

Importa esclarecer que a possibilidade de o Administrador público escolher uma dentre duas ou mais possibilidades de atuação para o aperfeiçoamento de um

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.220-221

⁷¹ CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 406

⁷² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 526-527

⁷³ Ibid., p. 527

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: Parte introdutória, geral e especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.164-165

ato discricionário não quer dizer que aquele pode agir sem observância das normas, sejam quais forem que ao caso concreto possam incidir. Apenas indica que o legislador optou por deixar ao seu alvedrio a escolha, mediante um juízo de conveniência e oportunidade, que melhor possa atender ao interesse público. Furtado lista os pressupostos que são necessários para o exercício da atividade discricionária do administrador, assim:

Lei haja conferido liberdade ao administrador para a definição do conteúdo do ato; - A liberdade seja exercida nos limites da lei; - O administrador se utilize da liberdade legal com propósito de melhor realizar as finalidades legais que justificaram a outorga da competência para o exercício da atividade; - A definição da solução mais adequada decorre do juízo de conveniência do administrador público.⁷⁵

Schirato, da mesma maneira, arrola condições que determinam a atuação discricionária do administrador:

A discricionariedade administrativa poderá decorrer de quatro situações distintas, quais sejam: (i) conferência expressa pelo comando normativo de discricionariedade; (ii) lacuna da norma jurídica quanto aos critérios de ação do administrador público; (iii) previsão legal expressa de mais de uma ação possível ao administrador no caso concreto; e (iv) existência de conceitos jurídicos indeterminados² (i.e., conceitos fluidos, vagos, cuja precisa significação será dada no caso concreto pelo administrador) na hipótese normativa ou na consequência da ocorrência da hipótese, ou em ambas.⁷⁶

Por todas as exposições doutrinárias, bem como por uma incursão na jurisprudência dos tribunais pátrios, de pronto pode-se inferir que a atuação administrativa discricionária não comporta condutas arbitrárias, ao revel da lei, considerada em seu sentido amplo. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

Conforme tem assinalado autorizada doutrina, o Poder Público há de sujeitar-se à devida contrapartida, esta representada pelos direitos fundamentais à boa administração, assim considerada a administração transparente, imparcial, dialógica, eficiente e respeitadora da legalidade temperada. Portanto, não

⁷⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 527

⁷⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. DISCRICIONARIEDADE E PODER SANCIONADOR: UMA BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE REGULAMENTO DA ANATEL. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: agosto 2016

se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do judiciário.⁷⁷

O eminente doutrinador destaca que a atuação discricionária, nada obstante caber ao administrador formar seu juízo de oportunidade e conveniência com liberdade, pode, perfeitamente, ser impugnada pelo Poder Judiciário. Hoje, a tese da sindicabilidade⁷⁸ do ato administrativo é aceita unanimemente pela doutrina e jurisprudência, todavia, Carvalho Filho, alerta que isto não pode significar que o judiciário poderá imiscuir-se na análise dos critérios adotados de conveniência e oportunidade, estando eles em consonância com a legislação, pois “o juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 22 da CF)⁷⁹”.

No mesmo sentido a lição de Furtado⁸⁰, para quem o exame a ser realizado pelo judiciário é de conformidade da atuação do administrador com as normas incidentes no caso concreto e deve se passar por quatro etapas: (i) análise da legislação que fundamentou o ato discricionário; (II) avaliação dos motivos que justificaram a prática do ato, ou seja, as circunstâncias de fato e de direito; (III) ponderação, à luz do princípio da razoabilidade, dos motivos, do fato concreto e da legislação aplicável; e (IV) verificação da legitimidade do ato que é evidenciada quando todas as formalidades legais, os princípios aplicáveis e o devido processo legal são atendidos. Conclui o doutrinador que uma vez constatada a ilegalidade do ato discricionário este deve ser anulado, mas não cabe ao poder judiciário

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.52.

⁷⁸ Moreira Neto apresenta elucidativa explicação acerca da sindicabilidade, qual seja: “A sindicabilidade é, portanto, a possibilidade jurídica de submeter-se efetivamente qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, o princípio da sindicabilidade, de natureza instrumental, informará as teorias do controle de legalidade, de legitimidade, bem como de licitude, envolvendo a competência do controle, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos de controle disponíveis. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: Parte introdutória, geral e especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.147.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.52

⁸⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 531

determinar a prática de novo ato. Pelo mesmo raciocínio, em havendo omissão na prática do ato o juiz deve restringir-se a estabelecer prazo para a prática do ato.

Na seara contratual, o legislador formatou uma sistemática de aplicação de sanções muito criticada pela doutrina por sua dificuldade ser aplicada com objetividade ao caso concreto, diante da grande margem de discricionariedade que foi atribuída ao administrador público. Essa discricionariedade compreende a previsão de critérios e limites de aplicação das sanções, das hipóteses infracionais, bem como da vinculação a elas das reprimendas arroladas na legislação. Ronny Charleso comparar o quadro sancionatório da Lei 8.666/1993 com o do Decreto-Lei 2.300/86, então diploma regente das licitações e contratos no Brasil, critica a manutenção do vácuo normativo deixado pelo legislador ao editá-la:

O regramento sobre o sancionamento administrativo disposto pela Lei nº 8.666/93 se manteve assemelhado ao outrora disposto pelo Decreto-Lei 2.300/86. Já naquele diploma, a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade eram apresentadas como as sanções aplicáveis às situações de inexecução total ou parcial do contrato. Esse regramento, mantido pelo estatuto de licitações, caracteriza-se por uma falta de tipicidade específica, inexistindo minuciosa descrição legal do fato indicado para a imputação da respectiva sanção. Isso permite que a aplicação da pena seja relegada ao juízo de valor do administrador, de acordo com a prescrição editalícia. Tal situação pode gerar preocupações, por permitir proteções, influências e perseguições políticas indevidas, na aplicação da penalidade, além de tolher a segurança jurídica, criando empecilhos à participação de interessados no certame.⁸¹

A Lei 8.666/1993, no seu capítulo IV, seção II, arts 86 a 88, previu a sistemática sancionatória a ser aplicada ao contratante pela inexecução total ou parcial do contrato e/ou pela ocorrência de mora contratual por ele ocasionada. Esta Lei possui normas gerais que devem ser seguidas em quaisquer licitações e/ou contrato, ressalvados os regramentos específicos, que tratem de condições diferenciadas e que expressamente excluam sua aplicação.

Cabe carrear o teor dos art. 86 e 87, para melhor análise:

⁸¹ TORRES, Ronny Charles Lopes. Artigo Sanções Administrativas e a modalidade licitatória pregão. http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/cf42cb221d5e00d51541ab03fe4f3dc4.pdf. Acesso em: agosto 16

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

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

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

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

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 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.

Não se objetiva analisar detidamente o conteúdo e as repercussões de cada inciso ou parágrafo que compõe o quadro sancionatório do Estatuto das Licitações. Mas, tão somente, identificar como e em que momento o legislador conjecturou a discricionariedade que atribuiu ao administrador público para exercício do poder sancionatório contratual. De início, importa considerar o legislador, ao prescrever as sanções contratuais, considerou duas possibilidades de infração à estabilidade da relação contratual que seriam a inexecução (total ou parcial) e o atraso no

cumprimento das cláusulas do contrato. A esta possibilidade previu como sanção a ser aplicada a multa, àquela, estabeleceu a advertência, a multa, a suspensão e o impedimento, e, por fim, a declaração de idoneidade.

No que diz respeito à multa o legislador deixou evidente que aquela prevista no art. 86 aplica-se quando o contratante incorrer em atraso indevido sem este possa comprometer o adimplemento, ou seja, trata-se de multa moratória. Já na hipótese do inciso II, do art. 87, a reprimenda refere-se à inexecução injustificável que enseje a extinção ou a impossibilidade de adimplemento da avença e, portanto, a multa tem caráter compensatório. Daí, porque, podem ambas ser aplicadas cumulativamente, nos termos do § 1º do art. 86, sem a configuração de *bis in idem*.

Em relação às sanções do art. 87, o legislador esquivou-se da objetividade pois não estabeleceu critérios claros para a configuração de hipóteses infracionais, apenas carreando o termo genérico de “inexecução total ou parcial do contrato”. Ademais, não estipulou quais seriam as sanções aplicadas. Não obstante, preocupou-se em garantir a defesa prévia ao contratante passível de ser sancionado. Desta feita, deixou ao juízo do administrador a caracterização das hipóteses infracionais e as sanções que a elas devem ser cominadas, de acordo com o caso concreto, não preocupou-se em estabelecer ao menos um tipificação mínima, que poderia ser caracterizada como exemplificativa de maneira a definir, ao menos, parâmetros mais objetivos ao administrador público.

Superada a análise do capítulo das sanções da Lei 8.666/93, passa-se ao art. 7º da Lei 10.520/2002, veja-se:

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

A Lei 10.520/2002, no dispositivo supramencionado, elenca como sanções o

impedimento de licitar com os entes federativos e o descredenciamento no SICAF e multa. As duas primeiras são previstas de forma cumulativa e não são estabelecidos critérios para a gradação destas diante da hipótese infracional prevista no dispositivo. Ademais, foi o legislador taxativo ao fixar o rol de infrações que darão ensejo à aplicação de sanção, diferentemente da Lei 8.666/1993 que se limitou a prescrever como parâmetro o termo genérico “inexecução total ou parcial do contrato”.

Vale mencionar, que o legislador, nada obstante ter imposto a aplicação das sanções de impedimento e descredenciamento sem estabelecer critérios para a dosimetria, ao descrever os tipos infracionais, deixou clara sua intenção de prescrevê-los mediante uma gradação, pois começa arrolando faltas leves para, progredindo, elencar tipos mais gravosos. Assim, ao passo que descreveu de maneira taxativa as infrações que podem dar ensejo à aplicação de sanções, deixou à atuação discricionária do administrador público, tanto incumbência de apreciar a intensidade de ofensa dos tipos, quanto a de graduar o lapso de tempo pelo qual o contratante deverá suportar o ônus sancionatório. Por fim, não previu na norma, expressamente, no dispositivo a quem caberia a competência para das sanções prescritas na Lei do Pregão.

Marçal Justen Filho faz severas críticas à postura do legislador de se escusar de definir as infrações contratuais ou defini-las por meio de conceitos jurídico indeterminados, pois entende que ela acarreta duplo efeito negativo na medida que possibilita a aplicação de sanções por infrações não previstas em lei e legitima a inaplicabilidade de sanções a condutas que mereceriam ser reprimidas. Embora admita a discricionariedade para a dosimetria da reprimenda em virtude da gravidade da infração, reforça seu repúdio, afirmando que:

...a ilicitude não é avaliável segundo juízos de conveniência, mas envolve competência vinculada. Pode haver dificuldade para determinar, em face das peculiaridades do caso concreto, a extensão e os efeitos do dever incidente sobre o sujeito. Essa dificuldade resolve-se, na maior parte dos casos, como uma questão de fato. De tudo se extrai o entendimento de ser inconstitucional a regra legal que remeter ao administrador a competência discricionária para determinar o conteúdo da ilicitude ou a sanção aplicável. Poderá

definir-se a ilicitude através de cláusulas gerais, que retratem a natureza genérica dos deveres e restrições impostos ao sujeito.⁸²

Puccetti, por considerar a relação administrativa contratual como pertencente ao conjunto de relações sujeição especial travadas entre o Estado e o particular, entende que a legalidade pode sofrer “modulações específicas”, pois essas relações, por suas especificidades, não comportam a consumação, em sede de produção legislativa, de todas as possíveis condutas que possam prever hipóteses infracionais capazes de comprometer a execução eficiente do objeto contratual. Também assente que a possibilidade de a tipificação de condutas infracionais ser procedida em sede infralegal, desde que derive de “normas legais abertas ou produzidas a partir de conceitos jurídicos indeterminados”⁸³.

Parece mais acertado o entendimento exposto por Puccetti⁸⁴, pois que inegável que os contratos administrativos geram uma relação de sujeição do particular contratante perante a Administração. Assim, em virtude da imensidão de potenciais relações contratuais que à Administração é possível se vincular, torna-se impossível ao legislador estabelecer critérios eficientes e capazes nortear toda a construção de hipóteses de infrações e sanções respectivas. Ademais, no que diz respeito à possibilidade aplicação de sanções por infrações não previstas em lei e a inaplicabilidade de sanções a condutas que mereceriam ser reprimidas, parece-nos que as normas jurídicas e os princípios incidentes sobre a atividade administrativa, notadamente os princípios plasmados na Carta Magna, são suficientes para oferecer os parâmetros para a formatação razoável e justa de um conjunto de infrações/sanções para reger as relações contratuais. Vale lembrar que a atuação do administrador contrária ao ordenamento o sujeita aos rigores da lei, sobretudo à responsabilização administrativa, cível e penal.

Quanto ao dever legal de o administrador sancionar o licitante ou contratante, Justen Filho, assevera:

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2013. p.245

⁸³ PUCETTI, Renata Fiori. Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos. 2010. 180f. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. 2010. p. 167

⁸⁴ Ibid., p. 166-168

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão anti-jurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar.⁸⁵

Embora, prevista grande amplitude para a atuação discricionária da Administração, é entendimento unânime na doutrina e na jurisprudência que essa possibilidade de escolha não diz respeito à aplicação em si da reprimenda. Ora, as cláusulas exorbitantes, entre elas a que autoriza o administrador público fiscalizar e sancionar o contratante faltoso, têm seu fundamento de existência na proteção do interesse público, ou seja, existem e são de consignação obrigatórias nos editais e nos contratos administrativos para serem cumpridas, com muito mais rigor, pela Administração contratante.

3.2 A possibilidade de cumulação de sanções da Lei 8.666/1993 e da Lei 10.520/2002 na modalidade licitatória do pregão

O pregão é uma modalidade licitatória que representa uma tentativa de o legislador aperfeiçoar dar celeridade aos procedimentos de contratação de produtos e serviços comuns. Daí Pode-se, inferir que o legislador buscou também estabelecer uma sistemática distinta da Lei 8.666/1993 para aplicação de sanções ao contratante faltoso.

O confronto das sistemáticas sancionatórias prescritas na Lei 8.666/1993 e a Lei 10.520, de 2002, nos permite identificar diferenças importantes que o legislador instituiu nessa modalidade licitatória. A primeira é que ele reduziu o número de

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2013. p. 240

sanções contratuais, pois não previu a sanção de advertência e de inidoneidade. Outra, enquanto na Lei 8.666/93 não tipificou qualquer infração, limitando-se a prescrever o óbvio, ou seja, a causa de aplicação de sanção como sendo a “inexecução total ou parcial do contrato”, na Lei do pregão tipificou condutas infracionais, nada obstante para umas tenha se utilizado de tipos fechados e para outras tipos abertos. Por fim, nesta lei, ampliou a sanção de impedimento de licitar e contratar, acrescentando a ela o descredenciamento do contratante faltoso do SICAF.

Percebe-se que o legislador instituiu um regramento sancionatório mais gravoso na Lei do pregão. Marçal Justen Filho⁸⁶, ao comparar a sistemática sancionatória do pregão com a da Lei 8.666/1993, afirma que a exigência mais rigorosa do legislador se justifica pelas próprias características da modalidade pregão onde a sistemática da inversão de fases, a maior confiança depositada nos licitantes e a necessidade de celeridade dos atos procedimentais, que a medida que diminuem o “autoritarismo” estatal, tornam a Administração mais vulnerável, e, assim, requerem uma postura firme diante daqueles que venham a macular o procedimento.

Sidney Bittencourt⁸⁷, em consonância com outros doutrinadores⁸⁸, posiciona-se em sentido contrário:

Num primeiro momento, portanto, poder-se-ia argumentar que houve uma opção legal acerca do período de sanção na modalidade pregão. Ocorre que tal postura poderia gerar, na prática, consequências de legalidade e constitucionalidade questionáveis, pois não se pode conceber que condutas idênticas praticadas em licitações de modalidades diversas sejam repreendidas de forma diferenciadas em razão, unicamente, do rito específico de uma delas. O que deve servir de parâmetro para a aplicação da sanção é a gravidade do ato praticado e não a modalidade de licitação adotada.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2013. p. 240

⁸⁷ Bittencourt, Sidney. Pregão eletrônico : Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, considerando também a Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 224

⁸⁸ Tarso Violin, Renato Mendes e Luis Gustavo Alves Smith.

Parece que tal entendimento apresenta maior pertinência com o Estado Democrático de Direito. Outrossim, acrescenta-se que, além do ensejo de questionamento acerca da legalidade e constitucionalidade, a tese de que o legislador intentava imprimir uma sistemática mais rigorosa à aplicação de sanções na Lei do Pregão, inobstante o alargamento do lapso temporal para os efeitos das sanções de impedimento e descredenciamento, quando comparadas com as sanções da Lei 8.666/1993, não parece compatível com a margem de dosimetria (**até 5 anos**) por aquele prevista. Ora, diante desse lapso de tempo previsto no fim do art. 7º do texto legal, parece incoerente que o legislador, preocupado em ser mais rigoroso, tenha atribuído ao juízo discricionário do administrador a aplicação de uma reprimenda que poderia ter seus efeitos estendidos, tanto por 6 meses, quanto por 5 anos.

Notório que, em sede de contratação pública, especialmente, no que tange à aplicação de sanções, o exercício da discricionariedade administrativa em conformidade com as normas e princípios jurídicos é decisivo para a estabilidade e para o curso de uma contratação pública.

Nesse contexto que se passa à análise da viabilidade jurídica de o administrador aplicar as sanções da Lei 8.666/1993 nos certames e contratos regidos pela Lei 10.520/2002. Este tema gera grande controvérsia doutrinária. A controvérsia acirrou-se diante da posição do TCU, que entende ser possível a cumulação das sanções destas legislações:

O contratado poderá ficar impedido de licitar e de contratar com a Administração Pública, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, e será descredenciado no Sicaf – ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores semelhantes – pelo prazo de até cinco anos, quando: - deixar de celebrar ou de assinar o contrato ao ser convocado dentro do prazo de validade da proposta ou da ata de registro de preços; - deixar de entregar documentação exigida no edital; - apresentar documentação falsa exigida para o certame; - fazer declaração falsa; - ensejar o retardamento da execução do objeto do contrato; - não mantiver a proposta; - falhar na execução do contrato; - fraudar a execução do contrato; comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal. Essas penalidades não excluem as multas previstas no edital e no contrato e demais cominações legais, **em especial as estabelecidas**

na Lei nº 8.666, de 1993.⁸⁹ (grifo nosso)

Diante deste posicionamento, surgiram defensores da possibilidade de aplicação cumulativa das sanções como um todo, bem como a de que apenas, em situações específicas, algumas sanções da Lei 8.666/1993, poderiam ser aplicadas na modalidade do Pregão.

Há posicionamentos no sentido de ser possível a cumulação de sanções diante da leitura combinada da parte final do art. 7º com o art. 9º, ambos da Lei 10.520/2002. Veja-se:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo..., sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato "e das demais cominações legais". (grifo nosso)

Art. 9º Aplicam-se **subsidiariamente**, para a modalidade de pregão, **as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. (grifo nosso)

Ronny Charles Lopes de Torres⁹⁰, considerando a aplicação, na modalidade licitatória do pregão, de ambos os diplomas normativos, a Lei 8.666/1993 para infrações verificadas no contrato e a Lei 10.520/2002 para aquelas ocorridas no curso do certame, pugna pela impossibilidade da cumulação, seguem-se os argumentos:

I - ambas são leis ordinárias, sendo a Lei 8.666 precedente e geral, ao passo que a Lei 10.520/2002 é posterior e especial, quaisquer antinomias, que aparentemente ocorram, devem ser equacionadas pela prevalência desta;

II – a expressão “demais cominações legais” não autorizaria a cumulação de sanções, pois estar-se-ia incorrendo em *bis in idem*, uma vez que a Lei 8.666/1993 somente permite a cumulatividade da sanção de multa.

III – a afirmação de que poderiam ser aplicadas as sanções da Lei 8.666/1993, por ser esta uma Lei geral que regula as licitações e os contratos, e a

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações básicas. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de controle interno, 2006. p. 321/322.

⁹⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Sanções Administrativas e a modalidade licitatória pregão. Disponível em:

http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/cf42cb221d5e00d51541ab03fe4f3dc4.pdf.

Acesso em: agosto 2016.

Lei do Pregão ter tratado de maneira especial somente o certame licitatório, não merece prosperar, pois o art 7º prescreveu infrações passíveis de ser praticadas, tanto no curso do certame, quanto no da execução contratual, como depreende da expressão “falha ou fraude na execução do contrato”;

Ainda o autor⁹¹, prossegue para refutar o entendimento exposto pelo TCU de que a parte final do Art. 7º, combinado com o Art. 9º, da Lei 10.520/2002, permitiria a aplicação, na modalidade do pregão, das penas de advertência, suspensão temporária e de declaração de inidoneidade. Argumenta que a aplicação subsidiária somente se justifica em havendo lacuna na Lei do Pregão, o que, para ele, não ocorreu, pois a Lei 10.520/2002 previu no seu art 7º a infração e a respectiva sanção a ser aplicada, logo, a questão se resolve pela prevalência da lei especial e posterior.

Tháisa Juliana Sousa Ribeiro não caminha na mesma direção e afirma não existir antinomia entre ambas as leis, por não serem incompatíveis, e, desta feita, elas podem dialogar, conviver em harmonia. Citando Norberto Bobbio, esclarece:

o ordenamento jurídico é um complexo orgânico de normas, o qual deve ser coerente, rejeitando-se a validade simultânea de normas incompatíveis entre si, já que a compatibilidade de uma norma com o ordenamento é condição necessária para sua validade, é plenamente aceita[2]. Assim, o Direito não tolera antinomias.⁹²

Para a autora, o Estatuto de Licitações e a Lei do Pregão são normas gerais. Desta feita, o argumento de que há antinomia não serve de fundamento para afastar a aplicação das sanções da Lei 8.666/1993. Escora seu entendimento na decisão proferida pelo STF na ADI 1.668-5, que ao analisar a possibilidade de criação de nova modalidade de licitação na Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações, pronunciou-se para conferir a constitucionalidade da criação de procedimentos licitatórios que não o da Lei 8.666/1993. Lembra que “apesar de

⁹¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Sanções Administrativas e a modalidade licitatória pregão. Disponível em:

http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/cf42cb221d5e00d51541ab03fe4f3dc4.pdf.

Acesso em: agosto 2016.

⁹² RIBEIRO, Tháisa Juliana Sousa. Pena da Lei de Licitações pode ser aplicada em pregões. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21875/aplicacao-das-penalidades-previstas-no-art-87-da-lei-n-8-666-1993-no-ambito-do-pregao>. Acesso em: agosto 2016.

configurar norma geral, sob pena de antinomia, a Lei 10.520, de 2002, é aplicada especificamente à modalidade pregão. A Lei 8.666, de 1993, apenas deverá ser aplicada quando a Lei 10.520, de 2002 for silente”. Assim argumenta:

Nesse diapasão, não há possibilidade de aplicação das penalidades insertas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações na esfera do pregão. Isso porque, ao se proceder à análise de tais espécies, observa-se que a sanção de que trata o artigo 7o da Lei 10.520, de 2002, acaba por se confundir com as sanções descritas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666, de 1993. O que sucede é que o campo de incidência de tais normas, ou seja, os fatos aptos a ensejarem a aplicação de tais penalidades, são os mesmos. Isso não quer dizer que sejam as mesmas penalidades. Elas guardam dessemelhança, na medida em as autoridades competentes para a aplicação de tais penas, e as suas esferas de aplicação, são diversas.⁹³

Prossegue a autora a afirmar que pelas características similares da sanção de impedimento, prevista na Lei 10.520/2002, e da sanção de suspensão do art. 87, III, da Lei 8.666/1993 está deve servir de parâmetro interpretativo ao art. 7º da Lei 10.520/2002, a fim de que se imponham “diferentes sanções, em razão da mesma conduta, sem o necessário respaldo legal, em clara afronta ao princípio da legalidade”. Pelo mesmo raciocínio, entende que ao administrador não é possível valer-se da discricionariedade para escolher qual dos diplomas aplicará, sob pena de:

ofensa aos princípios da segurança jurídica, na medida em que o autor da infração ficaria sem saber, previamente, em qual lei esta seria enquadrada, e do *non bis in idem*, o qual proíbe a punição pelo mesmo fato mais de uma vez na mesma esfera de atribuição (penal, civil e administrativa).⁹⁴

Ao fim, pugna, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e como forma de evitar o exercício imoderado da discricionariedade administrativa, ser possível a aplicação da sanção prevista no inciso I do Art. 87 da Lei 8.666/1993, “advertência”, para infração de menor gravidade ocorrida na modalidade do pregão.

Dissentimos daqueles que interpretam literalmente a combinação da parte

⁹³ RIBEIRO, Thaísa Juliana Sousa. Pena da Lei de Licitações pode ser aplicada em pregões. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21875/aplicacao-das-penalidades-previstas-no-art-87-da-lei-n-8-666-1993-no-ambito-do-pregao>. Acesso em: agosto 2016.

⁹⁴ RIBEIRO, Thaísa Juliana Sousa. Pena da Lei de Licitações pode ser aplicada em pregões. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21875/aplicacao-das-penalidades-previstas-no-art-87-da-lei-n-8-666-1993-no-ambito-do-pregao>. Acesso em: agosto 2016.

final do art. 7º com o art. 9º da Lei 10.520/2002, por entender que a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 somente é possível diante do silêncio da Lei do Pregão, como também, por acreditar que o legislador, ao prescrever a expressão “e das demais cominações legais”, queria somente dizer que, independentemente das sanções administrativas, os infratores também estariam sujeitos à responsabilização cível e penal. Discordamos também do entendimento de Ronny Charles acerca da especialidade da Lei do Pregão, por entender, neste ponto específico, pelos mesmos argumentos carreados por Thaísa Juliana de Sousa Ribeiro, que tratam-se ambas de normas gerais.

Todavia, assentimos com as outras afirmações de Ronny Charles no sentido da impossibilidade de aplicação cumulativa das sanções da Lei 8.666/93, pelos argumentos que defende e por entender que as relações contratuais configuram-se em relações de sujeição especial e daí o motivo de ter o legislador se valido de inúmeros conceitos indeterminados tanto para a definição de infrações, como para a aplicação de sanções. E essa postura, não parece justificar, que se imagine uma amplitude maior a já tão robusta discricionariedade atribuída ao administrador público para a previsão de infrações e aplicação de sanções contratuais, sob pena de se ofender a segurança jurídica, a legalidade e os paradigmas hermenêuticos fundamentais para a compreensão e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim discordamos da tese apresentada por Thaísa Juliana de Sousa Ribeiro de que é possível, respaldando-se no princípio da proporcionalidade, a aplicação da sanção prevista no inciso I do Art. 87 da Lei 8.666/1993, "advertência", para infração de menor gravidade ocorridas na modalidade do pregão, por entendermos que a margem para a dosimetria dos efeitos das sanções do art. 7º da Lei 10.520/2002, possibilita ao Administrador, ao atuar de maneira discricionária, atender ao princípio da proporcionalidade, por ocasião da apreciação do fato, das circunstâncias e da reprovabilidade da conduta do infrator, para só então aplicar a sanção necessária, adequada e proporcional. E mesmo que assim não faça, seu ato discricionário de impor a sanção, uma vez em desconformidade com as normas e os princípios regentes da atuação pública é, indubitavelmente, passível de ser apreciado pelo Poder judiciário.

CONCLUSÃO

A investigação empreendida por meio desta monografia objetivou analisar a discricionariedade administrativa, sua amplitude e limites, no que tange à prescrição de infrações e a imposição de sanções administrativas contratuais.

Partiu-se da premissa de que os princípios que regem o moderno direito administrativo vigente, notadamente, os da legalidade, considerada em sentido amplo, da proporcionalidade e da eficiência poderiam fundamentar a discricionariedade administrativa sancionatória do administrador público para, na modalidade do Pregão, cumular as sanções previstas na Lei nº 10.520/02 com as da Lei nº 8.666/93.

Ao longo dos capítulos foram explorados de maneira concatenada o conceito de contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, poder sancionador estatal, relação especiais de sujeição do particular frente ao Estado, bem como analisados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência, este em consonância como delimitação do direito administrativo no estado gerencial.

Conclui-se ao fim, que, muito embora a força inegável, no contexto do Estado Democrático de Direito, os princípios da legalidade, mesmo considerada em sentido amplo, da proporcionalidade e da eficiência, não seria aptos a fundamentar a discricionariedade administrativa para aplicar sanções da Lei 8.666/1993, seja no curso da licitação, seja por ocasião da execução contratual, de maneira cumulativa às consubstanciadas na Lei 10.520/2002, Lei do Pregão. Constatou-se que a margem para a dosimetria dos efeitos das sanções do art. 7º da Lei 10.520/2002, é indicativo de que o legislador, por impossibilidade de previsão de todos os aspectos que envolvem essas sanções administrativas, atribuiu ampla discricionariedade para atuar no caso concreto. Todavia, é sabido que o ordenamento jurídico impõe ao administrador público a observância do princípio da proporcionalidade, por ocasião da apreciação do fato, das circunstâncias e da reprovabilidade da conduta do infrator, para só então aplicar a sanção necessária, adequada e proporcional. E mesmo que assim não faça, seu ato discricionário de impor a sanção, uma vez em

desconformidade com as normas e os princípios regentes da atuação pública é, indubitavelmente, passível de ser apreciado pelo Poder judiciário. O que se pugna, é que essa ampla discricionariedade não pode justificar a invasão do poder executivo na seara de atuação do legislativo, sob pena de usurpação de poderes.

A pesquisa realizada, indicou, ao menos no nível de aprofundamento que se pôde imprimir a ela, que a ampla discricionariedade administrativa atribuída ao administrador público para a aplicação de prescrição infrações de e/ou imposição de sanções decorre das características das relações contratuais administrativas que configuram-se como verdadeiras relações de sujeição especial e daí o motivo de ter o legislador se valido de inúmeros conceitos indeterminados tanto para a definição de infrações, como para a aplicação de sanções. E essa postura, não parece justificar, que se imagine uma amplitude maior a já tão robusta discricionariedade atribuída ao administrador público para a previsão de infrações e aplicação de sanções contratuais, sob pena de se ofender a segurança jurídica, a legalidade e os paradigmas hermenêuticos fundamentais para a compreensão e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal – possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (EdiçAo Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional - artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão eletrônico : Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, considerando também a Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de controle interno, 2006.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CRUZ BARROS, Erica Ludmila. **A face moderna do direito administrativo: princípios da administração pública e a crise da legalidade**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2211.pdf

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 20 ed. Atualiz. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GUIMARÃES, Bernardo Stobel. **As sanções nos contratos administrativos e a inadequação do poder de polícia para justificá-las**. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP* Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 32-39, jan. 2013.

JUSTEN FILHO, **Marçal**. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nos 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo : Dialética, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niteroi: Ímpetus. 2014.

MARRARA, Thiago. **A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa**. – *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992.

_____. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** – 36. Ed. atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. rev. e atualiz. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, geral e especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>.

PALUDO, Agostinho Vicente. **Administração pública** – teoria e mais de 500 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações Públicas**, 8. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PUCETTI, Renata Fiori. **Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos**. 2010. 180f. Dissertação - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. 2010.

RIBEIRO, Thaísa Juliana Sousa. **Pena da Lei de Licitações pode ser aplicada em pregões**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21875/aplicacao-das-penalidades-previstas-no-art-87-da-lei-n-8-666-1993-no-ambito-do-pregao> .

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Sanções Administrativas e a modalidade licitatória pregão.** Disponível em: http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/cf42cb221d5e00d51541ab03fe4f3dc4.pdf.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da Anatel.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.