

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Daniele Chamma Candido

Competência sancionatória nos contratos administrativos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

SÃO PAULO
2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Daniele Chamma Candido

Competência sancionatória nos contratos administrativos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti

SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Ao meu marido, Leon, companheiro amoroso e incentivador incessante de meus estudos e conquistas profissionais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Jonas e Vera, pela educação que me deram. A eles, ao meu marido, Leon, e à minha irmã, Adriana, por me darem a força e a estrutura necessárias para que eu possa lutar pelos meus sonhos e conquistar meus objetivos.

Aos familiares e amigos, que, pelo apoio, compreensão ou torcida, de alguma forma colaboraram para a conclusão desta importante etapa de minha trajetória profissional.

À Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti pelo voto de confiança, pela orientação irretocável, e pelo exemplo de seriedade, dedicação e amor ao Direito.

A Deus por ter colocado essas pessoas em meu caminho e por ter me concedido a oportunidade de continuar meus estudos.

RESUMO

CANDIDO, Daniele Chamma. *Competência sancionatória nos contratos administrativos*.

O presente trabalho busca delimitar o regime jurídico das sanções aplicáveis aos particulares que celebram contratos administrativos com a Administração Pública. Para isso, analisamos a relação jurídica formada entre as partes no contrato administrativo, seu fundamento jurídico, sua finalidade e seus aspectos peculiares. Em seguida, procuramos situar as sanções aplicáveis nos contratos administrativos no universo das diversas espécies de penalidades colocadas à disposição do Estado pelo ordenamento jurídico, destacando as peculiaridades do regime jurídico aplicável a elas. Assim, o contrato administrativo deve ser reconhecido como espécie de relação de sujeição especial, isto é, vínculo que gera uma situação jurídica específica, em que o contratado assume a obrigação de cumprir o objeto do contrato, as regras estabelecidas neste e as alterações porventura realizadas no ajuste. O contato do particular com a Administração Pública, através da relação contratual, exige uma disciplina interna para garantir seu bom exercício. Essa disciplina interna é deixada a cargo da Administração por ser impossível para o legislador prever todas as exigências para a boa execução de todos os contratos administrativos e porque uma previsão geral dessa espécie tolheria por completo a liberdade da Administração de alteração das cláusulas contratuais, conforme fosse alterado o interesse público subjacente. Uma das prerrogativas conferidas à Administração no âmbito da relação de sujeição especial existente no contrato administrativo é a competência sancionatória, ou seja, a autorização legal para punir os particulares que descumprem seus deveres assumidos voluntariamente por meio do contrato administrativo. Por se tratar de hipótese de sujeição especial, os princípios constitucionais que limitam a atividade sancionatória do Estado são flexibilizados, aplicam-se de uma maneira mais elástica. Dessa forma, a lei dá fundamento ao poder de sanção, mas não necessariamente tipifica as infrações e as sanções. Estas podem ser reguladas posteriormente via regulamento, como no caso das agências, por exemplo, ou podem ser estabelecidas no contrato. A tipificação é exigida, mas não a nível legal, sem existir qualquer inconstitucionalidade em tal regime jurídico.

Palavras-chaves: relação de sujeição especial – contratos administrativos – sanções administrativas – sanção disciplinar.

ABSTRACT

CANDIDO, Daniele Chamma. *Competence penalty in the administrative contracts.*

This paper has a proposal of delimiting the legal regime of penalties applicable to individuals that celebrates administrative contracts with Public Administration. In order to do that, we analyze the legal relationship between parts in an administrative contract, its legal basis, purpose and peculiarities. Next, we try to locate the applicable penalties in the administrative contracts within the universe of all the penalties available to State by the legal system, highlighting the peculiarities of the legal system applicable to them. So, the administrative contract must be recognized with sort of special relationship of submission, which means, a link that generates a specific legal situation, where the contractor assumes the obligation to comply with the contract, its established rules and the possible changes that may occur in the amendment. The individual's contact with the Public Administration, through the contractual relationship, demands an internal discipline in order to ensure their proper exercise. This internal discipline is in charge of the Administration because it is impossible to the legislator to predict all the requirements for a successful implementation of all the administrative contracts and also because a general forecast of such would eliminate entirely the freedom of the Administration to amend the contract terms, as changing the public interest subjacent. One of the privilege conferred to the Administration in relation to the existing special entry in the administrative contract is the competence penalty, which means, the legal authorization to punish individuals that breaks their duties voluntarily assumed by the administrative contract. In the case of special circumstances for entry, the constitutional principles that limit the activity of the State penalty are flexible and shall apply in a more elastic manner. Thus, the law gives the power to sanction a plea, but not necessarily typifies the offenses and penalties. These can then be governed by rules, such as in the cases of agencies, for example or may be established in the contract. The typification is required, but not in the legal level, with no unconstitutionality in such a legal regime.

Key words: special relationship of submission – administrative contracts – administrative penalties –disciplinary penalties.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CAPÍTULO I | 10 |
| SUJEIÇÃO DOS PARTICULARES FRENTE AO ESTADO | 10 |
| 1 Relação de sujeição geral | 10 |
| 2 Relação de sujeição especial | 17 |
| 2.1 <i>Doutrina estrangeira</i> | 18 |
| 2.1.1 <i>Alemanha</i> | 18 |
| 2.1.2 <i>Itália</i> | 22 |
| 2.1.3 <i>Espanha</i> | 25 |
| 2.1.4 <i>Portugal</i> | 29 |
| 2.2 <i>Doutrina brasileira</i> | 32 |
| 3 Características das relações de sujeição especial | 37 |
| CAPÍTULO II | 41 |
| RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ADMINISTRAÇÃO E CONTRATADO | 41 |
| 1 Os contratos administrativos | 41 |
| 2 Características dos contratos administrativos | 50 |
| 3 A relação de sujeição especial entre contratado e Administração Pública | 56 |
| CAPÍTULO III | 64 |
| REGIME JURÍDICO DAS SANÇÕES APLICÁVEIS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | 64 |
| 1 Regime jurídico | 64 |
| 1.1 <i>Sanções administrativas e sanções penais</i> | 64 |
| 1.2 <i>A natureza disciplinar das sanções aplicáveis nos contratos administrativos</i> | 74 |
| 2 Características do regime jurídico | 83 |
| 2.1 <i>Princípio da legalidade</i> | 83 |
| 2.2 <i>Princípio da tipicidade</i> | 96 |
| 2.3 <i>Discricionariedade</i> | 105 |
| CAPÍTULO IV | 116 |
| LIMITES À COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA | 116 |
| 1 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade | 116 |
| 2. Devido processo legal | 123 |
| 3 Dever de motivação | 125 |
| 4 Efeitos da declaração de inidoneidade e da suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a Administração Pública | 127 |
| 5 Prescrição | 129 |
| 6 Desconsideração da personalidade jurídica na aplicação das sanções | 131 |
| V CONCLUSÃO | 137 |
| REFERÊNCIAS | 144 |

INTRODUÇÃO

A prática da atividade administrativa e o ordenamento jurídico demonstram que o particular que opta por celebrar contratos com a Administração Pública assume uma carga de deveres e obrigações mais pesada do que a que se costuma observar nas contratações privadas.

Essa sistemática, em que o particular se compromete a executar o objeto do contrato, às vezes com grandes sacrifícios próprios, é criada justamente em virtude da finalidade dos contratos administrativos, que é a satisfação do interesse público.

Por meio de um contrato dessa natureza, o particular se torna um colaborador da função administrativa. A Administração Pública aceita a colaboração do particular, mas mantém suas prerrogativas de regular e fiscalizar a atuação deste, e sancionar os comportamentos prejudiciais ao bom andamento do contrato.

O interesse público subjacente ao contrato e as prerrogativas conferidas à Administração revelam um regime jurídico de Direito Público, considerado exorbitante quando comparado ao Direito Privado.

As prerrogativas administrativas são estritamente instrumentais para que a execução do contrato seja exatamente aquela que melhor satisfaça o interesse público almejado. Dentre tais prerrogativas, encontra-se a competência sancionatória, que será objeto de estudo da presente dissertação de mestrado.

A Administração Pública possui uma competência geral para sancionar comportamentos definidos como ilícitos administrativos pelo legislador, que se divide em diversas espécies, entre as quais se encontram as sanções aplicáveis nos contratos administrativos.

Verificamos, pela análise da legislação pertinente, que a liberdade da Administração Pública para sancionar seus contratados, sob regime de Direito Público, é maior do que aquela que possui para aplicar sanções administrativas de trânsito, fiscais, sanitárias e outras. Existe uma maior liberdade conferida pela lei à atividade administrativa sancionadora, quando exercida no bojo de um contrato administrativo.

Essa maior liberdade administrativa pode ser verificada nas expressões extremamente genéricas e de conteúdo indeterminado utilizadas nas legislações pertinentes para definir os comportamentos ilícitos. Por vezes, a tipificação das infrações é expressamente deixada a cargo de regulamentos administrativos ou até do próprio edital de licitação ou do contrato.

Tais peculiaridades revelam um possível regime jurídico especial, em que as garantias geralmente dadas aos acusados no Direito Penal, como a legalidade e a tipicidade, previstas na Constituição Federal, aplicam-se de maneira mais reduzida.

Com efeito, a Lei nº 8.666/1993 não tipificou todas as condutas dos particulares participantes de licitação ou contratados que ensejariam a aplicação de sanções. Por sua vez, a Lei nº 8.987/1995, que regula o regime das concessões e permissões de serviços públicos, prevê expressamente que as penalidades aplicáveis aos contratados são regulamentares ou contratuais.

Ou seja, verifica-se que, no âmbito das relações contratuais, as infrações administrativas podem ser previstas e tipificadas por atos infralegais, diferentemente do que ocorre com as infrações penais e administrativas em geral.

Os autores de Direito Administrativo se dividem a respeito da constitucionalidade desse regime jurídico especial. Ante tal divergência doutrinária, optamos por estudar o tema da competência sancionatória em matéria de contratos administrativos debruçando-nos sobre as peculiaridades de seu regime jurídico, seu fundamento jurídico e sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Com o intuito de encontrar o fundamento de tal excepcionalidade e delimitar seus contornos e limites, optamos por estudar o tema a partir da análise da relação existente entre a Administração e seus contratados, a finalidade da relação e seu regime jurídico, comparando-a com a relação que a Administração possui com seus administrados em geral.

Em seguida, procuramos situar as sanções aplicáveis nos contratos administrativos no universo das diversas espécies de penalidades colocadas à disposição do Estado pelo ordenamento jurídico, destacando o regime jurídico aplicável às principais delas.

Assim, buscamos trazer à discussão os diversos pontos de vista em matéria de sanções nos contratos administrativos, propondo uma construção teórica a partir de premissas determinadas, para, ao final, expormos a nossa posição.

CAPÍTULO I

SUJEIÇÃO DOS PARTICULARES FRENTE AO ESTADO

1 Relação de sujeição geral

A função administrativa do Estado, sob o aspecto material, corresponde à atividade estatal concreta, dirigida, através de uma ação positiva, à realização de fins concretos de segurança, progresso e bem-estar da coletividade,¹ determinados pela lei.

“A administração é a atividade do Estado para realizar seus fins, sob sua ordem jurídica”,² nas palavras de Otto Mayer.

O princípio da legalidade previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal determina não só que a Administração só pode fazer aquilo o que a lei lhe autoriza, mas também que ela deve fazer tudo o que a lei lhe determine. Por isso, a Administração se encontra subordinada à função legislativa não só quanto aos fins que deve alcançar, mas também quanto aos meios que pode utilizar.

Trata-se de uma subordinação à lei que deve ser entendida no sentido negativo – isto é, a lei pode estabelecer proibições insuperáveis a determinadas atividades – e no sentido positivo – a Administração, além de estar vinculada pela lei a determinadas finalidades ou a determinados meios, só pode fazer aquilo que a lei lhe permite.³

Os fins que devem ser atingidos pelo Estado, no exercício da função administrativa, são legalmente definidos e voltados à satisfação do interesse público, entendido como interesse do todo, do próprio corpo social, é um interesse que se contrapõe à idéia do interesse privado.

¹ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. Barcelona: Bosh, 1970. t. I, p. 7.

² *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, t. I, p. 15.

³ ALESSI, Renato. Op. cit., p. 12.

Existindo um conflito entre o interesse público e um interesse particular de uma pessoa ou grupo, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo como forma de viabilizar o bom convívio e a harmonia social. Por sua vez, o particular que teve seu interesse privado afetado em prol da coletividade recebe do ordenamento jurídico os necessários meios de reparação.

Tal idéia reflete um dos mais importantes princípios do Direito Público, o da supremacia do interesse público sobre o privado, que representa a insuperável condição para uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados.⁴

A superioridade do interesse público conseqüentemente conduz à superioridade da Administração nas relações jurídicas de que participa e, portanto, à desigualdade entre as partes.⁵ Trata-se da chamada “supremacia geral” da Administração Pública.

Porém, devemos esclarecer que apenas possui superioridade o interesse público primário em relação ao interesse particular. Nesse sentido, adotamos a distinção feita pela doutrina italiana⁶ e acolhida por Celso Antônio Bandeira de Mello entre interesse público primário, “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, e interesse público secundário, interesse do Estado enquanto pessoa jurídica. Explica Celso Antônio Bandeira de Mello em que consiste o interesse público e quais são suas limitações:

independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

⁵ Nas palavras de Otto Mayer: “do ponto de vista do direito a relação entre o Estado e o súdito tem por base a desigualdade. Da parte do Estado existe o poder público. O poder é a faculdade jurídica de impor sua vontade a outro. O poder público do Estado se entende por oposição aos poderes do direito privado” (*Derecho administrativo alemán*: parte general, t. I, p. 89).

⁶ O interesse público primário se distingue do interesse público secundário: este é o interesse da Administração entendida como aparato organizativo e só pode ser realizado no caso de coincidência com o interesse público primário e dentro dos limites dessa coincidência (ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 184-185).

passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.⁷

Acrescenta que

os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.⁸

Assim, ao mesmo tempo em que o ordenamento exige prestações positivas da Administração Pública, também lhe confere instrumentos para garantir a supremacia do interesse público, aqui considerado interesse público primário, e a sua satisfação.

Por isso, no exercício da função administrativa, o Estado recebe do ordenamento jurídico uma série de poderes, também chamados de deveres-poderes,⁹ ou competências,¹⁰

⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 61, 65-66.

⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁹ Renato Alessi defende que não se trata de poderes do Estado, mas, sim, de funções estatais, pois, na medida em que são dirigidos à realização dos interesses do grupo social, sua aplicação representa um dever para o Estado, dever de desenvolvê-los para satisfazer o interesse público (*Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 6).

¹⁰ Utilizamos neste trabalho a expressão “competência” para nos referirmos ao que se costuma chamar de “poder”, com base nas lições de Afonso Rodrigues Queiró, para quem as condições de fato previstas na norma administrativa são um todo único, denominado competência. Explica que a norma é um comando de agir, positiva ou negativamente, dirigido aos órgãos e agentes públicos, que possui uma enumeração de condições de fato que condicionam a sua aplicação. Somente quando verificadas em concreto essas condições previstas na norma jurídica, é que a Administração pode agir (A teoria do desvio do poder. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946, p. 54). Portanto, a expressão “competência”, em nosso entender, corresponde melhor à noção de Estado de Direito e de atuação administrativa sempre pautada na lei. Ao passo que a expressão “poder” conduz à idéia de coerção, de uso arbitrário da força; portanto, deve ser abandonada diante do princípio da legalidade.

chamados em seu conjunto de poder público ou poder soberano,¹¹ a serem utilizados instrumentalmente para o cumprimento de seu objetivo único, a satisfação dos interesses da coletividade.

Essas competências instrumentais, colocadas à disposição do Estado, geram para este uma posição de “supremacia geral”, à qual se encontram submetidos todos os particulares indistintamente, simplesmente por estarem localizados em determinado território, inseridos em uma “relação geral de sujeição”, ou em uma posição de “sujeição geral”.^{12 13}

Contudo, no seio de um Estado de Direito como o nosso, nenhum poder é exercido sem limites, sob risco de transformar-se em arbitrariedade ou opressão. Assim, a supremacia da Administração também é limitada.

Segundo Renato Alessi, a supremacia geral da Administração se encontra limitada pela própria natureza complementar do ato administrativo, por ser ele um ato de atuação concreta de outro abstrato contido na lei. Portanto, a satisfação do interesse coletivo só pode ser operada mediante atos concretos que tenham fundamento no Direito objetivo, mediante uma atribuição explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte da norma jurídica administrativa da competência para emanar um ato que tenha um determinado conteúdo, que se refere expressamente a tal atribuição de competência. Além disso, a prática do ato administrativo deve observar as prescrições legais quanto à forma e ao sujeito competente. Por fim, o poder soberano só pode ser legitimamente exercido com a única finalidade de

¹¹ De acordo com Renato Alessi, a Administração normalmente se apresenta como titular de um poder soberano (poder de império) diante dos particulares, competindo-lhe, portanto, o poder de fazer prevalecer coativamente sua vontade sobre a dos particulares, dentro dos limites traçados pela lei (*Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 181).

¹² Sujeição deve ser aqui entendida no sentido dado por Otto Mayer, qual seja, vínculo entre duas pessoas desiguais sob o ponto de vista jurídico, cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior (*Derecho administrativo alemán: parte general*, t. I, p. 144).

¹³ As expressões “supremacia geral” e “sujeição geral” ou “relação de sujeição geral” devem ser utilizadas com muito cuidado, pois se referem a realidades distintas. Com efeito, a lei atribui competências e prerrogativas à Administração abstratamente, o que lhe confere um *status* de “supremacia geral” e insere os particulares em um *status* de “sujeição geral” – existe entre eles uma “relação de sujeição geral”, mas daí não surge relação jurídica nenhuma, ou seja, nenhum dever ou obrigação é criado a partir da lei. A supremacia geral cria para o particular apenas a imposição de suportar os efeitos jurídicos que poderão surgir do exercício de competências pela Administração, cria uma “relação de sujeição geral”, ou, simplesmente, uma “sujeição geral”. Assim, no exercício das competências administrativas o Estado eventualmente poderá travar relações jurídicas com os particulares, dando origem a deveres ou obrigações. Nesse caso, estaremos diante de relações jurídicas, estabelecidas no âmbito da supremacia geral, nas quais a Administração possui prerrogativas de supremacia geral. Por sua vez, fica claro que a supremacia geral da Administração e a sujeição geral do administrado decorrem diretamente da lei e não das relações jurídicas constituídas (No mesmo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1981. t. I, p. 371-373).

satisfação do interesse público, coletivo, primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade.¹⁴

Ressaltam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que, na “relação geral de poder” ou de “supremacia geral” (sob a ótica administrativa), ou “relação geral de sujeição” (sob a ótica do administrado), a Administração se apresenta munida de prerrogativas ou competências gerais, atribuídas pela lei (regulamentar, impositiva, expropriatória, policial, sancionatória etc.). Neste contexto, o administrado atua na posição de “privado”, ou seja, titular de um *status libertatis*, que lhe garante a incolumidade e imunidade de seu âmbito pessoal, a possibilidade de seu livre desenvolvimento. Por outro lado, o particular se situa, também, como objeto passivo de uma atuação administrativa que o regulamenta, lhe extrai impostos, lhe ordena, o sanciona, o condiciona em suas atividades, por exemplo.¹⁵

São espécies de competências previstas pela lei em favor da Administração, exercidas no âmbito da supremacia geral, a possibilidade de limitar os interesses particulares para adequá-los ao interesse público, editar regulamentos para dar fiel execução à lei, expropriar um bem de interesse público, aplicar sanções administrativas para comportamentos considerados ilícitos, entre outras. Trata-se dos diversos modos de exteriorização do Poder Público, de exercício da supremacia geral da Administração Pública.

Entre as mencionadas competências, devemos destacar a possibilidade de a Administração Pública traçar limitações aos direitos e liberdades individuais e sancionar as condutas tipificadas como ilícitos administrativos. O ordenamento jurídico garante liberdades e confere direitos às pessoas, mas, ao mesmo tempo, limita o exercício desses para assegurar o bom convívio social, ou seja, para atingir o interesse público.

Na verdade, não é a própria Administração quem restringe liberdades ou prevê infrações e comina sanções, posto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal), mas somente a lei. Ocorre que, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, a restrição pode

¹⁴ *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 182-185.

¹⁵ *Curso de derecho administrativo*, t. II, p. 20.

estar plena e rigorosamente delineada pela lei, ou, sendo imprecisos e genéricos os contornos legais, caberá à Administração, diante do caso concreto, averiguar a sua extensão.¹⁶

Ressalta que em nenhuma hipótese a Administração restringe o âmbito de tais direitos, pois, estando estritamente limitada à vontade legal, “procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões”.¹⁷

Em outras palavras, a lei prescreve genericamente, em termos mais ou menos precisos, as condições para que os indivíduos exercitem seus direitos e liberdades: trata-se do chamado “Poder de Polícia”¹⁸ em sentido amplo”.¹⁹ No entanto, cabe à Administração Pública, concretamente, fazer com que os indivíduos cumpram tais prescrições.

Assim, a lei atribui à Administração Pública a competência para que esta efetive as restrições legais a direitos e liberdades particulares, o que será feito de forma geral e abstrata, por meio de regulamentos, ou concreta, por meio de atos administrativos. Trata-se do chamado “Poder de Polícia em sentido estrito” ou das chamadas “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”.

Cumpre-nos transcrever as preciosas lições de Pedro Guilherme Altamira acerca do Poder de Polícia:

¹⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 755.

¹⁷ *Ibidem*, p. 755.

¹⁸ A doutrina mais moderna de Direito Administrativo tem sustentado a incorreção do termo “Poder de Polícia” para designar as intervenções da Administração Pública na esfera jurídica dos particulares, em virtude da remissão que o termo provoca ao antigo Estado de Polícia, no qual a atividade administrativa era livre, sem encontrar limites legais. A expressão que vem sendo utilizada na doutrina moderna é “limitações (ou restrições ou intervenções) administrativas à liberdade e à propriedade”, a fim de melhor adequar essas competências administrativas ao Estado Moderno de Direito, em que prevalece a vontade da lei, como expressão da vontade geral, no qual a Administração Pública se submete em todos os seus atos ao princípio da legalidade, conforme bem salienta Luís Manuel Fonseca Pires (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 155-156). Neste trabalho utilizaremos a expressão clássica “Poder de Polícia” para nos referirmos à competência administrativa mencionada.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello explica com perfeição a distinção entre Poder de Polícia em sentido amplo e Poder de Polícia em sentido estrito. A expressão “Poder de Polícia” tomada em sentido amplo abrange tanto os atos do Legislativo quanto do Executivo praticados para condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as ao interesse coletivo. Em sentido estrito, a expressão “Poder de Polícia” se relaciona unicamente com as intervenções, tanto gerais e abstratas, como os regulamentos, quanto concretas e específicas, praticadas pelo Executivo, também com o fim de prevenir ou obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrárias aos interesses sociais (op. cit., p. 809).

Na convivência social, regulada juridicamente, desaparece o "pleno gozo" dos direitos, mas se assegura sua efetividade, isto é, a segurança de sua existência. Sem estas restrições algum indivíduo poderia gozar "plenamente" de seus direitos, mas em detrimento da maioria, que se veria impossibilitada de exercê-los. Estas restrições ou limitações ao gozo dos direitos tendem a que todos os indivíduos desfrutem de sua efetividade em igual forma e extensão.

O Estado, ao criar o direito e assegurar seu império, limita as faculdades e organiza juridicamente a convivência social, impondo-lhe princípios e fins pelos quais se rege e atua.²⁰

Dessa forma, a supremacia geral da Administração Pública representa o fundamento último do Poder de Polícia ou das restrições administrativas à liberdade e à propriedade.

Outra forma de expressão da supremacia geral, conforme já dissemos, é a competência administrativa sancionatória, isto é, competência para aplicar sanções administrativas a todos os administrados em geral, com o fim de proteção da ordem pública. Como explicam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, nesse caso não é necessário que os administrados se encontrem em uma relação de sujeição especial com a Administração, ou com seus meios organizativos, pois são sancionados por atos que realizam na qualidade de cidadãos, por condutas de sua vida social externa,²¹ enfim, são sanções que se aplicam no âmbito das relações de sujeição geral.

Nessa medida, fica claro que todos os indivíduos sujeitos a um determinado ordenamento jurídico estão submetidos de forma geral às restrições à liberdade e à propriedade estabelecidas pelas normas jurídicas editadas pelo poder legislativo e concretizadas por atos administrativos, e às sanções administrativas aplicáveis para as infrações previstas em lei. Ou seja, existe, em última análise, uma sujeição geral dos particulares frente à Administração, da qual decorrem diversas competências ou prerrogativas, dentre as quais o Poder de Polícia e a competência sancionadora (as quais possuem relevância para o presente trabalho).

Assim, com fundamento em sua supremacia geral a Administração Pública possui competência para restringir o direito de propriedade ou a liberdade de seus administrados de

²⁰ *Policia y poder de policia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 27.

²¹ *Curso de derecho administrativo*, p. 152.

uma maneira geral, aplicando os comandos legais que prevêm tais limitações, exercendo uma atividade estritamente fiscalizatória do cumprimento desses preceitos, e para sancionar as condutas tidas por ilícitas.²²

2 Relação de sujeição especial

A distinção entre relação de sujeição geral e relação de sujeição especial surgiu da observação por parte da doutrina de Direito Administrativo da existência de relações jurídicas constituídas entre um ou alguns particulares e a Administração Pública, nas quais o vínculo formado é específico e gera competências mais amplas ao Poder Público. Nesses vínculos, o particular se submete a prerrogativas ou competências administrativas fundamentadas no próprio vínculo especial criado e não dirigidas à sociedade em geral. Portanto, coloca-se o particular sob uma “sujeição especial”,²³ e, paralelamente, para a Administração, surge uma “supremacia especial” e, entre as partes, uma “relação de sujeição especial”, ou “relação especial de sujeição”.

Esse é o caso das relações jurídicas firmadas entre a Administração Pública e servidores públicos, presos, freqüentadores de estabelecimentos públicos, contratados, entre outros.

²² Não nos olvidamos de que a Administração, em determinadas relações jurídicas, se coloca em situação de igualdade com os particulares, sob regime de direito privado. No entanto, em virtude da necessidade de limitação do tema proposto, deixaremos de abordar essa questão (vide a respeito: ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 211-225).

²³ Aqui também devemos fazer a ressalva anteriormente feita quanto ao uso de expressões jurídicas, pois realidades distintas devem ser tratadas por expressões distintas, para delimitar com exatidão o objeto do estudo e extrair os efeitos jurídicos corretos (GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 8 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. I, p. 17). Assim, não podemos confundir a relação jurídica constituída entre particular e Administração, a “relação de sujeição especial”, a “sujeição especial” que se estabelece para o particular, e a “supremacia especial” da Administração. Entre essas realidades há uma relação de causa e efeito, a relação jurídica é a causa e a sujeição especial, a supremacia especial e a relação de sujeição especial são os efeitos. Aqui, ao contrário do ocorre com a supremacia geral, genericamente dirigida a todos os indivíduos e decorrente diretamente da lei, a supremacia especial só surge quando estabelecida uma relação jurídica, pois é dirigida a pessoa ou grupo determinado, é concreta, não surge diretamente da lei. A lei prevê abstratamente as competências a serem exercitadas nas relações jurídicas em que existe relação de sujeição especial, mas o *status* de supremacia especial da Administração e o *status* de sujeição especial do particular só surgem a partir do momento em que se constitui a relação jurídica. Isso porque, como veremos no decorrer deste trabalho, a relação jurídica, considerada relação principal, é o próprio fundamento das prerrogativas e sujeições especiais e a relação de sujeição especial é considerada acessória (vide a respeito: ALESSI, Renato. Op. cit., p. 226).

Como veremos, a supremacia da Administração sobre todos os administrados, com as inerentes restrições à liberdade e à propriedade, é diferente e mais forte em certas relações jurídicas. O particular, já submetido ao regime geral de direito público, insere-se em um regime particular, cumulativo àquele, com peculiaridades próprias, insere-se em uma relação de sujeição especial.

A construção doutrinária das “relações de sujeição especial” ganhou relevância principalmente a partir dos estudos elaborados por Otto Mayer, no final do século XIX, e foi bastante difundida em países como Alemanha, Itália e Espanha, com aceitação mais ou menos limitada em cada país.

Passaremos, então, a expor sinteticamente a concepção da doutrina estrangeira e brasileira a respeito das relações de sujeição especial.

2.1 Doutrina estrangeira

2.1.1 Alemanha

A teoria da “relação de sujeição especial” se originou na Alemanha, no século XIX. O primeiro a empregar esse conceito foi Laband, com o intuito de analisar a situação do funcionário público frente aos seus superiores. Depois, o conceito se desenvolveu pelos trabalhos de Jellinek, Thoma, Nawiasky, Fleiner e, especialmente, Otto Mayer, responsável por sua grande difusão e aceitação no Direito Administrativo europeu.²⁴

Otto Mayer utiliza a expressão “relação de sujeição particular” para designar a relação jurídica de direito público pela qual o indivíduo se vincula ao Estado, com uma acentuada dependência e com a obrigação geral de regular sua conduta em favor de um determinado interesse público. Trata-se de relação criada especialmente para um súdito ou para uma pluralidade de súditos, como é a situação do funcionário público.²⁵ Nesse caso, o ato

²⁴ ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración., *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, p.11-51, jan./abr. 1961, p. 13-14.

²⁵ *Derecho administrativo alemán*: parte general. t. I, p. 144-145.

administrativo pode impor deveres e obrigações²⁶ a administrados que se encontram em submissão, sem fundar-se na lei, em virtude do consentimento do interessado. Trata-se de uma exceção à reserva de lei, pois são atos administrativos que produzem efeitos por si só, tendo em vista que a submissão supre a autorização da lei.²⁷

Hartmut Maurer, representante da doutrina moderna alemã, esclarece que, em sua concepção original, a “relação de poder especial”, oposta à “relação de poder geral”, concernia a relações específicas entre o Estado e o particular, decorrentes de determinados âmbitos da Administração, tais como escola, efetivação de pena, relação funcional e relação do serviço militar. Essas relações eram associadas ao âmbito intra-administrativo, considerado livre juridicamente, estando subtraídas aos direitos fundamentais, à reserva da lei e à proteção jurídica. Assim, o Executivo podia promulgar regulações necessárias para a formação das “relações de poder especiais” (prescrições administrativas que, segundo a concepção da época, não tinham caráter jurídico-externo) e ordenar intervenções sem autorização legal.²⁸

Tal concepção original influenciou Ernest Forsthoff, que utiliza a “relação particular de poder” para distinguir os regulamentos jurídicos dos regulamentos administrativos. Os regulamentos jurídicos se aplicam à generalidade das pessoas, não possuem destinatário concreto, mas apenas determinam o círculo daqueles que estão obrigados ao seu cumprimento (“os proprietários de casas”, “os empresários” *v. g.*). Por sua vez, os regulamentos administrativos são preceitos gerais da Administração que possuem obrigatoriedade interna, são disposições criadas dentro de uma “relação especial de poder”, na qual existe um círculo de pessoas perfeitamente delimitado, com ou sem assento territorial

²⁶ Apesar de utilizarmos neste trabalho as expressões dever e obrigação sem fazer distinção entre elas com o devido rigor, devemos ressaltar que elas designam, sim, objetos distintos. Com efeito, o dever, em sentido amplo, abrange tanto o dever em sentido estrito como a obrigação. Por sua vez, em seu sentido estrito, o dever não se confunde com a obrigação, pois ele “nasce da norma geral e não de uma relação jurídica intersubjetiva (*v. g.*, o dever de cumprir com prescrições legais de polícia sanitária – vacinação –, o dever de educação primária, etc.). A obrigação, em troca, supõe um vínculo proveniente de uma relação jurídica da qual surge um poder reconhecido em favor de outro sujeito de obter o cumprimento da conduta devida” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 9 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, t. II, p. 63). O descumprimento do dever jurídico implica a aplicação de alguma sanção jurídica. A obrigação possui um conteúdo econômico, uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em favor de alguém.

²⁷ *Derecho administrativo alemán*: parte general. t. I, 130.

²⁸ *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14.ed. Barueri: Manole, 2006, p. 195.

definido, que se encontram em uma situação particular de dependência em relação ao poder público.²⁹

O efeito dessa distinção, para Forsthoff, é que o regulamento jurídico pode ser considerado norma jurídica, enquanto o regulamento administrativo não pode. Este último regula a relação particular de poder exercida sobre todos aqueles que entram em contato com a Administração de um modo mais intenso, *i.e.*, são pessoas incorporadas ao interior dela, como ocorre com os internos de uma penitenciária ou de uma residência sanatorial. Esse interior da Administração necessita de uma ordenação e, portanto, de preceitos reguladores, que não devem ser equiparados às normas jurídicas gerais.³⁰

Explica Hartmut Maurer que, após a promulgação da Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), em 23 de maio de 1949, a sobrevivência da doutrina das “relações de poder especial” foi colocada em dúvida. Tal indagação só foi resolvida com a decisão do Tribunal Constitucional Federal de 14.03.1972 (*BVerfGE* 33,1), que confirmou a existência das “relações de poder especial”, mesmo após a nova Constituição, e declarou que os direitos fundamentais também valiam nelas e somente poderiam ser limitados por ou com base em lei formal, ou seja, posicionou-se no sentido da sobrevivência da teoria tradicional,^{31 32} porém, com limitações.

Trata-se de decisão proferida no julgamento de uma Reclamação Constitucional proposta por um detento que teve sua correspondência violada por um funcionário da casa de detenção, em 1967. A medida do estabelecimento prisional estava embasada em dispositivos de um decreto administrativo que prescrevia a fiscalização do trânsito de correspondências

²⁹ *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 191 e 201.

³⁰ *Ibidem*, p. 194-195.

³¹ *Direito administrativo geral*, p. 196-197.

³² Cumpre-nos esclarecer que no Direito Alemão vigora o “princípio da reserva da lei”, de acordo com o qual, “a administração somente se pode tornar ativa se ela foi, para isso, autorizada em lei” (MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 122). No entanto, o princípio da reserva da lei não tem validade para todo o âmbito da Administração. Embora “o desenvolvimento para a democracia parlamentar, o significado crescente da administração de prestação e a penetração jurídico-constitucional em todos os âmbitos estatais pela Lei Fundamental” têm provocado a extensão da aplicação de tal princípio, não se pode falar em “reserva total” que compreende toda a atividade administrativa. Mas as decisões fundamentais e importantes para a coletividade assim como para o particular devem ser tomadas pelo dador de leis e ser por ele respondidas” (*op. cit.*, p. 125). Fora do campo da reserva da lei, na Alemanha, a Administração está livre para expedir regulamentos autônomos sobre diversas matérias e assuntos, definidos casuisticamente pelo Tribunal Constitucional Federal. O princípio da reserva legal não se aplica no direito brasileiro, pois todas as matérias são reservadas à lei, não existem regulamentos autônomos no Brasil, com exceção da reduzida hipótese prevista no artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal.

dos detentos por parte da administração do presídio e a possibilidade de interceptação daquelas com conteúdos injuriosos ou que se contrapassem aos objetivos da execução penal e da segurança e da ordem na casa de detenção. Não existia uma lei de execução penal na época. O Tribunal Constitucional Federal admitiu a Reclamação Constitucional (*BVerfGE* 33,1) e julgou-a procedente, por entender que os direitos fundamentais dos detentos também só podem ser limitados por meio de lei ou com base em uma lei e desde que esta limitação seja imprescindível para a satisfação do interesse da coletividade que esteja coberto pelo ordenamento axiológico da Constituição (*Grundgesetz*). Cabe, assim, à lei de execução penal estabelecer um limite que leva em conta tanto a liberdade de expressão do detento quanto as condições imprescindíveis para uma execução penal ordenada e racional.^{33 34}

Hartmut Maurer reconhece que as chamadas “relações de poder especial” apresentam certas peculiaridades e, em razão dessas peculiaridades, carecem de regulações especiais. Contudo, essas regulações devem ser promulgadas por lei ou com base em uma lei e estar completamente de acordo com os direitos fundamentais.³⁵

A respeito do assunto, preciosas são as lições do constitucionalista alemão Konrad Hesse, que conceitua as “relações de poder especial” como aquelas relações que fundamentam

³³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 162-163.

³⁴ Seguem os principais fundamentos da decisão alemã mencionada: “1. [...] Na medida em que se tratar de limitação de direitos fundamentais, as respectivas normas constitucionais determinam que isto só é permitido por meio de lei, ou com base em uma lei (cf., no presente contexto, o Art. 10 II 1 e Art. 5 II GG). A essa clara conclusão de que por isso agora o legislador teria o dever de promulgar uma lei também para essa área de execução penal, que até agora fora regulamentado preponderantemente por meras normas administrativas, não se chegou na jurisprudência e na literatura especializada após a entrada em vigor da *Grundgesetz*. Ao contrário, lançou-se mão da figura jurídica da ‘relação especial de sujeição à autoridade’ (*besonderes Gewaltverhältnis*), entendendo-se essa como uma limitação peculiar e implícita dos direitos fundamentais dos detentos. Uma lei de execução penal não foi considerada como ordenada do ponto de vista constitucional. [...]. 2. Fazendo uma retrospectiva, essa concepção somente pode ser explicada com o fato de que a conformação da execução penal como uma ‘relação especial de sujeição à autoridade’ permitiu que os direitos fundamentais dos detentos fossem relativizados em face de uma insuportável imprecisão. A *Grundgesetz* é uma ordem ligada a valores, que reconhece, como suprema finalidade de todos os direitos, defender a liberdade e a dignidade humana. Com efeito seu conceito de ser humano não o do indivíduo autocrático, mas o da personalidade inserida na sociedade e com ela comprometida de diversas formas (*BVerfGE* 12,45 [51]; 28,175 [189]). No Art. 1 III GG, os direitos fundamentais são declarados como diretamente vinculantes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Esse abrangente vínculo do poder público seria afrontado, se na execução penal os direitos fundamentais pudessem ser restringidos arbitrariamente segundo discricionariedade. Uma limitação dos direitos fundamentais de detentos somente pode ser cogitada se for imprescindível ao alcance de um propósito relativo à coletividade, que esteja coberto pelo ordenamento axiológico da *Grundgesetz* e se ocorrer nas formas constitucionalmente previstas para tanto. Portanto, os direitos fundamentais de detentos somente podem ser limitados mediante ou com base em uma lei que, no entanto não poderá desistir de cláusulas gerais, [que sejam por sua vez] o mais delimitadas possível” (op. cit., p. 164-165).

³⁵ *Direito administrativo geral*, p. 197.

uma relação mais estreita do particular com o Estado, um *status* especial, do qual se originam direitos e deveres especiais para o indivíduo. Cita como exemplo a relação do funcionário, do soldado, do aluno de escola pública e a do preso.³⁶

Afirma o autor que, se o *status* geral, baseado nos direitos fundamentais do particular, fosse exatamente mantido nas relações de *status* especial, muitas vezes estas não poderiam cumprir suas funções na vida da coletividade. Assim, seria incompatível com a obrigação de discricção profissional do funcionário se ele pudesse manifestar livremente sua opinião, ou seria inviável a execução apropriada da pena se o preso pudesse exercer seu direito de liberdade de reunião em lugares fechados. Portanto, as relações de *status* especial exigem uma limitação aos direitos fundamentais, sem, contudo, suprimi-los.³⁷

Konrad Hesse elenca quais os pressupostos para a limitação dos direitos fundamentais: a) a relação de *status* especial deve encontrar fundamento na Constituição, ou por esta ser pressuposta; e b) a limitação de direitos fundamentais deve ser uma exigência da peculiaridade da relação de *status* especial, pois, se os direitos fundamentais não dificultarem o funcionamento das relações especiais, bastarão as possibilidades gerais de limitação dos mesmos.³⁸

Por sua vez, a limitação aos direitos fundamentais deve ser realizada exatamente na proporção necessária à tarefa da “coordenação proporcional” – “concordância prática” – entre direitos fundamentais e relações de *status* especiais, garantindo a ambos a “eficácia ótima”. Em outras palavras, as relações de *status* especiais devem ser vistas à “luz dos direitos fundamentais”.³⁹

2.1.2 Itália

Na Itália, Renato Alessi identifica, ao lado da posição geral de supremacia de que goza a Administração como titular do poder de império, a existência da posição de

³⁶ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20 ed. alemã. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 259.

³⁷ *Ibidem*, p. 261.

³⁸ *Ibidem*, p. 263.

³⁹ *Ibidem*, p. 262.

supremacia especial frente ao administrado (supremacia mais acentuada que a geral). O fundamento dessa supremacia especial reside em sua “necessária acessoriedade” ante uma relação constituída entre a Administração e o administrado, cujo bom exercício depende de uma mais destacada supremacia da Administração frente ao particular.⁴⁰ Em outras palavras, Alessi trata a relação de supremacia especial como acessória de uma relação principal, que ele denomina de relação administrativa.

Explica que o exercício de uma relação jurídico-administrativa pode causar um contato pessoal do indivíduo com a esfera da Administração Pública.⁴¹ Tal contato faz necessária, ou ao menos conveniente, uma sujeição especial e mais acentuada do particular frente à Administração, com o fim de disciplinar o seu comportamento e, com isso, melhorar o próprio exercício da relação, sujeição paralelamente à qual aparece uma especial e mais acentuada supremacia da Administração.⁴²

Renato Alessi acrescenta que somente se pode falar em sujeição especial do particular frente à Administração se o normal Poder de Polícia, fundado na supremacia geral da Administração, mostrar-se insuficiente para regular e reprimir as atividades dos indivíduos inseridos em uma determinada relação administrativa, com a finalidade de assegurar o melhor exercício desta.^{43 44}

O Poder de Polícia é uma atividade meramente negativa, que limita ou regula a atividade de qualquer pessoa que esteja dentro de um determinado território, ou seja, se exerce *erga omnes*, com o fim de proteger o conjunto social e suas partes contra danos que possam derivar da atividade humana. Não é, portanto, na visão do autor, adequado para regular e reprimir determinadas atividades desenvolvidas por indivíduos ligados ao ente

⁴⁰ *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 226.

⁴¹ O particular pode entrar em contato apenas com a esfera jurídica da Administração, como ocorre com o exercício de uma função ou de um serviço público, mantendo-se ou não no plano privado. Ou o particular pode entrar em contato com a esfera jurídica e material da Administração, como no caso dos particulares que desfrutam de determinados serviços públicos, cujo gozo das prestações implica necessariamente um contato pessoal mais acentuado (não meramente momentâneo) do usuário, como ocorre, por exemplo, com o serviço de educação, bibliotecas públicas e museus (ALESSI, Renato. Op. cit., p. 227).

⁴² Op. cit., p. 227.

⁴³ Assim, por exemplo, no transporte ferroviário, o passageiro entra e permanece nos recintos ferroviários, há um contato com a esfera da Administração Pública, mas não há relação de supremacia especial, pois as normas que regulam o comportamento do passageiro e as correspondentes sanções são normas e sanções de polícia. No caso da escola, biblioteca, do hospital, entre outros, a boa marcha do serviço exige a limitação do comportamento dos usuários por ocasião do desfrute da prestação (ALESSI, Renato. Op. cit., nota 1, p. 227, e nota 3, p. 229).

⁴⁴ ALESSI, Renato. Op. cit., p. 228.

público por uma determinada relação, em que atuaria com finalidades positivas, ou seja, de melhorar o exercício dessa relação jurídica. Por isso, o Poder de Polícia normal se aplica aos administrados que se encontram em contato pessoal com a esfera da Administração, somente para regular o comportamento destes com finalidades negativas, de mera proteção da coletividade contra danos ou perigos que possam derivar da atividade humana no exercício da relação em questão.⁴⁵

Mostra-se necessário recorrer a poderes que se baseiem em uma especial supremacia da Administração e em uma especial sujeição do indivíduo para conseguir a regulação do comportamento pessoal dos indivíduos que entram em contato com a esfera da Administração. São eles:

a) poder de ditar normas internas para regular o desenvolvimento da relação a que a supremacia especial se refere (por exemplo, as instruções de serviço ditadas pelo superior hierárquico aos órgãos inferiores e os regulamentos internos para regular a prestação de um serviço público, como os regulamentos das escolas e bibliotecas);

b) poder de ditar ordens concretas aos sujeitos afetados pela relação (ordens de serviço do superior hierárquico ao inferior, por exemplo);

c) poder de vigiar o cumprimento das normas internas, assim como para assegurar o devido cumprimento da relação jurídica (assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos ou o funcionamento dos órgãos administrativos, por exemplo);

d) poder de punir com sanções administrativas o comportamento dos indivíduos que seja prejudicial para a melhor atuação da relação principal, poder que se encontra no chamado poder disciplinar em sentido estrito.⁴⁶

Em suma: para Renato Alessi, a supremacia especial pode existir sempre que a relação implique um contato pessoal direto, com certo caráter de permanência e continuidade, entre o indivíduo titular da relação e a esfera da Administração, de maneira que surja a

⁴⁵ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 228-229.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 230-231.

necessidade de regular o comportamento pessoal do administrado a fim de assegurar o melhor exercício da própria relação.⁴⁷

2.1.3 Espanha

A doutrina e a jurisprudência espanholas sofreram forte influência da concepção alemã na formulação de sua teoria das relações de sujeição especial, inclinando-se à corrente mais tradicional e autoritária dessa concepção.

Durante muito tempo na Espanha, a visão mais dura das relações de sujeição especial serviu para justificar regimes exorbitantes em situações onde não existia nenhum vínculo especial entre Administração e particulares, como, por exemplo, os grupos dos taxistas, cultivadores de vinhos com denominação de origem, agentes aduaneiros, profissionais liberais, expectadores de corridas de touros, entre outros.⁴⁸

Alejandro Nieto menciona que o Tribunal Supremo Espanhol tem utilizado o critério do serviço público para identificar as relações de sujeição especial, ou seja, estas relações estariam presentes quando a Administração não atua no âmbito de sua supremacia ou de suas prerrogativas, mas, sim, no âmbito da organização de seus serviços, ou quando o regulamento não é dirigido a todos os indivíduos, mas somente aos que intervêm de uma ou outra forma na prestação de um serviço público. Tal critério, segundo o autor, deve ser rechaçado por ser excessivo, pois abarca casos totalmente descabidos como aqueles mencionados.⁴⁹

Diante da importância da figura das relações de sujeição especial, até pela sua aceitação expressa pela Constituição Espanhola, os autores modernos espanhóis têm reelaborado essa doutrina, restringindo as relações especiais a casos autênticos e estritos de sujeição, alterando a atitude expansionista da jurisprudência.⁵⁰

⁴⁷ *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 230.

⁴⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 224.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 224.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 225.

Nesse passo, Alejandro Nieto propõe, como único critério a ser atualmente admitido, a existência de um contato permanente ou quase permanente de certas pessoas com estabelecimentos administrativos (presos, soldados, estudantes), de tal maneira que sem uma regulamentação especial e sem poderes também especiais da Administração, a convivência e a gestão do serviço público seriam difíceis.⁵¹

Além da adoção desse critério mais restritivo, defende o autor que, após a Constituição Espanhola de 1978, os direitos fundamentais e a reserva de lei⁵² têm plena aplicação também no âmbito das relações de sujeição especial. Ou seja, nas relações de sujeição especial, aplica-se o princípio da legalidade de uma maneira relaxada, sem suprimi-lo. Porém, a flexibilização é variável, de acordo com a intensidade e a especialidade da relação, analisadas de maneira casuística.⁵³

Por fim, conclui o administrativista espanhol que a matização se traduzirá em uma exigência mais suave da regra da reserva legal e da tipificação, permitindo uma maior margem à colaboração regulamentar e à valoração dos órgãos administrativos. No fundo, como acontece sempre no Direito, trata-se de buscar um equilíbrio entre dois interesses contrapostos, o da Administração, orientada para a eficácia de sua administração e dos serviços públicos, e o do indivíduo, que se sente constitucionalmente protegido em seus direitos fundamentais.^{54 55}

⁵¹ *Derecho administrativo sancionador*, p. 224.

⁵² O princípio da reserva legal, tal como na Alemanha, também é adotado na Espanha, conforme foi mencionado anteriormente. No entanto, Alejandro Nieto, acompanhado pela minoria da doutrina espanhola, defende que, com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978, o princípio da reserva legal estaria extinto na Espanha. Primeiro porque o texto constitucional não faz nenhuma referência à reserva legal, segundo, porque tal princípio é incompatível com o sistema estabelecido pela Constituição de 1978. Para o autor, “a reserva legal unicamente tem sentido em um regime constitucional dualista (com os Poderes em equilíbrio: Parlamento e Governo, como sucedia no Império alemão, que é onde foi teorizada), mas não em um regime parlamentar como é o espanhol de 1978”. Sustenta ele que a reserva legal pressupõe a existência de uma zona aberta indiferenciadamente à regulação parlamentar e governamental, indiferenciação que se quer suprimir com a precedência legal. Quando se nega a existência desta zona indiferenciada, quando se nega essa premissa, a reserva legal perde sua razão de ser. Se a Constituição Espanhola não admite a intervenção regulamentar em nenhum caso sem uma lei prévia, ou se entende que todas as matérias estão reservadas à lei ou, que a reserva legal resulta completamente supérflua hoje na Espanha, o que parece mais lógico na opinião do autor (Op. cit., p. 328-329).

⁵³ Op. cit., p. 226-227.

⁵⁴ Op. cit., p. 227-228.

⁵⁵ Alejandro Nieto, seguindo Ricardo García Macho, faz distinção entre dois tipos de relações de sujeição especial: as relações de base, que afetam a esfera dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas, nas quais os direitos fundamentais só poderão ser restringidos mediante lei, que de todo modo deverá respeitar seu conteúdo essencial; e as relações de funcionamento, nas quais deve ser garantida a atividade cotidiana da instituição (que a prisão funcione ou que os maestros possam ensaiar) e, quando seja necessário para esta

Fernando Garrido Falla também trabalha o tema das “relações especiais de poder”, citando como exemplos o funcionário público, o aluno de escola ou universidade pública, o enfermo atendido em hospital público, o integrante do serviço militar obrigatório e o condenado internado em estabelecimento penitenciário. Destaca que em todos esses casos a situação de dependência entre o particular e a Administração Pública não deriva meramente da indiferenciada qualidade de administrado, mas do fato de haver entrado em contato imediato e direto com a instituição administrativa, voluntariamente ou não. Como consequência desse contato, o particular se encontra submetido não só aos regulamentos gerais da polícia administrativa, mas também às normas que regem em concreto o organismo (determinado corpo de funcionários) ou estabelecimento público (universidade, hospital) a que pertence.⁵⁶

Ressalta, ainda, que os atos administrativos gerais ou concretos, que limitam ou afetam a situação jurídica dos particulares submetidos a uma relação especial de poder, têm fundamento distinto do dos praticados no exercício do Poder de Polícia. Ilustra seu pensamento com a distinção feita pela doutrina alemã entre os regulamentos jurídicos, desenvolvidos no âmbito de uma relação geral de supremacia, e os regulamentos administrativos, manifestação típica de uma relação especial de poder.⁵⁷

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández analisam esta construção jurídica mencionando que, quando o administrado se insere na organização administrativa, cujas exigências funcionais produzem, ao menos potencialmente, “um estado de liberdade restringida”, assume um grau especial de dependência a respeito da Administração. Essa dependência é contraposta à situação de sujeição geral, e deve ser qualificada como “relação especial de poder”, ou “relação de supremacia especial”, ou “relação especial de sujeição”. São casos dessa espécie a situação do funcionário, soldado, preso, usuário de um serviço ou estabelecimento público e, acrescentam, com base nas peculiaridades do ordenamento espanhol, do concessionário e contratante em um contrato administrativo.⁵⁸

atividade, prevalecerá o interesse geral sobre os direitos. Nas relações básicas, são intangíveis tanto os direitos fundamentais como o princípio da legalidade, enquanto que nas relações de funcionamento, serão aplicados com matizações (*Derecho administrativo sancionador*, p. 226).

⁵⁶ *Tratado de derecho administrativo*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. II, p. 132.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 133.

⁵⁸ *Curso de derecho administrativo*, t. II, p. 20.

Salientam que o administrado em uma situação de sujeição especial pode experimentar sobre sua esfera jurídica uma ação administrativa impositiva muito mais expedita que o particular ordinário, sem as formalidades que a Administração deve utilizar ao se dirigir para o coletivo. A razão para essa peculiaridade é que a inserção do administrado em uma organização administrativa necessita de um funcionamento dinâmico.⁵⁹

No entanto, os mestres espanhóis rechaçam a doutrina alemã que entende que a existência de uma relação especial de sujeição justificaria a submissão dos particulares nela inseridos a poderes extraordinários da Administração sem a necessidade de um fundamento legal. Para os autores, tal construção doutrinária não pode ser admitida na Espanha, em razão do princípio da legalidade, segundo o qual somente a lei pode realizar restrições a direitos fundamentais, mas a exigência de lei pode ser contornada com a doutrina dos poderes inerentes ou implícitos.⁶⁰

Segundo a doutrina espanhola, poderes implícitos ou inerentes, por exceção, são deduzidos de outros “poderes expressamente reconhecidos pela lei e da posição jurídica singular que esta constrói, como poderes concomitantes a tais outros ou de tal posição, como filiados ou derivados dos mesmos (poderes incluídos em outros ou derivados)”. São efetivamente atribuídos à Administração pelo ordenamento, ainda que não sejam expressamente escritos. Podem ser inferidos não só pelo texto direto das normas, mas por sua interpretação, o que matiza a exigência de atribuição legal expressa de poderes à Administração. Trata-se simplesmente de fazer coerente o sistema legal.⁶¹

Em excelente trabalho, Alfredo Gallego Anabitarte buscar solucionar três problemas acerca do conceito de “relação de especial sujeição”: validade do princípio da legalidade da Administração, validade dos direitos fundamentais e a questão da proteção jurídica.⁶²

De acordo com o autor, seriam características das relações de sujeição especial: a) acentuada situação de dependência, da qual emanam determinadas obrigações; b) estado geral de liberdade limitada; c) existência de uma relação pessoal; d) impossibilidade de se

⁵⁹ *Curso de derecho administrativo*, t. II, p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁶¹ *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 377-378.

⁶² *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración*, p.11-12.

estabelecer de antemão a extensão e conteúdo das prestações, assim como a intensidade das necessárias intervenções coativas na esfera dos afetados; e) o fato de que o indivíduo tem que obedecer ordens, as quais não emanam diretamente da lei; f) o fato de que esta situação se explica em razão de um determinado fim administrativo; g) a alusão a um elemento de voluntariedade em dita situação de submissão; h) o admitir, expressa ou tacitamente, que a justificação de dita relação se encontra na necessidade de uma eficiência e produtividade administrativa.⁶³

Diante dessas características, o autor elenca como hipóteses de relação de sujeição especial a situação do funcionário, do militar, do estudante, do preso, da liberdade vigiada (policial, fiscal) e dos internados em estabelecimentos de beneficência e sanatórios de tipo obrigatório.⁶⁴

Gallego Anabitarte defende a aplicação do princípio da legalidade no campo das relações especiais de sujeição como consequência da adoção do Estado de Direito, ou seja, todas as intervenções da Administração na situação jurídica do indivíduo devem ter como base uma autorização legal. Contudo, esta base legal não precisa ser explícita, pode ser substituída por uma cláusula geral se houver uma impossibilidade de regular todos os casos ou para manter a devida elasticidade com o fim de salvaguardar a eficiência da Administração. Além disso, as intervenções na situação jurídica do indivíduo devem servir à finalidade objetiva da relação especial de sujeição, assim como devem ser exigidas por esta ou por uma situação dada.⁶⁵

2.1.4 Portugal

Em Portugal, José Joaquim Gomes Canotilho tratou do tema ao dizer que as “relações jurídicas especiais não legitimam uma renúncia a direitos fundamentais”, isso porque a Constituição Portuguesa só permite restrição a direitos fundamentais através de lei e nos casos nela expressamente previstos, ou seja, a limitação a direitos fundamentais (ex.: restrição do segredo de correspondência dos presos, limitação do direito de reunião de

⁶³ Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración, p. 25.

⁶⁴ Ibidem, p. 25-26.

⁶⁵ Ibidem, p. 50-51.

militares) exige um inequívoco fundamento constitucional-legal. Além disso, nesses casos, os aspectos essenciais da vinculação devem ser definidos por lei, como ocorre com os regimes sancionatórios nas escolas públicas, nos quais os processos disciplinares respectivos e a individualização das sanções são pontos essenciais que devem ser definidos por lei.⁶⁶

Outro jurista português que lidou com o tema ora tratado foi Jorge Manuel Coutinho de Abreu, para quem, ao lado das “relações gerais de poder”, que ligam o Estado a qualquer indivíduo, há outras mais intensas e especializadas, fundadas em títulos específicos (por lei, decisão judicial, ou pela vontade expressa ou tácita dos administrados): são as “relações especiais de poder”, nas quais se inserem, por exemplo, os militares, funcionários públicos, presos, utentes de certos serviços públicos, como os alunos de estabelecimentos públicos e usuários do transporte público.^{67 68} Em tais relações,

os administrados sujeitos de relações especiais de poder estão colocados numa especial dependência face à Administração. O funcionário, o preso, o estudante movem-se no quadro de organizações administrativas, atuam no interior de serviços administrativos. Logo, estão obrigados a observar as regras aí vigentes, têm de subordinar o seu comportamento aos regulamentos (internos) que regem a organização e funcionamento (internos) dos serviços.⁶⁹

Por fim, observa que a relação especial de poder só se verifica quando o administrado se encontra “no interior do serviço público”, sujeito a regulamentos de natureza interna, a regulamentos administrativos, como é o caso do funcionário, estudante, internado em hospital ou visitante de um museu. Por outro lado, quando a Administração se dirige indiscriminadamente à comunidade, como nos chamados “estabelecimentos de

⁶⁶ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 738-739.

⁶⁷ *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 111-112.

⁶⁸ Cumpre-nos esclarecer que em Portugal também se aplica o princípio da reserva de lei, o que significa que há regulamentos diretamente subordinados à Constituição, sem fundamento legal. Conforme explica Jorge Manuel Coutinho de Abreu, os regulamentos chamados externos, com exceção dos autônomos, têm que se fundar em leis ordinárias e, os regulamentos internos, podem se fundar em atos legislativos, mas isso não é imprescindível. Os regulamentos internos são aqueles que vinculam apenas no âmbito interno da Administração, visam estruturar serviços e órgãos internos, disciplinar a sua atividade ou funcionamento, e regular o comportamento, direitos e deveres daquelas pessoas inseridas em relações jurídico-administrativas especiais. Diferentemente da concepção original alemã, o autor entende que tais regulamentos têm caráter jurídico, são regulamentos de auto-organização ou de direção, fundam-se no poder administrativo de auto-organização ou de direção, por isso, não precisam de autorização legal para serem editados (op. cit., p. 118 e 175).

⁶⁹ Op. cit., p. 113-115.

abastecimento”, fornecedores, por exemplo, de água, gás, eletricidade, estamos diante de funções externas.⁷⁰ Nos dizeres precisos de Coutinho de Abreu,

as relações especiais de poder pressupõem especiais dependências dos administrados face à Administração [...] que, por assim ser, se situam ante os serviços administrativos, não de fora, mas de dentro. Servem os serviços, ou servem-se dos serviços, ou sofrem os serviços (caso dos presos...), mas no interior destes, dentro dos seus espaços organizativos.⁷¹

Luís S. Cabral de Moncada considera que o particular se coloca sob uma “relação especial de poder” “ao comprometer-se com certas obrigações de serviço quer perante entidades públicas, quer mesmo perante entidades privadas”, assumindo uma “posição especial de enfraquecimento”, na qual a legalidade se torna fragilizada, “ao contrário do que se passa no âmbito da relação geral em que o cidadão goza de plenitude das garantias prestadas pela legalidade”.⁷²

Para ele, a legalidade deve ser contraída sempre que “os fins institucionais próprios de certas entidades e serviços desaconselham o legislador de descer a pormenores”. Nesses casos, os órgãos da Administração Pública estão melhor habilitados

para aquilatar do grau de exigência e dedicação exigíveis em matéria de necessidades de serviço, pelo que não faria aqui sentido uma previsão exaustiva da parte do legislador, desligado como está destas questões. Tudo vai no sentido da auto-contenção do legislador. Assim sendo, deve a previsão legislativa limitar-se aqui ao mínimo, [...] reconhecendo a inevitabilidade das cláusulas gerais a usar em matérias de serviço, de modo a deixar confortável liberdade de movimentos à administração sob forma do regulamento.⁷³

Essa contração da legalidade não se dá de uma maneira uniforme em todas as “relações especiais de poder”, mas a partir de “uma cuidadosa diferenciação das situações”. Os direitos fundamentais se aplicam nesse campo, e não podem ser limitados “por obra de normas regulamentares autônomas sem fundamento legislativo mínimo”. Ademais,

as relações especiais de poder só justificam uma diminuição da proteção fornecida pelo regime dos direitos fundamentais, quando há expressa autorização constitucional para isso (arts. 17^a e 33 n^o 5 da GG) e devendo os limites cingir-se ao mínimo necessário para a prossecução de certos fins

⁷⁰ *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, p. 114-115.

⁷¹ *Ibidem*, p. 116.

⁷² *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 442.

⁷³ *Ibidem*, p. 446.

públicos, também constitucionais, apresentado-se como verdadeiramente imprescindíveis.

Trata-se de um problema de harmonização de orientações constitucionais opostas, a resolver no terreno da constituição, de modo a manter a unidade do seu sentido normativo. [...] Pode pois concluir-se que não há qualquer razão para conceber ‘relações especiais de poder’ como uma categoria constitucional própria e, assim sendo fonte autônoma de restrições especiais aos direitos. Só há limites aos direitos dos cidadãos sob autorização constitucional especial e respeitado que seja um determinado regime imperativo aplicável por igual a todas as restrições, de modo que fica ultrapassada a questão dos limites especiais feitos em nome de uma categoria geral de origem exterior à constituição e requerendo redução, também especial, dos direitos dos cidadãos.^{74 75}

2.2 Doutrina brasileira

A teoria das relações de sujeição especial foi acolhida no Brasil com as devidas adaptações ao nosso ordenamento jurídico. No geral, a doutrina brasileira admite a existência das “relações de sujeição especial” ou da “supremacia especial”, distinguindo-as das “relações de sujeição geral” ou da “supremacia geral”, atribuindo-lhes diferentes características e efeitos.

⁷⁴ *Lei e regulamento*, p. 447-448.

⁷⁵ As conclusões a que chega o autor são sintetizadas no seguinte trecho: “em primeiro lugar, a categoria da ‘relação especial de poder’ não é uma categoria dogmática geral de que se possam inferir automaticamente restrições aos direitos em certos domínios da atividade administrativa. Em segundo lugar, não é sequer uma noção de alcance geral, pois não é pensável a existência de um estatuto especial comum a várias situações, mas só uma multiplicidade de estatutos, desde os mais restritivos, como é o caso dos do detido e do militar até aos menos. Seguidamente, não se pode recusar liminarmente a validade dos direitos fundamentais no âmbito das relações em causa o que significa que se lhes aplica também o regime constitucional do art. 19 GG, pelo que as restrições a fazer terão sempre um fundamento legislativo mínimo além de respeitarem os outros elementos da proteção constitucional dos direitos fundamentais. Da aplicabilidade do art. 19 GG resulta também que as restrições, maiores ou menores, aos direitos fundamentais têm de estar previstas na própria lei constitucional, pelo que da mera existência de uma instituição com fins específicos não se presume qualquer restrição ao exercício dos direitos no seu interior, resultando também daí que a restrição possibilitada aos direitos fundamentais deve conter-se no limite das necessidades funcionais que a explicam, respeitando-se assim uma idéia de proporcionalidade entre aquelas restrições a estas necessidades ‘de serviço’. Do art. 19 decorre também o respeito pelo conteúdo essencial do direito que as necessidades funcionais obrigam a questionar. Segue-se daqui que em matéria de restrições aos direitos fundamentais feitas em nome dos interesses, constitucionalmente protegidos, próprios de certas instituições, o problema que se põe é o da concordância prática a estabelecer entre por um lado o regime imperativo da proteção constitucional dos direitos fundamentais e pelo outro as necessidades funcionais específicas de certas instituições e serviços, de modo a manter o princípio da unidade constitucional. Trata-se de estabelecer critérios de ponderação na inevitável relação de tensão existente entre o regime constitucional dos direitos fundamentais e o reconhecimento constitucional de ‘estatutos’ especiais próprios de determinadas áreas da atividade administrativa no âmbito dos quais há motivos para transigir com limites específicos” (op. cit., p. 449-451).

Nas linhas abaixo, analisaremos sucintamente a opinião dos autores nacionais que tratam especificamente sobre o tema, posições que serão abordadas com maior profundidade no decorrer deste trabalho.

Regis Fernandes de Oliveira explica que a supremacia geral decorre do fato de que a Administração atua para satisfação dos interesses coletivos, como titular do poder de império. Já a supremacia especial advém de relações particulares com indivíduos que se submetem ao plexo de normas criado pelo Estado. De acordo com o autor, na supremacia especial, alguém se insere sob um “estatuto” e se submete a regras específicas que disciplinam a relação existente. Esse é o caso dos funcionários públicos, ou do liame que une a Administração central às entidades da Administração descentralizada, por exemplo. “A relação de supremacia geral é de poder, unindo Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional”. Outro critério de distinção apontado pelo autor é que a supremacia geral se caracteriza pela desvinculação a um relacionamento concreto, mas concretizável, já a supremacia especial se caracteriza pelo elo especial, ou seja, pela existência de uma relação concreta.⁷⁶

Heraldo Garcia Vitta menciona que a relação especial, ou sujeição especial, não é exclusividade do Direito Público, mas, sim, característica de todo grupo social organizado que contém normas internas impostas a seus integrantes, com previsão de deveres e penalidades. Cita como exemplo o poder disciplinar nas empresas privadas, associações de clubes, estabelecimentos de ensino e sindicatos. O autor admite que o estado de sujeição leva à diminuição ou ao estancamento da liberdade do particular, em virtude da necessária vinculação a que está submetido.⁷⁷

Em sua visão, o critério que caracteriza uma relação especial e justifica o afrouxamento ou mitigação do princípio da legalidade é a “intensidade do liame do particular com a Administração”, ou seja, “apenas nos casos cuja ligação se dá intimamente à ordem administrativa, teremos mitigação do princípio da legalidade”.⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que é inequívoca a existência de relações específicas firmadas entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem,

⁷⁶ *Infrações e sanções administrativas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

⁷⁷ *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 78-79.

compondo “situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas, e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração”. Cita como exemplos dessas relações a dos servidores públicos, alunos matriculados em escola ou faculdade pública, internados em hospitais públicos, em asilos ou em estabelecimentos penais e pessoas inscritas em bibliotecas públicas circulantes. Para o autor, ditas relações necessitam de uma disciplina interna, regras prevendo imposições restritivas e disposições benéficas, com objetivo de regular a situação daqueles que se inserem no âmbito de tais relações, disciplina esta que não poderia deixar de ser estabelecida na própria intimidade das relações de sujeição especial, daí a impossibilidade e inconveniência de ser estabelecida exclusivamente por lei.⁷⁹

O autor elenca quais são os critérios necessários para qualificar uma relação jurídica travada entre um particular e o Estado como relação de sujeição especial:

a) vínculo que cria para o particular uma situação jurídica diversa daquela da generalidade das pessoas;

b) vínculo exigente de uma disciplina interna, como condição necessária para o seu bom desenvolvimento, diante da insuficiência das normas gerais para esse fim; e

c) impossibilidade material ou inconveniência da fixação dessa disciplina interna exclusivamente por lei.⁸⁰

No mesmo sentido, Rafael Munhoz de Mello reconhece a existência de situação de sujeição especial quando atinge não a todos os particulares indiscriminadamente, mas apenas aos particulares que mantêm com o Estado uma relação específica, em virtude do seu ingresso no seio do aparato administrativo. A chamada relação de sujeição especial se caracteriza por uma submissão mais aguda do particular à Administração Pública, já que ele está agindo no âmbito do aparelho estatal, como no caso dos servidores públicos, prisioneiros e usuários de certos serviços prestados pelo Estado.⁸¹

⁷⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 812-813.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 812-813.

⁸¹ *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157.

Esse autor alega que a concepção original das relações de sujeição especial, que pressupõe a existência de um campo de atuação da Administração Pública livre da incidência do princípio da legalidade, não pode ser aceita no nosso ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal o acolheu como princípio fundamental do Estado de Direito (art. 1º). Não nega, porém, que a situação jurídica das pessoas que ingressam no âmbito da Administração Pública, exercendo alguma atividade específica no seio do aparato estatal, é diversa da situação jurídica da generalidade dos indivíduos, submetidos ao geral poder de império estatal, e considera compreensível que, no primeiro caso, a relação entre o Estado e o particular seja marcada pela existência de poderes estatais mais intensos.⁸²

Maria Sylvia Zanella di Pietro também reconhece implicitamente a existência das relações de sujeição especial ao distinguir entre poder disciplinar e Poder de Polícia, considerando o primeiro como o poder de apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa, como o caso dos estudantes de uma escola pública. Por sua vez, se a medida punitiva for aplicada a pessoa não sujeita à disciplina interna da Administração, registra a autora que esta medida punitiva encontra seu fundamento no Poder de Polícia do Estado.⁸³

No mesmo passo, Fábio Medina Osório destaca o Direito Administrativo Disciplinar como um ramo do Direito Administrativo Sancionador. Para ele, as sanções disciplinares são uma espécie de sanção administrativa que se aplicam no âmbito das relações de sujeição especial, como decorrência de uma “necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais”.⁸⁴

A teoria é adotada também por Carlos Ari Sundfeld, segundo o qual, quando os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica, na qual esta exerce poderes especiais. Quando os particulares atuam no campo privado, submetem-se apenas ao vínculo genérico com o Estado, em que este possui o poder de regulamentar as atividades privadas através de lei. A principal diferença entre esses dois vínculos é que, nos vínculos específicos, os poderes da Administração lhes são conaturais e, portanto, tão extensos quanto necessário; por sua vez, nos vínculos genéricos, os poderes da

⁸² *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, p.161-162.

⁸³ *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86.

⁸⁴ *Direito administrativo sancionador*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 160.

Administração existirão se, quando, como e na medida em que expressamente previstos em lei.⁸⁵

De acordo com o autor, tal vínculo específico se estabelece entre Administração e administrado quando este: a) integra-se ao aparelho burocrático (servidores públicos); b) recebe delegação de atividade estatal (descentralização de serviço, através de concessão ou permissão; c) contrata com a Administração (contrato de fornecimento de obras, bens ou serviços); ou d) utiliza serviço público ou é beneficiado pelo direito ou uso especial de bem público.⁸⁶

Anota Carlos Ari Sunfeld que, na relação específica, entendem-se implícitos para a Administração poderes de mando, fiscalização e até extinção do vínculo, independentemente de expressa previsão legal. Ou seja, “a lei apenas regulamenta os poderes que a Administração necessariamente tem – e que terá, mesmo na omissão da lei”. Assim, o princípio da legalidade tem aplicação muito menos intensa do que na relação genérica da Administração.⁸⁷

Por fim, podemos citar outros autores que abordam a distinção entre relações de sujeição especial e relações de sujeição geral: Alexandre Santos de Aragão,⁸⁸ Luís Manuel Fonseca Pires,⁸⁹ Carlos Schmidt de Barros Jr.,⁹⁰ Daniel Ferreira,⁹¹ Eduardo Rocha Dias,⁹² Dora Maria de Oliveira Ramos,⁹³ José Roberto Pimenta Oliveira⁹⁴ e Vera Regina Hipler.⁹⁵

⁸⁵ *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁸⁸ *Agências reguladoras: a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 139-143.

⁸⁹ *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 157.

⁹⁰ *Do poder disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 46.

⁹¹ *Sanções administrativas*. 1999. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 100.

⁹² *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 24-25.

⁹³ *O poder sancionatório da Administração Pública nas concessões de serviços públicos*. 2004. 159 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 62.

⁹⁴ A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: Carlos Ari Sunfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 329-351. p. 339-340.

⁹⁵ *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito administrativo brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais* 2.006. 339 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo.

3 Características das relações de sujeição especial

Tendo em vista que o fundamento de competências administrativas mais amplas e acentuadas é a própria relação de sujeição especial, não se podem estender indiscriminadamente os casos abrangidos nesta definição, sob risco de retirar o caráter excepcional de tal situação. Torna-se extremamente importante delimitar as características de tais relações, a fim de se evitar uma extensão indevida desta categoria.

Desse modo, a partir dos posicionamentos doutrinários descritos nos itens anteriores, podemos dizer que a relação jurídica travada entre um particular e o Estado capaz de originar uma “relação de sujeição especial” possui as seguintes características cumulativas:

a) vínculo previsto na Constituição Federal, criado entre Administração e um particular ou um grupo de particulares, para a satisfação de determinado interesse público;

b) vínculo que gera para o particular nela inserido uma situação jurídica específica, diversa daquela das pessoas em geral;

c) vínculo decorrente da integração do administrado ao aparato administrativo, da delegação de atividade estatal, da celebração de um contrato, da utilização de um serviço público ou do uso especial de um bem público;

d) insuficiência das normas editadas com base no Poder de Polícia para disciplinar a conduta dos particulares inseridos no vínculo, ou seja, exigência deste de uma disciplina interna para garantir seu bom exercício;

e) disciplina interna que é deixada a cargo da Administração por impossibilidade ou inconveniência de sua fixação por lei.

Somente quando reunidas essas características em uma mesma relação jurídica justifica-se a existência de uma sujeição especial do particular e de uma supremacia especial da Administração. São relações previstas na Constituição, de modo explícito ou implícito, como necessárias à satisfação de determinados interesses públicos.

O vínculo pode ser formado voluntariamente ou não e decorre: a) da integração do administrado ao aparato administrativo, como, por exemplo, a situação dos servidores públicos; b) da transferência da execução de atividade estatal, como, por exemplo, a situação dos concessionários e permissionários de serviço público; c) da celebração de um contrato de obras, fornecimento de bens ou serviços; ou d) da utilização de um serviço público ou do uso especial de um bem público, como, por exemplo, a situação dos frequentadores de museu e alunos de escola pública.

O particular, ao se tornar parte da relação jurídica se insere sob um regime específico, um estatuto, que o coloca em uma situação de sujeição especial frente à supremacia também especial da Administração. As duas partes da relação jurídica devem ter em mente a necessidade de alcançar o interesse público especificamente buscado, fazendo com que a relação funcione da melhor forma possível.

Nesses casos, o bom funcionamento do vínculo depende de uma sujeição especial do particular, que significa a flexibilização de princípios como os da legalidade e da tipicidade com a ampliação de competências como a normativa, a sancionatória e fiscalizatória; e da discricionariedade da Administração.

Assim, a Administração possui competência para criar o regimento interno da relação, impor deveres aos particulares inseridos nela, fiscalizar o cumprimento dessa disciplina e punir os comportamentos prejudiciais ao bom funcionamento da relação jurídica e ao interesse público almejado. Trata-se de um regime jurídico próprio, interno, formado por regras e princípios prévia e unilateralmente estabelecidos pela Administração.

A Constituição e a lei prevêm em termos gerais qual será a disciplina interna da relação jurídica; mas cabe à Administração estabelecer as regras de uma maneira pormenorizada, por meio de um regulamento, estatuto, edital, contrato ou regimento interno.

O princípio da legalidade é, então, matizado, mitigado, pois uma previsão extremamente minuciosa das regras internas dessas relações jurídicas pela lei, além de ser materialmente impossível para o legislador pela infinidade de peculiaridades que possuem, é, também, inconveniente, pois deixaria a Administração de mãos atadas frente a situações concretas não previstas em lei.

Quando se fala em princípio da legalidade, devemos visualizá-lo em sua dupla dimensão: aquele que se aplica aos particulares, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, e aquele que se aplica à Administração Pública, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. De um lado, o princípio da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, de outro, que a Administração Pública só pode fazer aquilo o que a lei lhe autoriza ou determina.

Importante esclarecermos que, nas relações de sujeição especial, ambos os aspectos do princípio da legalidade são mitigados, pois nelas admite-se a criação de deveres aos particulares e competências para a Administração através de atos normativos infralegais. Assim, por exemplo, a tipificação de uma conduta considerada infração administrativa por um regulamento, a partir de uma autorização legal para tanto, consiste em flexibilização do princípio da legalidade aplicado tanto aos particulares quanto à Administração. Isso porque cria, para o particular, o dever de não praticar aquela conduta considerada antijurídica e, para a Administração, a competência para sancionar a mesma conduta.

Tal extensão da competência administrativa normativa, e conseqüente redução da legalidade, são viabilizadas pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais autorizativas pela lei.

Com efeito, o uso de expressões de conteúdo plurissignificativo e cláusulas gerais pelo legislador é ampliado, com o fim de dar uma maior liberdade à Administração, que poderá editar atos normativos gerais, se entender necessário, ou poderá praticar atos concretos diretamente com base na lei com maior campo de discricionariedade, como veremos com detalhes no Capítulo III.

Outro princípio que também sofre uma flexibilização em casos de sujeição especial é o princípio da tipicidade das infrações administrativas, o qual exige que as condutas consideradas ilícitas sejam exaustivamente descritas na lei. No caso da relação de sujeição especial, a competência punitiva encontra na lei limites mais brandos do que aqueles encontrados na relação de sujeição geral. As infrações são previstas de forma mais genérica pela lei, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, “inexecução parcial”, “má conduta”, entre outros.

No entanto, a mitigação de princípios, direitos e garantias fundamentais não significa a supressão dos mesmos. Trata-se de tarefa de coordenação entre dois interesses juridicamente tutelados, o interesse público de bom funcionamento da relação jurídica e o direito ou garantia fundamental do particular nela envolvido. A coordenação deve privilegiar o interesse público, em razão de sua supremacia, mas a limitação ao direito ou garantia do particular deve se dar na medida exata para a satisfação daquele.

CAPÍTULO II

RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ADMINISTRAÇÃO E CONTRATADO

1 Os contratos administrativos

Para a prestação de serviços públicos⁹⁶ ou mesmo para o funcionamento de seu próprio aparato, a Administração Pública necessita da colaboração dos particulares, pois não consegue suprir todas as suas necessidades materiais sozinha, ela não é totalmente independente, auto-suficiente. Para assegurar o funcionamento dos serviços públicos, é necessário que coisas materiais sejam colocadas à disposição dos agentes públicos.⁹⁷

Essa colaboração se dá por meio do fornecimento de bens, prestação de serviços, realização de obras, ou pela própria prestação delegada do serviço público. Com efeito, os particulares participam da atividade administrativa não apenas para assegurar a prestação de um serviço público, mas também para viabilizar a satisfação do interesse público de uma maneira geral.

Tal contribuição se dá por diversos meios: quando o particular se sujeita a atos unilaterais involuntariamente, como a expropriação ou requisição de um bem, ou voluntariamente, como a permissão de uso de espaço em parque público para a venda de alimentos; quando pratica com a Administração negócios jurídicos unilaterais, como um convênio para realização de um projeto científico, ou bilaterais, como o contrato de realização de obra pública, de fornecimento de material didático, de aluguel de um imóvel particular entre outros.

⁹⁶ Em sua concepção clássica, serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas, prestada pelo Estado, sob regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito Comum. Tal noção encontra-se em declínio, como esclarece Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em virtude de sua dissonância com a realidade no novo modelo de Estado, onde atividades que antes se enquadravam na noção de serviço público passaram a ser prestadas por entidades privadas e sob regime de Direito Privado. Por isso, conclui que não há serviço público por natureza, “a qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes de um dado momento”. Aquelas atividades definidas como serviço público na Constituição possuem essa natureza sem sobra de dúvida, mas o legislador possui poderes para “sujeitar dada atividade econômica ao regime jurídico do serviço público” (Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71, p. 42-43, 45 e 47).

⁹⁷ JÉZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo: el funcionamiento de los servicios públicos*. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. III, p. 311.

A principal forma utilizada pela Administração Pública para alcançar os fins mencionados, sem dúvida, é o contrato, negócio jurídico bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes é a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.⁹⁸

José Cretella Júnior menciona que o contrato envolve sempre, em sua essência, “um acordo de vontades opostas para a produção de uma relação ‘de iure’, que, eleita livremente pelas partes, acaba por subjugar-las”.⁹⁹

Os elementos necessários para a caracterização do contrato, de acordo com Marcello Caetano, são:

a) que haja um acordo bilateral de vontades após cuja conclusão os interesses permaneçam individualizados ou sejam individualizáveis; b) que esse acordo seja gerador da relação jurídica, isto é, que por efeito dele se crie o vínculo entre os sujeitos, ou então se altere ou extinga um vínculo contratual.¹⁰⁰

Com tais elementos, excluem-se do conceito de contratos outros atos que também representam um encontro de vontades, como os atos plurais unilaterais, em que duas ou mais vontades emitidas no mesmo sentido se encontram para realizar um mesmo interesse. Esse é o caso da aprovação, homologação, autorização de um ato e atos administrativos cuja eficácia depende da aceitação do particular, em que apenas uma vontade cria o ato jurídico e a outra se limita a lhe atribuir executoriedade.¹⁰¹

Perfilhamos a idéia de Maria Sylvia Zanella Di Pietro de que o convênio não constitui modalidade de contrato, pois, embora seja um ajuste entre Poder Público e entidades públicas ou privadas, visa a um objetivo comum, mediante mútua colaboração, ao contrário do que ocorre no contrato, em que os objetivos são opostos e contraditórios.¹⁰² Os convênios podem, assim, ser considerados atos plurais unilaterais.

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

⁹⁹ *Tratado de direito administrativo: contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. III, p.28.

¹⁰⁰ *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. I, p. 512.

¹⁰¹ CAETANO, Marcello, *ibidem*, p. 511.

¹⁰² *Direito administrativo*, p. 319.

Assim, a Administração Pública pode celebrar com os particulares contratos regidos pelo Direito Público, chamados de contratos administrativos, e outros regidos pelo Direito Privado, considerados ambas espécies do gênero contratos da Administração.

O contrato administrativo

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁰³

A finalidade dos contratos administrativos consiste na satisfação do interesse público, através da prestação de um serviço público ou de outra comodidade à coletividade (compra de medicamentos para distribuição gratuita, contratação de obra viária, contratação de serviços de informática para uma repartição pública, concessão de serviço público, concessão de uso de bem público, v. g.).

Dessa forma, o que caracteriza um contrato como administrativo é o regime jurídico de Direito Público que a ele se aplica, com suas regras e princípios, o que, por sua vez, se explica pela própria finalidade do vínculo, a satisfação do interesse público. Na verdade, se uma das partes do contrato representa o interesse público, a supremacia deste sobre o interesse particular impede a igualdade entre as partes.¹⁰⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza perfeitamente essa idéia, dizendo que

os traços peculiares ao regime do ‘contrato administrativo’ giram em torno da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, segundo os

¹⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.610-611.

¹⁰⁴ Juan Carlos Cassagne menciona que, no Direito Administrativo argentino, o critério atualmente aceito para diferenciar o contrato administrativo é o da função administrativa como causa-fim do contrato. Assim, “a finalidade substantiva ou o interesse relevante do contrato administrativo se faz patente quando o acordo é celebrado por um órgão do Estado no exercício da função administrativa, o qual conduz à instituição de um regime jurídico e exorbitante ao direito privado (em matéria especialmente de execução e extinção). [...] Desse modo, os contratos resultam administrativos, em razão de seu objeto ou fim, quando seu conteúdo pertença à função administrativa materialmente considerada, critério que, em definitivo, se situa em uma linha similar à do serviço público da doutrina e jurisprudência francesas (em sentido amplo) ou a do giro ou tráfico da Administração. Por sua vez, o fim público relevante e assumido pelo direito objetivo é o que determina que um determinado objeto ou bem é pertencente à função administrativa ainda que a contratação não persiga uma finalidade pública imediata (v. gr., contratos de uso do domínio público)” (*O contrato administrativo*. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 30-31).

termos já apontados, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização ao contratante privado. Além disto, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se, muitas vezes, com a possibilidade de o contratante privado evocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito.¹⁰⁵

O regime de Direito Público confere à Administração prerrogativas em relação ao contratado para garantir a fiel execução do contrato e para adaptá-la às mudanças do interesse público. Portanto, o particular contratado, além de possuir o dever de cumprir a obrigação livremente assumida, deve fazer tudo aquilo que é necessário para assegurar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, sendo-lhe assegurado, em troca, o direito à indenização caso a ampliação dessas obrigações lhe cause um prejuízo anormal, que não poderia razoavelmente prever no momento de contratar.¹⁰⁶

Em razão de sua finalidade, Gastón Jèze sustenta que não se aplicam aos contratos administrativos, necessariamente, os textos do Código Civil e das leis de Direito Privado, que regem as relações entre particulares em situações análogas, mas, sim, regras especiais, distintas das que se aplicam às relações dos particulares entre si.¹⁰⁷ Isso se explica pelo fato de que

quem conclui um contrato administrativo não somente assume a obrigação de não paralisar o funcionamento do serviço público, mas também de facilitá-lo. Os contratos civis supõem dois contratantes em pé de igualdade. O contrato administrativo propriamente dito supõe, essencialmente, dois contratantes, que se reconhecem em pé de desigualdade: um representa o interesse geral, o serviço público; o outro, o interesse privado do contratante. A noção de serviço público pressupõe a obrigação, para pessoa que se compromete por um contrato administrativo, de fazer prevalecer o funcionamento do serviço público sobre seus próprios interesses, à parte a indenização.¹⁰⁸

No entanto, em que pese o entendimento de Gastón Jèze, o regime de Direito Público não afasta totalmente a aplicação das normas de Direito Privado, as quais se aplicam,

¹⁰⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 607.

¹⁰⁶ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, v. III, p. 323.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 312.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 314. Devemos observar que o autor entende que o objetivo único do contrato administrativo é a prestação de um serviço público. Tal idéia é incompleta, porque o contrato administrativo possui como finalidade a satisfação do interesse público de diversas maneiras, não só através da prestação de serviços públicos, como já mencionamos.

subsidiariamente, no que toca à licitude de objeto, capacidade das partes, forma, entre outros aspectos e princípios dos contratos.

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira acredita que o princípio da boa-fé objetiva previsto no artigo 422 do Código Civil de 2002 é aplicado com maior intensidade nos contratos administrativos, sendo essencial para a interpretação destes. A Administração é orientada pelos princípios da legalidade e da moralidade, o que acarreta a presunção de boa-fé em sua conduta na celebração e execução dos contratos administrativos. Da mesma forma se dá com os particulares nas contratações administrativas, os quais também se submetem ao princípio da moralidade; portanto, pressupõe-se que seus atos são praticados com boa-fé, ou seja, que “não estão evitados de malícia ou conduzidos à percepção de lucros abusivos”.^{109 110}

Afirma, também, Vladimir da Rocha França que os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da obrigatoriedade dos preceitos convencionados (*pacta sunt servanda*), da relatividade dos efeitos dos contratos, da boa-fé e da função social (socialidade) se aplicam a todos os contratos, pois “o contrato é um instituto da teoria geral do direito, não sendo campo exclusivo da doutrina do direito privado. Todavia, os contratos assumem o perfil determinado pelos respectivos regimes jurídicos”.¹¹¹

Há quem questione se a relação contratual não é incompatível com a indisponibilidade do interesse público, se a Administração poderia se vincular ao cumprimento de obrigações em favor de particulares.

Em resposta a esse questionamento, Marcello Caetano diz que o contrato não é incompatível com a idéia de supremacia do Estado e com o Direito Público. O Estado pode vincular-se contratualmente aos particulares, submetendo-se às normas de direito aplicáveis,

¹⁰⁹ A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 46, p.103-113, 2004, p. 108.

¹¹⁰ Lembra Egon Bockmann Moreira que é a boa-fé objetiva que possui relevância, não importando “a crença subjetiva dos contraentes” ou a “concepção íntima que os indivíduos possam ter sobre a correção do seu comportamento ou a aspectos da formação psicológica da vontade dos contraentes”, mas, sim, o comportamento objetivo dos agentes públicos para a concretização do interesse público primário posto à sua guarda. “Logo, a boa-fé objetiva diz respeito aos padrões comportamentais objetivos, referentes à interação escoreita entre indivíduos cuja dignidade se reputa igual numa mesma sociedade” (op. cit., p. 109-110).

¹¹¹ Conceito de contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 41, p.116-122, 2003, p. 116-117.

como o faz também por meio de atos unilaterais de autoridade pública a que a lei atribua este efeito, como ocorre com os atos constitutivos ampliativos.¹¹²

Além disso, discute-se muito na doutrina se os contratos administrativos teriam realmente natureza contratual.

Há quem negue a existência de relação contratual nos contratos administrativos, pois

considera os princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, bem como a idéia de equilíbrio entre as partes) inteiramente incompatíveis com a posição de supremacia que se outorga à Administração em razão do interesse público. Em especial, no que concerne às cláusulas regulamentares ou de serviço, determinadas e alteradas unilateralmente pela Administração. Contrato limitar-se-ia às cláusulas econômico-financeiras do contrato e seria regido, por conseguinte, pelo regime jurídico de direito privado.¹¹³

O principal representante dessa corrente na doutrina brasileira é Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem inexistente contrato administrativo ou de Direito Público, tendo em vista que, apesar de haver acordo de vontades na formação da relação jurídica, seu conteúdo é “disposto unilateralmente, por textos legais e atos concretos complementares da Administração Pública, não se pode admiti-la como de caráter contratual”. Trata-se, na verdade, de ato jurídico bilateral, chamado pela doutrina alemã de ato-união. “Poderá haver contrato tão-somente quanto à equação econômico-financeira da concessão, como ato jurídico complementar e adjeto ao ato unilateral ou união de concessão”.¹¹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que o rótulo “contrato administrativo” tem sido utilizado para designar realidades muito distintas, contratos em que as disposições legais conferem poderes ao Poder Público e contratos cujos poderes de instabilização do vínculo existem em razão de seu objeto, independentemente de previsão contratual ou legal, como no caso de concessão de serviço público ou uso de bem público. No segundo caso, a única parte contratual do “contrato administrativo” seriam as cláusulas financeiras. Os poderes da Administração decorrem da competência administrativa sobre tais objetos e não do

¹¹² *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 516-517.

¹¹³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo, p. 118.

¹¹⁴ *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 684-685.

“contrato”, referem-se à prática de atos unilaterais, insuscetíveis de transação ou de derrogação pelas partes.¹¹⁵

Entendemos que, mesmo que o particular não tenha liberdade de estabelecer as cláusulas contratuais, ou só tenha essa liberdade em relação às cláusulas financeiras, ou mesmo que as prerrogativas da Administração não advenham do contrato, mas da competência administrativa legalmente estabelecida, o que excluiria grande parte da autonomia da vontade de ambos, o contrato administrativo possui natureza contratual.

Ocorre que “a vontade do particular é livre ao contratar com a Administração, é livre para formar o vínculo. Todavia, não é no referente às cláusulas a aderir por força do edital, da proposta etc.”¹¹⁶

Na verdade, a autonomia da vontade, na visão da doutrina, inclina-se “para a liberdade de constituir ou não o vínculo”, conforme sustenta Edmir Netto de Araújo. O contrato deve ser visto como um todo, incluindo suas cláusulas, que foi aceito ou não pelos contratantes, “pouco importando se essas cláusulas tenham sido elaboradas em consenso pelas partes, após sua livre discussão, ou que tenham sido propostas por uma [...] e aceitas pela outra. Ninguém, em princípio, é obrigado a contratar se não aceita as condições propostas”.¹¹⁷

Marcello Caetano explica que a força vinculatória do contrato decorre da liberdade de contratar, “aquilo que livremente se quis deve ser cumprido com exatidão”; o que é essencial ao conceito de contrato é a “liberdade jurídica de entrar em relação”, pouco importando se as pessoas podem “determinar livremente, na totalidade ou em parte, o objeto

¹¹⁵ Nas palavras do autor: “o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele. Daí que poderes reconhecidos à Administração nestes ‘contratos administrativos’ parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de ‘contratos’”. (*Curso de direito administrativo*, p. 608-610).

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 525.

¹¹⁷ *Contrato administrativo*, p. 17.

da relação”. Tal como ocorre em outros contratos de adesão, haverá contrato quando a parte possuir a liberdade de “pegar ou largar o bloco de condições oferecido”.¹¹⁸

Questiona-se, ainda, se existem de fato contratos regidos pelo Direito Privado firmados pela Administração.

Há quem classifique todos os contratos celebrados pela Administração como contratos administrativos, pois todos se subordinam *ao regime jurídico administrativo*. Esse é o caso de Toshio Mukai, que acredita que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos públicos, uma vez que o fim deles é atender a um fim público, o que implica a incidência de normas e princípios de Direito Público. Mesmo aqueles denominados “contratos de Direito Privado” são considerados públicos, pois apenas adotam as formas do Direito Privado. Portanto, o mais correto seria utilizar a expressão “contratos públicos” para abarcar todas as espécies de contratos celebrados pela Administração.¹¹⁹

Em que pese a respeitabilidade de tal entendimento, nos filiamos à corrente que defende a coexistência de contratos administrativos e contratos privados da Administração.

Defensor dessa posição, Vladimir da Rocha França menciona que,

nos contratos administrativos, há a presença obrigatória das cláusulas exorbitantes, que asseguram à Administração uma posição de supremacia para a melhor tutela do interesse público. São prerrogativas decorrentes do princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, e que são indisponíveis para a Administração, não podendo ser afastadas por qualquer acordo de vontades. [...] Não se deve esquecer que nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes prescindem de previsão contratual.¹²⁰

Esclarece que nada impede que a Administração se utilize de preceitos de Direito Privado para a satisfação do interesse público, desde que sejam compatíveis com os princípios do regime jurídico de Direito Público. Mesmo nesse caso, a Administração não deixa de se submeter a limitações a que não se submetem os particulares, na aplicação do Direito Privado, como, por exemplo, a exigência de processo administrativo para a contratação¹²¹.

¹¹⁸ *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 513.

¹¹⁹ *Licitações e contratos públicos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

¹²⁰ Conceito de contrato administrativo, p. 121-122.

¹²¹ *Ibidem*, p. 121.

Lúcia Valle Figueiredo defende a tese de que não existem contratos privados da Administração Pública, mas, sim, “contratos da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora de Direito Privado”. Para ela, não faz sentido distinguir entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois, no Brasil, a jurisdição é única; o Poder Judiciário é competente para solucionar conflitos decorrentes de qualquer contrato celebrado pela Administração.¹²²

Existem, então, contratos firmados pela Administração Pública regidos em maior ou menor grau pelo Direito Privado e pelo Direito Público, em sua forma e conteúdo. Com efeito, a satisfação do interesse público não está adstrita ao regime de Direito Público, pode ser alcançada por meio de contratos de Direito Privado.¹²³ Os chamados contratos privados da Administração são aqueles regidos predominantemente pelo Direito Privado, mas em que ainda se aplica Direito Público, ao menos quanto à autorização para contratar e à necessária antecedência de licitação para tanto.

Odete Medauar chama ditos contratos de “contrato parcialmente regidos pelo Direito Privado”, pois a “presença da Administração na relação contratual torna difícil a aplicação plena do direito privado”. Além disso, possui razão ao dizer que o artigo 62 da Lei n. 8.666/1993, de certa forma, publicizou tais contratos ao determinar que a eles se aplicam as cláusulas necessárias, as prerrogativas da Administração (cláusulas exorbitantes) e as regras relativas à formalização.¹²⁴

Em face de todas as discussões doutrinárias a respeito do tema “contrato administrativo”, aceitamos como corretas as conclusões de Hely Lopes Meirelles, assim sintetizadas:

o fato de a Administração participar da relação negocial com prerrogativa de Poder Público não desnatura o contrato, nem lhe retira a natureza consensual; apenas qualifica o ajuste como contrato público regido por normas próprias de Direito Público, exatamente para atender ao interesse público na convenção que se estabelece entre as partes. Não nos parece necessário pedir-se outros elementos distintivos do contrato administrativo, pois só a presença da Administração, com supremacia estatal, infunde natureza pública ao ajuste. Daí por que disse Jêze que há contrato administrativo propriamente dito quando as partes, por uma razão expressa,

¹²² *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524.

¹²³ JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, v. III, p. 324.

¹²⁴ *Direito administrativo moderno*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 232-233.

pela forma dada ao ajuste, pela modalidade da prestação pedida ao contratante, ou por qualquer outra manifestação da vontade da Administração, ficam submetidas ao regime especial do Direito Público.

Não é o objeto, nem a finalidade ou o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. Com efeito, não se pode admitir que a Administração realiza contratos sem finalidade pública, ou contra o interesse público. Se isto ocorrer o ajuste será nulo, por desvio de finalidade.¹²⁵

Com base nas idéias acima trazidas, podemos concluir que a Administração Pública firma negócios jurídicos com particulares, de natureza contratual, regidos pelo Direito Público ou pelo Direito Privado, sem que a aplicação de um regime jurídico implique a exclusão absoluta do outro. No entanto, sempre que a Administração se colocar em situação de supremacia, em razão das cláusulas contratuais, das previsões legais, ou do objeto do contrato, tratar-se-á de um contrato administrativo, em razão do regime jurídico de Direito Público a ele imposto.

2 Características dos contratos administrativos

Uma vez estabelecido que a característica essencial do contrato administrativo é a “participação da Administração com supremacia de poder”,¹²⁶ o que determina o regime de Direito Público, cumpre-nos analisar as peculiaridades deste regime.

Edmir Netto de Araújo menciona que o regime de Direito Público é especial em virtude dos interesses envolvidos: “de um lado o interesse do particular em prestar o serviço ou desempenhar a atividade, auferindo rendimento por isso; de outro, o interesse do Estado no cumprimento de uma finalidade pública, que se sobreleva ao interesse privado, gerando uma posição de supremacia estatal”.¹²⁷

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14 ed. Atualizadores Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 196-197.

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*, p. 202.

¹²⁷ *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 35.

O regime jurídico de Direito Público confere aos contratos administrativos as seguintes características especiais: 1º) as prerrogativas da Administração para instabilizar o vínculo, “alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante” ou “extinguindo unilateralmente o vínculo”;¹²⁸ e 2º) a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para o particular contratante.

As prerrogativas da Administração são chamadas tradicionalmente pela doutrina de “cláusulas exorbitantes”, uma vez que

excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado porque desigualariam as partes na execução do avençado, mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, já que visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.¹²⁹

Cláusulas exorbitantes¹³⁰ são as estipulações “tendo por objeto conferir às partes seus direitos ou colocar a cargo delas obrigações estranhas pela sua natureza àquelas que são suscetíveis de ser livremente consentidas por qualquer um na situação das leis civis ou comerciais”, ou, ainda, “as cláusulas diferem por sua natureza daquelas que podem ser inscritas num contrato análogo de direito civil”. A cláusula exorbitante revela que as partes são colocadas sob um regime de “puissance publique”. Uma só cláusula exorbitante já imprime ao contrato o caráter administrativo.^{131 132}

A partir de tais cláusulas, a Administração fica autorizada

¹²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 605.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 203.

¹³⁰ Georges Vedel questiona se as cláusulas exorbitantes são estipulações que não se encontram nos contratos de direito privado, porque neles elas seriam ilícitas, ou, simplesmente, porque os contratantes não têm o hábito de recorrer a elas. Para ele, a maior parte das cláusulas que a jurisprudência reconhece como exorbitantes do direito comum não seriam ilícitas num contrato de direito privado, mas não são de fato usuais neles (*Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, t. I, 1990, p. 389.). Celso Antônio Bandeira de Mello possui o entendimento de que a exorbitância de ditas cláusulas é considerada “em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns” (*Curso de direito administrativo*, p. 606).

¹³¹ VEDEL, Georges, op. cit., p. 388-389.

¹³² Esclarece Vladimir da Rocha França que as cláusulas exorbitantes “são prerrogativas instrumentais – deveres-poderes – que o ordenamento jurídico atribui à Administração nesses ajustes em razão do princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, e que jamais seriam aceitas em contratos privados. Elas asseguram a posição de supremacia para a Administração em relação ao contratado, sendo o seu exercício condicionado ao que for adequado, necessário e razoável para a concretização do interesse público” (Conceito de contrato administrativo, p.116-122, 2003, p. 118).

– respeitado o objeto do contrato – a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato *sponte propria* se o interesse público o demandar.¹³³

As prerrogativas exorbitantes atribuídas à Administração podem decorrer ou do ordenamento jurídico, o qual por vezes protege de maneira especial uma matéria, ou das cláusulas contratuais. Em outras palavras, “ou se reputam implícitas, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente explícitas na lei ou em cláusula expressa do contrato”.¹³⁴ Assinala Celso Antônio Bandeira de Mello que

tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, [...]. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público.¹³⁵

Nesse contexto, as prerrogativas da Administração nos contratos administrativos decorrem de dois princípios fundamentais do Direito Público: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da continuidade do serviço público. Edmir Netto de Araújo esclarece bem a questão ao dizer que

o objeto do contrato de direito público não envolve apenas a reciprocidade sinalagmática das obrigações e a equivalência comutativa das prestações, mas também, e principalmente, finalidade de interesse público. Ora, como o interesse público prevalece sobre o individual e o serviço público deve ser, por princípio, contínuo, ininterrupto, configura-se, no respeito a esses princípios, que não vigora a igualdade contratual no contrato público, colocando-se o Estado em posição de supremacia sobre o contratante privado, e decorrendo daí que, sob a égide do interesse público predominante, é possível, para o Poder Público, a mutabilidade unilateral das estipulações, e até mesmo outras medidas mais gravosas para o particular, como impor penalidades, rescindir unilateralmente, encampar serviços, expropriar.¹³⁶

Dinorá Adelaide Musetti Grotti anota a respeito do princípio da continuidade do serviço público que, em razão “de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 612.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 606.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 611.

¹³⁶ *Contrato administrativo*, p. 30-31.

interesse geral que o serviço satisfaz”, “seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções”.¹³⁷

O controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração, implícito em toda contratação pública, mesmo quando as partes silenciam a respeito na redação de suas cláusulas. Nele “se compreende a faculdade de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato, para assegurar a fiel observância de suas cláusulas e a perfeita realização de seu objeto”.¹³⁸

Dentre as cláusulas exorbitantes, Hely Lopes Meirelles destaca a possibilidade de aplicação de penalidades:

enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual, se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de auto-executoriedade dos atos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base nesse princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo nas cobranças resistidas pelo particular contratado.¹³⁹

Dessa forma, são consideradas cláusulas exorbitantes do contrato administrativo: a possibilidade de alteração unilateral do contrato, de regulamentação, controle e fiscalização da execução do contrato, de imposição de penalidades e de rescisão unilateral da avença.¹⁴⁰

Ditas prerrogativas são elencadas expressamente pela Lei n. 8.666/1993:

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

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

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

¹³⁷ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 214.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 168.

¹⁴⁰ Neste trabalho, daremos ênfase especial ao estudo da competência sancionatória da Administração nos contratos administrativos.

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

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

Finalmente, devemos deixar registrada a posição de Maria João Estorninho quanto à inexistência de natureza exorbitante nos contratos administrativos, da qual, apesar de sua respeitabilidade, discordamos. Sustenta que as supostas peculiaridades do contrato administrativo em relação aos contratos privados foram definidas pela doutrina para justificar a competência conferida por lei aos Tribunais Administrativos para julgá-los; em suas palavras, a “autonomização processual” levou à “autonomização substantiva” dos contratos administrativos.

Para ela, a crescente intervenção do Estado na atividade contratual particular, o corrente uso de contratos de adesão e as legislações que possibilitam a rescisão ou alteração unilaterais praticamente acabaram com eventuais diferenças existentes nos regimes jurídicos contratuais. Acentua que a única especificidade dos contratos administrativos é a possibilidade de a Administração, independentemente de previsão legal, exercer as prerrogativas exorbitantes unilateralmente e de forma executória, impondo sua vontade a seu parceiro contratual.¹⁴¹

Na nossa opinião, negar a existência de um regime jurídico contratual típico de Direito Público e exorbitante em relação ao Direito Privado, significa, em última análise, negar a existência do próprio regime jurídico de Direito Público, o qual pressupõe que o Estado, enquanto titular e defensor do interesse público primário, goza de uma posição de supremacia em todas as relações que trava com os particulares, inclusive nas relações contratuais, posição que é marcada pelo uso de deveres-poderes irrenunciáveis, em razão da indisponibilidade do interesse público (sistema de prerrogativas e sujeições).

Por fim, importante salientar que, apesar do particular contratado se inserir num regime jurídico próprio, definido pela lei e pela Administração, submetendo-se às prerrogativas administrativas voluntariamente, em contrapartida recebe “integral proteção

¹⁴¹ *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 143-147.

quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados”.¹⁴²

Tal garantia, irrenunciável e intangível, conhecida pela expressão “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, significa que a equação econômico-financeira estabelecida no momento em que o particular elaborou sua proposta deve ser mantida até o término da execução do contrato.

Mesmo que ocorram modificações nos custos inicialmente previstos, decorrentes de alterações unilaterais da avença realizadas pela Administração, impondo ao particular novas obrigações, ou de elevação dos preços dos insumos, da desvalorização da moeda, entre outras hipóteses, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser restabelecido. Nas palavras de Marcello Caetano,

não se garante ao particular um lucro, nem sequer que não perca; mas estipulam-se os meios que, no consenso de ambas as partes, poderão permitir, *rebus sic stantibus* ou dadas as variações comuns previsíveis do mercado, um resultado financeiro normal no negócio bem conduzido. Desde, porém, que por exclusiva imposição do interesse público a execução do contrato se torna mais onerosa, destruindo o equilíbrio previsto, a cláusula de remuneração tem de ser revista ou há-de permitir-se ao particular a rescisão. Nem seria justo ou de acordo com o princípio geral da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos que o peso de um benefício para todos fosse suportado por uma só pessoa.¹⁴³

O artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n. 8.666/93 determina que os contratos administrativos sejam alterados, por acordo das partes,

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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

Ou, ainda, “havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”, nos termos do §6º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 613.

¹⁴³ *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 530.

A garantia ao equilíbrio econômico-financeiro também está estabelecida nos §§1º (“as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”) e 2º (“na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”) do artigo 58 da Lei n. 8.666/1993.

3 A relação de sujeição especial entre contratado e Administração Pública

Os contratos administrativos são celebrados com a finalidade de satisfazer o interesse público. Por meio deles, o particular colabora com a Administração Pública para o alcance desse objetivo, assumindo a própria prestação de serviço público, fornecendo bens e serviços ou realizando obras. Em tal avença, a Administração goza de prerrogativas decorrentes do regime de Direito Público aplicável, garantidoras da supremacia do interesse público, por vezes cambiável, e da continuidade do serviço público. Por sua vez, ao particular fica resguardado o direito de manutenção da equação econômico-financeira estabelecida no momento da elaboração de sua proposta, mesmo que as demais condições inicialmente estabelecidas sejam alteradas em razão da alteração do próprio interesse público subjacente ao contrato.

Podemos notar, então, que, entre a Administração e o particular contratado, forma-se um vínculo, uma relação jurídica, cuja finalidade é a satisfação do interesse público. Esse vínculo conduz o contratado a uma situação de dependência em relação à Administração Pública, pois esta goza de prerrogativas manejáveis de acordo com as necessidades apresentadas pelo interesse público que justificou a formação do vínculo. Tais necessidades podem variar ao longo da execução contratual, por razões econômicas, materiais, sociais ou técnicas, exigindo a alteração das cláusulas do ajuste.

Para atingir o objetivo colimado na contratação, a Administração possui competência para ditar as regras de sua execução, fiscalizar o cumprimento dessas regras, sancionar o descumprimento, alterá-las, ou seja, possui competência para fazer tudo aquilo que é necessário para que o interesse público seja alcançado adequadamente.

O particular, por sua vez, sabendo de antemão que se submeteria a esse regime específico criado pela Administração, no interior da própria relação contratual, aceita voluntariamente essas condições e, em contrapartida, recebe a garantia de que lhe será paga exatamente a vantagem pecuniária pretendida inicialmente.

As características apontadas demonstram que estamos diante de uma típica relação de sujeição especial, descrita no Capítulo I.

Tal entendimento é compartilhado por Heraldo Garcia Vitta, que enumera os seguintes casos de relação de sujeição especial: 1) os utentes de serviços públicos, como por exemplo, os usuários de uma biblioteca pública, pessoas internadas em um hospital público (contra a sua vontade, ou não); 2) presos e entidades corporativas; 3) militares; 4) servidores públicos civis em geral; e 5) contratos administrativos.¹⁴⁴

Daniel Ferreira também inclui os contratos administrativos como hipótese de relação de sujeição especial, além de outras já mencionadas. Seria um caso de submissão voluntária do particular que, “após firmar o respectivo ajuste, assume como seus vários encargos decorrentes do próprio objeto contratual e até então não assim previstos em lei”.¹⁴⁵
146

No mesmo sentido, Eduardo Rocha Dias sustenta que existe relação de sujeição especial no caso de licitantes e contratados pela Administração Pública, cuja adesão é voluntária pelos particulares. Salienta que os contratos administrativos e os procedimentos licitatórios que os precedem são regidos primordialmente pelo Direito Público, o qual se caracteriza pela supremacia do interesse público sobre o particular, o que fornece à Administração uma série de prerrogativas, geralmente chamadas cláusulas exorbitantes, incluindo a competência sancionatória.¹⁴⁷ Nas exatas palavras do autor,

a aplicação de sanções administrativas a licitantes e contratados se situa no quadro de relações especiais de sujeição, mantidas pelo Estado com particulares. No tocante especificamente a estes últimos, a aplicação de sanções é vista como uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos,

¹⁴⁴ *A sanção no direito administrativo*, p. 79-80.

¹⁴⁵ *Sanções administrativas*, p. 100.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, posiciona-se Carlos Ari Sundfeld (*Direito administrativo ordenador*, p. 24).

¹⁴⁷ *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 24-25.

ligada à faculdade de fiscalização detida pelo Poder Público frente ao particular contratado.¹⁴⁸

Em relação à situação dos licitantes, explica que, num primeiro momento, pode-se entender que, se as relações de sujeição especial são definidas como aquelas em que há um específico vínculo jurídico entre a Administração e um particular, eles não se encontram inseridos neste tipo de relação e, por isso, não poderiam ser apenados com sanções administrativas. Contudo, “ao manifestar sua vontade de participar no certame, aceitando os termos do edital, vincula-se o particular à Administração como auxiliar potencial de suas atividades”, daí porque sua relação com a Administração deve ser considerada de sujeição especial e porque a Lei nº 8.666/93 prevê sanções ao descumprimento de seus deveres.¹⁴⁹

Marcello Caetano menciona que a associação entre o particular contratado à pessoa de Direito Público, para desempenho de atribuições desta, faz com que o contratado fique “submetido na execução das prestações contratuais à disciplina do interesse público. A realização do interesse público fica dependente da regularidade das prestações do contraente particular [...] nisso consiste a submissão do contraente particular à disciplina desse interesse”.¹⁵⁰

Admite expressamente a existência de relação de sujeição especial nos contratos administrativos no trecho a seguir transcrito:

Se a Administração, mesmo ao contratar, continua sujeita ao império do interesse público servido e este não é imodificável, como não há-de o seu colaborador particular ficar também sob o mesmo domínio? Daí uma especial cláusula de sujeição do contraente particular ao interesse público, implícita na definição do contrato administrativo e que em geral aparece estipulada em cada caso, ou inserta nas condições gerais imperativas de cada categoria. [...] A sujeição ao interesse público traduz-se assim, na prática, em o contraente particular se comprometer a acatar, como se fora a própria Administração, as leis, regulamentos e atos administrativos que durante a execução do contrato exprimam as exigências do interesse público servido, quanto ao objeto nele estipulado. Sujeição especial, portanto, pois resulta de um vínculo que não existe para a generalidade dos cidadãos por ser consequência de um laço contratual e respeitar apenas ao objeto do contrato. [...] A sujeição ao interesse público por via contratual é resolvida pelo particular livremente, por tempo determinado, restrita às matérias estipuladas como objeto de colaboração, mas mediante a remuneração de quanto fizer, na base estipulada ou oferecida. O que há de característico no contrato

¹⁴⁸ *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 62.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 64.

¹⁵⁰ *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 527.

administrativo é a sujeição especial do particular ao interesse público traduzida no dever de acatamento às leis, regulamentos e atos administrativos que se refiram às condições jurídicas e técnicas de caráter circunstancial (não essencial) estipuladas quanto à execução das obrigações contraídas desde que seja mantido o princípio da colaboração livre e remunerada.¹⁵¹

O contrato administrativo possui todas as feições de uma relação jurídica que contém uma relação de sujeição especial mencionadas no Capítulo I, quais sejam:

a) O vínculo criado entre a Administração e o particular contratado é previsto na Constituição Federal e busca a satisfação de determinado interesse público.

A possibilidade de celebração de contratos administrativos está expressamente prevista na Constituição Federal no artigo 37, inciso XXI, e artigo 175, *caput*.

b) O vínculo criado entre Administração e o particular no contrato administrativo gera uma situação jurídica específica, diversa daquela das pessoas em geral.

A situação jurídica específica decorre das obrigações que o particular assume ao celebrar o contrato administrativo e da sua submissão a um regime jurídico específico não direcionado a todos os particulares em geral. Ou seja, o contratado assume a obrigação de cumprir o objeto do contrato, as regras estabelecidas neste e as alterações porventura realizadas no ajuste. São obrigações que não são impostas pela Administração com base no Poder de Polícia ou no exercício da supremacia geral, mas, sim, impostas com fundamento na própria relação jurídica contratual, com efeitos *inter partes*.

c) Vínculo decorrente da delegação de atividade estatal ou celebração de um contrato.

O contato do administrado com a Administração, nos contratos administrativos, pode ser jurídico e material, quando o particular, além de estabelecer uma relação jurídica contratual com a Administração, também ingressar no interior de seu aparato, com o uso de bens públicos ou servidores públicos (concessão de rodovia ou ferrovia, concessão de uso de bem público, realização de obra pública, contrato de gestão para prestação de serviço público de saúde em hospital público, v. g.); ou apenas jurídico, quando o contato não envolver uso de

¹⁵¹ *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 528-530.

bens e servidores públicos (fornecimento de produtos e serviços ou prestação de serviços públicos sem a utilização de bens e servidores públicos, como o transporte público de passageiros com o uso de frota particular, v.g.);

d) Insuficiência das normas editadas com base no Poder de Polícia para disciplinar a conduta dos particulares inseridos no vínculo, isto é, exigência de uma disciplina interna para melhorar o exercício do vínculo.

As normas gerais editadas no exercício do Poder de Polícia não são suficientes para disciplinar a execução de um contrato administrativo, que exige regras não somente negativas, de conservação e proteção do vínculo, mas, também, de regras positivas que estabeleçam metas, objetivos a serem cumpridos pelo contratado para garantir e melhorar a execução do contrato. Ademais, as normas provenientes do Poder de Polícia possuem alcance geral, não se dirigem a casos e pessoas determinadas, com necessidades e detalhes específicos, o que dificulta a imposição de obrigações, deveres e restrições específicas a destinatários determinados. São insuficientes, por exemplo, as restrições gerais ao uso e ocupação do solo urbano para regular o uso de um terreno público concedido a um particular para a realização de um evento.

e) Disciplina interna que é deixada a cargo da Administração por impossibilidade ou inconveniência de sua fixação por lei.

Com efeito, as regras de execução de um contrato administrativo, tais como deveres do contratado, prazos, forma de pagamento, índices de reajuste, infrações contratuais, entre outras, são excessivamente minuciosas e variáveis, conforme o objeto do contrato e a espécie de prestação avençada. Além de ser impossível para o legislador prever todas as exigências para a boa execução de todos os contratos administrativos, uma previsão geral dessa espécie tolheria por completo a liberdade da Administração de alteração das cláusulas contratuais caso fosse alterado o interesse público subjacente. Assim, não há como o legislador prever regras gerais e minuciosas para serem aplicadas a todas as espécies de contratos, pois, v. g., o fornecimento de produtos perecíveis é muito diferente do fornecimento de equipamentos de informática, a prestação do serviço de coleta de lixo é muito diferente da prestação do serviço de transporte público. Ou seja, é impossível para o legislador editar uma lei diferente para regular cada espécie de contrato administrativo com objetos tão diferentes. E

é inconveniente para o interesse público que uma lei regule totalmente, por exemplo, como será a prestação do serviço de coleta de lixo sob concessão num determinado Município, pois, se houver necessidade de alterar o horário da coleta, a frequência ou a área atendida, por imposição do interesse público, a Administração ficará na dependência da alteração da lei para isso.

Nesse contexto, o reconhecimento da existência de uma relação de sujeição especial no contrato administrativo justifica e fundamenta o plexo de prerrogativas colocadas à disposição da Administração para garantia da boa execução da avença, as chamadas cláusulas exorbitantes.

Tal como se dá nas demais hipóteses de relação de sujeição especial, o bom funcionamento do vínculo, neste caso o contrato administrativo, depende de uma sujeição especial do particular, que significa a flexibilização de princípios, como o da legalidade e o da tipicidade, com a ampliação das competências normativa, sancionatória e fiscalizatória, e da discricionariedade da Administração.

Assim, a Administração possui competência para criar o regimento interno da relação, por meio de regulamento, do edital da licitação ou do próprio contrato; impor deveres e obrigações aos particulares inseridos nela, fiscalizar o cumprimento dessa disciplina e punir os comportamentos prejudiciais à execução do contrato e, conseqüentemente, ao interesse público.

Em outras palavras, o contrato administrativo possui um regime jurídico próprio, interno, formado por regras prévia e unilateralmente estabelecidas pela Administração, às quais o particular adere voluntariamente. A Constituição e a lei prevêm em termos gerais qual será essa disciplina interna do contrato, mas cabe à Administração estabelecer as regras de uma maneira pormenorizada, pelos instrumentos mencionados.

O princípio da legalidade é, então, matizado, mitigado, pois uma previsão extremamente minuciosa das regras internas dos contratos administrativos pela lei, além de ser materialmente impossível para o legislador, poderia inviabilizar a satisfação do interesse público.

Por isso, a lei autoriza a edição de regulamentos ou faz uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais com maior frequência, com o fim de dar uma maior liberdade à Administração, que poderá editar atos normativos gerais ou praticar atos concretos diretamente com base na lei com maior campo de discricionariedade.

Ao adentrarmos no tema da competência sancionatória nos contratos administrativos, veremos que o princípio da tipicidade também sofre uma necessária flexibilização, pois as infrações são previstas com o uso de conceitos jurídicos indeterminados,¹⁵² por exemplo, “inexecução parcial” (art. 87, *caput*, Lei nº 8.666/1993, e art. 38, *caput*, Lei nº 8.987/1995), “praticar atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação” (art. 88, II, Lei nº 8.666/1993), “demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados” (art. 88, III, Lei nº 8.666/1993), entre outros.

Não há dúvida que, para evitar arbitrariedades, o ordenamento jurídico prevê formas de resguardar os direitos e garantias fundamentais dos contratados, pois, no Estado de Direito, nenhum poder é exercido sem limites. Contudo, os limites são mais ou menos intensos, de acordo com o interesse público protegido. Nas relações de sujeição especial, o excesso de limites à atividade administrativa pode colocar em risco o bom resultado da própria relação.

Claro que o vínculo formado entre a Administração e seu contratado possui intensidade diferente de acordo com o objeto e termos do ajuste. O vínculo entre o Poder Público e um concessionário de serviço público é muito mais forte do que aquele entre Administração e um fornecedor de bens cuja prestação se perfaz com uma única entrega. Quanto maior a intensidade do vínculo, maior será a necessidade de disponibilizar à Administração competências para garantir o bom desempenho da relação jurídica.

A flexibilização de direitos e garantias fundamentais dos particulares nos contratos administrativos, portanto, se dá em diferentes níveis, proporcionalmente à

¹⁵² Conceitos jurídicos indeterminados, na visão de José dos Santos Carvalho Filho, “são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma [...] aqueles cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 48).

intensidade do vínculo, sempre na exata medida necessária para alcançar o resultado pretendido, qual seja, a satisfação do interesse público.

CAPÍTULO III

REGIME JURÍDICO DAS SANÇÕES APLICÁVEIS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1 Regime jurídico

A realidade que pretendemos examinar neste trabalho monográfico são as sanções administrativas aplicáveis aos particulares que celebram um contrato administrativo.

Para tanto, devemos encontrar, dentro do universo dos institutos jurídicos, quais possuem certas semelhanças com o objeto de nosso estudo, incluindo-os numa mesma categoria. Em seguida, caso haja alguma diferença entre eles, devemos separá-los em subcategorias distintas. O critério utilizado para realizar tal classificação, para verificar as semelhanças e distinções entre os institutos jurídicos, será o do regime jurídico aplicável.¹⁵³

Dessa forma, no presente capítulo traçaremos qual o regime jurídico das sanções aplicáveis nos contratos administrativos, descrevendo suas características, para enquadrá-las na classificação dos demais institutos de Direito Administrativo.

1.1 Sanções administrativas e sanções penais

Questão extremamente controvertida na doutrina estrangeira e nacional é a da existência, ou não, de um único *ius puniendi* estatal, do qual as sanções penais e administrativas seriam espécies, ou seja, a existência de um regime jurídico único que abrangesse todas as formas punitivas colocadas à disposição do Estado pelo ordenamento jurídico. Tal discussão se torna importante especialmente quando se trata da aplicação ou não dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.

Toda sanção possui um efeito aflitivo, pois representa “um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de

¹⁵³ Vide: GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, p. I-18 – I-23.

liberdades, condicionamentos, ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”.¹⁵⁴

“Sanção é a conseqüência negativa atribuída pelo ordenamento jurídico à inobservância de um comportamento prescrito pela norma primária”. Em qualquer ramo do Direito, verifica-se que a “sanção é a conseqüência do ilícito”,¹⁵⁵ seja no Direito Administrativo, Civil ou Penal.

Além disso, todas as sanções jurídicas possuem como finalidade a proteção de certos valores sociais e o restabelecimento da ordem jurídica violada, prevenindo novas infrações, ou seja, são instrumentos para garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico.¹⁵⁶

Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello que a finalidade da sanção administrativa é, ao mesmo tempo, pedagógica e repressiva. Como explica,

a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constringer ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo.¹⁵⁷

Tais semelhanças entre as sanções e infrações penais e administrativas levaram muitos autores a sustentarem a identidade ontológica desses institutos.

No entanto, Alejandro Nieto sustenta que não se pode falar em semelhança ontológica entre ilícitos, pois estes só existem a partir da norma, eles não existem na realidade como seres, são fenômenos normativos e não reais, nada é antijurídico enquanto não exista uma norma que estabeleça uma proibição.

¹⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 96-97.

¹⁵⁵ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 150.

¹⁵⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 835-836.

Na verdade, na visão do autor, a norma é livre para regular os ilícitos, para dar um tratamento jurídico igual ou desigual a eles, não importando se são ou não ontologicamente idênticos. O legislador possui discricionariedade para qualificar um comportamento como ilícito penal ou administrativo, baseando-se em critérios não jurídicos, como a gravidade da lesão ou a importância do bem jurídico protegido.¹⁵⁸ Em suas palavras: “as qualificações não dependem do conteúdo material (nem de sua funções nem de seus fins) pois são meras etiquetas que o Legislador vai colocando livremente por razões de uma política punitiva global na que se utiliza as normas como simples instrumentos”.¹⁵⁹ Assim, para saber se dois ilícitos são ou não iguais devemos analisar se possuem ou não um mesmo regime jurídico.

Cumpre-nos mencionar a inovação trazida por Daniel Ferreira em sua tese de doutorado ao sustentar que o legislador não é totalmente livre para escolher qualificar uma conduta como ilícito penal, civil ou administrativo. Num Estado Constitucional Social e Democrático de Direito como o nosso, não é possível que haja total discricionariedade, isenta de controle de constitucionalidade, na atividade legislativa de criar abstratamente tipos infracionais, sem se submeter à exigência de razoabilidade e proporcionalidade.¹⁶⁰

Voltando ao critério de distinção, para distinguir entre ilícitos e sanções penais e administrativas o jurista não deve utilizar a finalidade da punição, o bem jurídico protegido, a gravidade da conduta, nem a severidade do sancionamento, pois nada impede que ilícitos com a mesma gravidade, por exemplo, recebam tratamentos jurídicos diferentes.

Conforme já tivemos oportunidade de manifestar, com base nas lições de Augustín Gordillo, para encontrar diferenças e semelhanças entre dois institutos jurídicos, independentemente da identidade ontológica, o jurista deve analisar o regime jurídico aplicável a cada um – trata-se de um critério exclusivamente formal. Resta indagar, portanto, se existe ou não identidade de regime jurídico quando se trata de sanções penais e administrativas.

Regis Fernandes de Oliveira conclui que não existe diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção. O critério para distingui-los utilizado

¹⁵⁸ *Derecho administrativo sancionador*, p. 152-153.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 158.

¹⁶⁰ *Teoria Geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. 2008. 420 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 198-199.

pelo jurista deve ser exclusivamente formal – o regime jurídico e, especialmente, a eficácia jurídica do ato produzido:

Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal.¹⁶¹

Marçal Justen Filho acredita que as penalidades administrativas sujeitam-se a regime similar, senão idêntico, às de natureza penal. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal devem ser aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com possibilidade de atenuações quando necessárias diante das peculiaridades do ilícito no domínio da atividade administrativa. Mas, ressalta o autor, “a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais”.¹⁶²

Márcia Pelegrini, em sua tese de doutoramento, adota a posição de que não há distinção ontológica entre as sanções penais e administrativas, pois a natureza do ilícito importa, exclusivamente, ao legislador, ao lhe atribuir um ou outro regime jurídico. A distinção entre tais penalidades é meramente formal, quanto ao regime jurídico: a sanção administrativa constitui exercício da função administrativa, enquanto que a sanção penal, da função jurisdicional.¹⁶³

Alejandro Nieto traça uma série de diferenças entre os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma dessas sanções:

a) Existem duas classes de normas diferentes: umas se autoqualificam de penais (Código Penal e leis penais especiais) e outras de administrativas;

¹⁶¹ *Infrações e sanções administrativas*, p. 52.

¹⁶² *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 616-615. Vide também a opinião do autor em sua obra: *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 455-456.

¹⁶³ *A competência sancionatória do Tribunal de Contas no exercício da função controladora – contornos constitucionais*. 2008. 331 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 64.

b) Nas primeiras se descrevem e castigam os ilícitos que se denominam delitos ou faltas e nas segundas se descrevem e castigam outros ilícitos que se denominam infrações administrativas. [...]

c) Em umas e outras normas se encomenda o castigo de cada um desses grupos de ilícitos a órgãos diferentes: os delitos e faltas aos Juízes e Tribunais penais; as infrações administrativas aos órgãos administrativos, cujas decisões são revisáveis por órgãos judiciais não penais (os Tribunais contencioso-administrativos). Excepcionalmente pode encomendar-se aos juízes o castigo de infrações administrativas, mas jamais aos órgãos administrativos o castigo de delitos.

d) A repressão tem que se ajustar, ademais, a procedimentos distintos, segundo se trate de delitos e faltas ou de infrações administrativas.

e) Esses órgãos – e de acordo com seu procedimento respectivo – impõem castigos também distintos. Formalmente os Juízes impõem penas e a Administração sanções. Materialmente, boa parte das penas e sanções coincidem (inabilitação, suspensão, multa), ainda que haja uma variante cuja imposição seja do monopólio absoluto dos Juízes: as penas privativas de liberdade.

f) Independentemente da diversidade de órgãos, de procedimentos e de castigos, as normas estabelecem um regime jurídico material distinto para cada grupo de ilícitos (reincidência, prescrição, dolo, etc.).

g) As normas penais são aceitavelmente concretas e se nucleiam em torno do Código Penal. As normas sancionadoras administrativas, pelo contrário, são no momento tão dispersas como incompletas.¹⁶⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a idéia de que não existe diferença substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais, o que as distingue “é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”. Conceitua a infração administrativa como “o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”. Assim, para ele, “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”.¹⁶⁵

Dessa forma, conceitua sanção administrativa como “a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração”. Ressalta que nem sempre a aplicação da sanção é feita pela

¹⁶⁴ *Derecho administrativo sancionador*, p. 160-161.

¹⁶⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 834.

própria Administração, tal como ocorre, por exemplo, com uma multa não paga voluntariamente, cuja efetivação dependerá do recurso à via judicial.^{166 167}

Para Fábio Medina Osório, o que determina o regime jurídico aplicável ao poder punitivo estatal, se de Direito Administrativo ou de Direito Penal ou ambos, é a vontade do legislador,¹⁶⁸ conforme a política pública repressiva. Sobre o assunto, muito bem explica Fábio Medina Osório, ao esclarecer que

trata-se de espaços discricionários legítimos do Poder Legislativo, desde que respeite os limites das normas constitucionais. O certo é que da discricionariedade legislativa, que pode criar ilícitos penais ou administrativos consoante critérios extremamente elásticos, resulta, inegavelmente, um regime jurídico distinto a essas duas projeções do poder punitivo estatal, de tal sorte que, como consequência dessa diversidade de tratamentos dogmáticos, parece incoerente e inclusive impossível falar-se em uma unidade de pretensão punitiva estatal em bases rígidas e intransponíveis, sem espaço às diversidades de conteúdos de normas que nominalmente se identificariam num plano abstrato.¹⁶⁹

No seu entendimento, o que caracteriza a sanção administrativa é a incidência do Direito Administrativo, tanto formal quanto material, de modo que ela possa tutelar diversos bens jurídicos, inclusive no plano judicial. Cabe, apenas ao legislador, discricionariamente,

¹⁶⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 835.

¹⁶⁷ Fábio Medina Osório sustenta a incorreção de distinguir as sanções penais e administrativas apenas pelo critério subjetivo, ante a possibilidade de as últimas serem aplicadas por juízes e tribunais. Nada impede que o Direito Administrativo tipifique e sancione comportamentos ilícitos, entregando ao Judiciário a tarefa de aplicação de tais leis repressoras, sem que sejam consideradas sanções penais. Essa possibilidade ocorre, por exemplo, na aplicação pelo Poder Judiciário das sanções por improbidade administrativa, previstas na Lei nº 8.429/92, cuja natureza é administrativa para o autor (*Direito Administrativo Sancionador*, p. 83-85). Nos dizeres do próprio autor, “trata-se, inegavelmente, de normas de Direito Administrativo, seja pela direta vinculação aos princípios que presidem a Administração Pública, seja pelo objeto (punição de atos atentatórios aos princípios administrativos), seja pelos sujeitos (agentes públicos), seja, finalmente, pelas finalidades presentes naquela legislação. Não se trata, evidentemente, de normas penais, porque não se autodefinem como tais, e porque, fundamentalmente, não apresentam características essencialmente penais, pelo menos não pretendem imposição de penas privativas de liberdade, cuja aplicação, sabe-se, aí sim, dependeria de normas penais” (*Direito Administrativo Sancionador*, p. 91-92). No entanto, sem aprofundar muito no tema da improbidade administrativa, entendemos que Medina Osório incorre em equívoco ao classificar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 como sanções administrativas, uma vez que se utiliza para tanto de critérios estritamente materiais, como bem jurídico protegido e finalidade da sanção, sem considerar o regime jurídico aplicado. O fato é que o ato que aplica tais sanções é um ato jurisdicional, exclusivamente, não é de competência da Administração em nenhuma hipótese, o que afasta irremediavelmente a natureza administrativa da sanção. Consideramos que a razão está com Maria Sylvia Zanella di Pietro ao considerar as sanções aplicáveis contra ato de improbidade administrativa de natureza civil (*Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.784-785).

¹⁶⁸ O autor salienta que em geral o legislador possui discricionariedade para tipificar infração e prever sanções no âmbito do direito penal ou administrativo, mas, em alguns casos, a própria Constituição determina que alguns comportamentos sejam sancionados sob a égide do direito penal, com as chamadas cláusulas constitucionais criminalizantes (OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 152).

¹⁶⁹ Op. cit., p. 148-149.

outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, prevendo ilícitos e sanções.¹⁷⁰

Rafael Munhoz de Mello, após concluir que “não há diferença qualitativa ou quantitativa entre ilícito administrativo e ilícito penal, cuja criação depende unicamente de um juízo político do legislador”, estabelece o critério formal para distinção dos ilícitos, qual seja, o regime jurídico. Aponta as seguintes diferenças: “a sanção administrativa é imposta por autoridade administrativa, no exercício de função administrativa e após o trâmite de processo administrativo; a sanção penal, por seu turno, é imposta por autoridade judiciária, no exercício de função jurisdicional, ao final de um processo judicial”.¹⁷¹

Ressalta que o traço mais marcante da sanção administrativa é que sua aplicação compete à Administração Pública, o que indica uma determinação legal para que tal atividade sancionadora seja praticada no exercício da função administrativa, como o regime jurídico próprio desta função.¹⁷²

Heraldo Garcia Vitta, no mesmo passo, adota apenas o critério subjetivo para distinguir sanções penais e administrativas, dizendo que, se a lei determinar que compete à autoridade administrativa aplicar a sanção, então, ela será sanção administrativa.¹⁷³

Dessa forma, concordamos com a opinião majoritária de que o critério correto para distinguir as sanções penais das sanções administrativas é o critério subjetivo, a autoridade competente para aplicar a sanção. Se o agente competente for uma autoridade administrativa, a sanção será administrativa e o regime jurídico será de Direito Administrativo. Isso porque as sanções penais são da competência exclusiva de autoridade judiciária, sua aplicação consiste em exercício da função jurisdicional, mediante processo penal.

Não ignoramos que as sanções administrativas podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, mas isso só ocorre no caso de controle de legalidade da

¹⁷⁰ *Direito administrativo sancionador*, p. 89.

¹⁷¹ *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, p. 60-62.

¹⁷² *Ibidem*, p. 65.

¹⁷³ *A sanção no direito administrativo*, p. 32-33.

atividade administrativa, isto é, quando o Judiciário corrija alguma invalidade praticada pela Administração, no caso, a omissão em seu dever de sancionar.

O que determina a natureza administrativa da sanção é o fato de que sua aplicação seja competência originária da Administração Pública e não o fato de que ela seja aplicada com exclusividade pelos agentes administrativos. Como veremos no presente capítulo, a aplicação da sanção é um dever para a Administração e, como tal, é passível de ser controlado pelo Poder Judiciário e suprido por este em caso de omissão.

Admitir que a sanção administrativa possui regime de Direito Administrativo significa aplicar-lhe todo o sistema de prerrogativas e sujeições próprios da função administrativa, com a aplicação de princípios como o da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade administrativa, da discricionariedade, da moralidade, da continuidade do serviço público, entre outros. Além disso, tratando-se de ato administrativo restritivo de direitos e liberdades, a aplicação da sanção deve ser feita mediante um processo administrativo e é passível de ser revista pelo Poder Judiciário.

Contudo, mesmo que se admita que sanções penais e administrativas possuem regimes jurídicos distintos, outra questão de difícil solução que se coloca é a aplicação de princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador. Em outras palavras: os princípios do Direito Penal se aplicam às sanções administrativas? Quais os princípios aplicáveis? Em que medida são aplicáveis?

Edilson Pereira Nobre Júnior é favorável à aplicação quando possível dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, devendo ser consideradas as peculiaridades deste, como decorrência do Estado Democrático de Direito, com suas garantias constitucionais inerentes.¹⁷⁴

Themístocles Brandão Cavalcanti diz expressamente que, “somente por analogia, e tendo-se sempre em vista a diferenciação das duas sanções (geral e disciplinar) quanto ao

¹⁷⁴ Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000, p.130.

seu conteúdo e quanto à sua finalidade, é lícito aplicar às infrações disciplinares os princípios do direito penal”.¹⁷⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acredita que o Direito Penal é aplicável às sanções administrativas, com certos matizes, *in verbis*:

O Direito Administrativo Sancionador, desse modo, ostenta uma dogmática autônoma, mais próxima ao Direito Penal, ou ao Direito Punitivo, repleto de garantias, aplicando-se-lhe os princípios de Direito Penal por simetria, no que couberem, respeitados certos matizes. O Direito Administrativo Sancionador é mais próximo do Direito Penal do que do Direito de Polícia.¹⁷⁶

Alejandro Nieto acredita na existência de um Direito Punitivo do Estado que se ramifica no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador. O conteúdo desse regime jurídico geral das sanções é estabelecido pela Constituição e pela legislação ordinária. Certos princípios não pertencem exclusivamente ao Direito Penal, mas, sim, ao Direito Punitivo do Estado, e por isso se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador, com matizes ou não. Outros princípios, exclusivos do Direito Penal, não se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador. Na sua versão, a falta da construção de uma Teoria Geral de Direito Punitivo gera a falsa impressão de uma transposição direta de certos princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.¹⁷⁷ Conclui que

1.^a o regime jurídico das infrações administrativas é em parte comum aos delitos e em parte próprio delas mesmas.

2.^a Há uma zona comum estabelecida pela Constituição [...] e pela legislação ordinária [...].

3.^a Esse bloco jurídico comum não é pura e simplesmente o Direito Penal [...], senão o próprio ordenamento punitivo do Estado, que se diversifica em suas manifestações penal e administrativa sancionadora.

4.^a Ao não se tratar da aplicação direta do Código Penal ao âmbito administrativo, nada haverá exatamente igual no Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal. O comum se encontra em um nível superior que, ao descender ao Direito Penal e ao Administrativo Sancionador, experimenta matizes que sempre há que se ter em conta. E cabalmente a

¹⁷⁵ *Direito e processo disciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 102.

¹⁷⁶ Parecer elaborado na Contribuição nº 1 da Consulta Pública nº 847 da ANATEL - Proposta de *alteração no regulamento de aplicação de sanções administrativas* – Brasília, 2008, p. 22 da versão eletrônica. Disponível em: <www.anatel.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

¹⁷⁷ *Derecho administrativo sancionador*, p. 166.

determinação desses matizes é a tarefa mais difícil. Quando na Jurisprudência e na doutrina se fala na aplicação do Direito Penal, se está procedendo a uma simplificação metodológica, se está buscando uma solução pelo caminho mais fácil: se acode ao Direito Penal porque este nos é já conhecido e porque está muito mais elaborado que o Direito Administrativo Sancionador.¹⁷⁸

Por fim, acrescenta o autor que são fontes do Direito Administrativo Sancionador:

1.º Os princípios punitivos constitucionalizados aplicados nos termos precisados pela jurisprudência [...] e que não tem que coincidir necessariamente com o conteúdo próprio do Direito Penal, posto que devem ser matizados e adaptados às peculiaridades de cada ilícito administrativo concreto. Esses princípios constituem um núcleo mínimo e imprescindível do Direito Administrativo Sancionador, diga o que disser a legislação ordinária que, em caso de contradição, deve ceder ante eles.

2.º As disposições expressas de Direito Administrativo Sancionador, sejam de caráter geral [...] ou setorial [...] ou concreto [...].

3.º Nas lacunas e silêncios das disposições do segundo número, que não estejam cobertos pelos princípios – e critérios – do número 1 se aplicam as regras de Direito Administrativo e, em último lugar, os princípios do Direito Penal, prévia e devidamente adaptados às circunstâncias do ilícito concreto de que se trate. [...]¹⁷⁹

De qualquer forma, é importante salientar que Alejandro Nieto afirma que “em todo caso está fora de dúvida que os princípios do Direito Penal aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador não vêm a sê-lo de forma mecânica, senão ‘com matizes’, quer dizer, devidamente adaptados ao campo que os importa”.¹⁸⁰

Entendemos que as sanções administrativas e as sanções penais são institutos jurídicos distintos, com regimes jurídicos diversos, tendo em comum, apenas, a sujeição a certos princípios constitucionais de proteção aos indivíduos sancionados em geral. As sanções administrativas são regidas pelo Direito Administrativo, ao passo que as sanções penais são regidas pelo Direito Penal.

Diante disso, aceitamos a tese que de não existe um *ius puniendi* estatal unitário, defendida por Fábio Medina Osório. O que existe é um conjunto de limitações constitucionais a toda e qualquer pretensão punitiva, incluindo aquela exercida pelos particulares, com a

¹⁷⁸ *Derecho administrativo sancionador*, p. 164.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 173.

ressalva de que essas limitações possuem incidência variável de acordo com a natureza da sanção.

Assim, os princípios constitucionais revelam-se distintos, ainda que nominalmente iguais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo. Tais princípios, “quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição”.¹⁸¹ A principal razão para a inexistência de unidade do *ius puniendi* “reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado”.¹⁸²

Portanto, mesmo que exista uma diversidade de regime jurídico, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador se submetem aos direitos fundamentais dos acusados, decorrentes do Estado Democrático de Direito. Somente neste aspecto existe alguma unidade no direito punitivo ou sancionador, nos limites traçados na própria Constituição Federal, a serem respeitados na aplicação de qualquer sanção jurídica.

Portanto, não é correto falar em aplicação de princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, devemos, sim, falar em respeito a direitos e garantias constitucionais por ambos.

Além disso, como acertadamente explica Fábio Medina Osório, o Direito Penal é muito mais protetor das garantias individuais, pois suas sanções podem culminar na privação da liberdade do indivíduo.¹⁸³

1.2 A natureza disciplinar das sanções aplicáveis nos contratos administrativos

A competência sancionatória da Administração Pública, conforme foi visto acima, possui um regime jurídico próprio, de Direito Administrativo, e se submete às limitações constitucionais referentes aos direitos e garantias individuais de todos os acusados em geral.

¹⁸¹ *Derecho administrativo sancionador*, p. 140.

¹⁸² *Ibidem*, p. 140.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 150.

Formula Regis Fernandes de Oliveira interessante classificação das sanções, que entende ser apenas didática, de acordo com os distintos vínculos: a) poder de polícia – “fruto da supremacia geral do Estado sobre todos os cidadãos, implica a imposição de abstenção de certos comportamentos, limitando os direitos de propriedade e de liberdade, com a finalidade de assegurar o exato exercício de tais direitos”; b) poder disciplinar – “ordens emanadas do Poder Público”, dirigidas “a certas pessoas, qualificativamente determinadas, vinculadas ao Poder Público por elo especial de sujeição com o Estado (...), vínculo esse criado por um estatuto”, ou “quando alguém presta algum serviço ao Poder Público, (...) ou é dele usuário” (o vínculo é fruto da descentralização administrativa ou da prestação centralizada de algum serviço público); c) previsão genérica de caráter tributário – “que se isola, na ordem das obrigações, porque tem como fulcro a obrigação imposta de entregar dinheiro ao Poder Público” e d) sanções decorrentes de contratos – como, por exemplo, aquelas previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93.¹⁸⁴

Entende que qualquer separação das infrações administrativas teria apenas fim didático, pois não há diferença na essência, o tratamento jurídico normativo é o mesmo. Apesar de reconhecer a distinção entre a supremacia geral e supremacia especial, Regis Fernandes de Oliveira acredita que as infrações administrativas podem ocorrer em qualquer hipótese, tanto quando o comportamento é contrário ao previsto em uma norma genérica, como quando ao previsto em uma norma específica. Por isso, realiza seu estudo de modo a abranger todos os tipos de infrações administrativas, sem distinção.¹⁸⁵

Ocorre que, em que pese a respeitabilidade do entendimento do autor, o regime jurídico não é uniforme dentre as diversas manifestações da competência administrativa sancionatória, ele possui variações. Isso porque há diversas espécies de sanções administrativas que, mesmo que derivem do mesmo gênero, possuem diferentes fundamentos jurídicos, o que as diferencia entre si.

Em razão da necessidade de delimitar o tema tratado neste trabalho, analisaremos detidamente apenas as sanções aplicáveis com fundamento em uma especial relação de sujeição, que correspondem às chamadas sanções disciplinares, consideradas espécie do

¹⁸⁴ *Infrações e sanções administrativas*, p. 41-42. Apesar de não concordarmos com os termos da classificação do autor, pois entendemos que Poder de Polícia e atividade sancionatória são competências autônomas (vide Capítulo I), e por incluirmos as sanções aplicáveis nos contratos administrativos na categoria “sanções disciplinares”, ela é de grande valia, por revelar os desdobramentos do gênero “sanções administrativas”.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 39-40.

gênero sanções administrativas. Sem desconsiderar que há outras espécies de sanções administrativas, como as decorrentes da relação tributária, por exemplo, focaremos nosso estudo nas sanções disciplinares por entendermos que esta é a natureza das sanções aplicáveis àqueles que celebram contrato administrativo.

Edilson Pereira Nobre Júnior separa as formas de manifestação da competência sancionatória administrativa basicamente em dois grandes grupos: sanções de supremacia geral e sanções de supremacia especial:

Em sua multifária atividade, a Administração, muitas vezes, depara-se com a necessidade de impor aos administrados punições para assegurar a higidez da ordem pública, ou o eficaz funcionamento dos serviços que estão a seu cargo. Tal se verifica ora com relação a terceiros, quando se está ante o poder de polícia, ora com sujeitos que se encontram vinculados à entidade administrativa por vínculos hierárquicos (servidores) ou negociais (contratos administrativos). [...]

Tal competência se funda em posição que a Administração exerce sobre os particulares, podendo, assim, ser geral, quando manifestada em face da preservação do interesse coletivo (supremacia geral), ou especial, quando advém de relações com os particulares, submetidas a regime jurídico de cunho publicístico (supremacia especial).¹⁸⁶

As sanções disciplinares correspondem àquelas que são aplicadas aos particulares que possuem algum vínculo específico com a Administração, são espécies de sanções administrativas, portanto, regidas pelo Direito Administrativo, assim como nos ensina Fábio Medina Osório:

As medidas disciplinares encontram guarida em relações de especial sujeição, estatutárias ou não, onde o infrator se reporta e se relaciona com o Estado numa dimensão peculiar e mais concentrada em sua intensidade. Daí a disciplina constituir um marco de hierarquia e subordinação vertical, no marco de um conjunto de valores ligados ao bom funcionamento interno das instituições e apreciação subjetiva de elementos conectados ao desempenho das atividades pelas figuras subordinadas.¹⁸⁷

Renato Alessi define poder disciplinar da Administração Pública como o poder “para castigar com determinadas sanções o comportamento de quem está ligado à Administração por relações nas quais concorra uma relação de supremacia especial que se

¹⁸⁶ Sanções administrativas e princípios de direito penal, p.127.

¹⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 102.

exerça sobre os mesmos, quando o referido comportamento prejudique o devido cumprimento da relação administrativa principal”.¹⁸⁸

Para Renato Alessi, o que distingue o poder punitivo contido no poder disciplinar de outros poderes públicos ou privados é justamente o seu fundamento em uma relação de especial supremacia da Administração, ligada a uma situação de especial sujeição de um indivíduo.¹⁸⁹

Além disso, nem todos os “princípios fundamentais que servem para o exercício do poder punitivo geral, servem também para o exercício do poder disciplinar”, não se aplicando a este o princípio do *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*.¹⁹⁰

Certamente, a sanção disciplinar possui natureza de sanção administrativa em virtude do procedimento pelo qual é aplicada e do sujeito que a aplica. No entanto, o poder disciplinar se destaca por seu conteúdo que “é o poder de castigar com sanções o comportamento dos indivíduos ligados à Administração por uma especial relação principal, e que seja capaz de afetar o devido desenvolvimento de dita relação, comportamento do qual se deduz uma falta disciplinar”.¹⁹¹

Carlos Schimidt de Barros Júnior define o poder disciplinar “como o poder jurídico punitivo, que regula a conduta de pessoas determinadas, sujeitas a relações de supremacia especial não territorialmente limitadas”.¹⁹² Tal poder se distingue do poder hierárquico porque este não tem caráter punitivo, consistindo apenas no poder de dar ordens, de orientar a ação do órgão inferior e vigiá-la.¹⁹³ O poder disciplinar não encontra seu fundamento na soberania do Estado, mas, sim, numa relação de supremacia especial onde é exercido.¹⁹⁴

Com efeito, uma vez admitido que contrato administrativo é uma hipótese de relação de sujeição especial, forçoso reconhecer que as sanções aplicáveis aos particulares que

¹⁸⁸ *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 231.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 231.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 232.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 232-233.

¹⁹² *Do poder disciplinar na Administração Pública*, p. 65.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 53.

dele participam são sanções disciplinares, decorrentes do chamado poder disciplinar da Administração¹⁹⁵. São espécie do gênero sanções administrativas.

Themístocles Brandão Cavalcanti menciona que as sanções disciplinares correspondem às “sanções internas aplicadas aos funcionários públicos ou às pessoas que vivem na dependência imediata dos órgãos da administração”.¹⁹⁶

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández conceituam as sanções disciplinares como aquelas que se impõem às pessoas que estão em uma relação de sujeição especial com a Administração por infrações cometidas contra a disciplina interna que rege dita relação. Os autores dizem expressamente que as sanções disciplinares se aplicam “aos contratados e em particular aos concessionários”.¹⁹⁷

Por meio de sanções disciplinares, a Administração tutela a sua organização e ordem internas, há uma competência autoprotetora, ao passo que, nas demais sanções administrativas, a competência visa a proteger a ordem social geral, isto é, visa a uma heterotutela.

As sanções disciplinares possuem o mesmo regime das sanções administrativas em geral, o Direito Administrativo Sancionador, mas com certas peculiaridades. Assim, as características especiais e as peculiaridades das infrações disciplinares decorrem de sua “maior vocação interna, de proteção do bom funcionamento da ordem administrativa, das relações de coordenação, subordinação e hierarquia vigentes no seio de uma dada Administração Pública”. A elas se aplicam os princípios constitucionais regentes do Direito Administrativo Sancionador, embora com conteúdo variável, mas é normal “que um princípio constitucional apresente algumas diferenças quando incida sobre suportes fáticos e normativos distintos, [...] dado que decorre do próprio processo de interpretação. De um princípio não resultam soluções uniformes para casos e situações distintas”, até mesmo por aplicação do princípio da isonomia.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Compartilha dessa opinião Marcos de Lima Porta (*Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 94).

¹⁹⁶ *Direito e processo disciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 88.

¹⁹⁷ *Curso de derecho administrativo*, t. II, p. 148-149.

¹⁹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 156-157, nota de rodapé n. 71.

“O poder disciplinar tem, portanto, a sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público”.¹⁹⁹ Esse poder é exercido nos casos em que “os indivíduos participem no serviço público no uso do seu ‘estado de liberdade’, ou coagidos pelo *imperium*, por força do seu ‘estado de sujeição’ – há sempre atos de governantes no cumprimento do dever de gerir os serviços, utilizando os mais oportunos e adequados meios”.²⁰⁰

A diversidade de regime jurídico, bem como de fundamento, justifica a possibilidade de aplicação de sanção penal e disciplinar para uma mesma conduta, sem que isso represente ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Como afirma Marcelo Caetano,

o princípio *non bis in idem* não é violado porque as duas repressões diferem, e não só na forma [...] mas no fundamento: uma visa defender os interesses essenciais da vida social, as condições de coexistência no agregado político, agindo sobre a pessoa do delinquente para reparação da justiça violada e exemplo salutar a possíveis perturbadores; a outra só pretende conservar, melhorar e aperfeiçoar o serviço, fazê-lo corresponder ao seu fim especial.²⁰¹

O mesmo se pode dizer em relação ao poder punitivo disciplinar e ao poder punitivo geral da Administração, fundado na supremacia geral: a diversidade de fundamentos permite que ambos sejam exercidos simultaneamente, sem violação do princípio do *ne bis in idem*.²⁰²

Marçal Justen Filho menciona que a Lei n. 8.666/1993 prevê quatro espécies de sanções administrativas no artigo 87, as quais devem ser distinguidas entre internas – advertência e multa –, “porquanto exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação”, e externas – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade –, pois “se aplicam fora dos limites do contrato de que se trate”. Além disso, inclui na modalidade de sanção administrativa a rescisão unilateral disciplinada nos artigos 78 a 80 e a multa regulada no artigo 86.²⁰³

No entanto, em que pese a respeitável opinião de Marçal Justen Filho, entendemos que nem todas as penalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos possuem natureza de

¹⁹⁹ CAETANO, Marcello. *Do poder disciplinar no direito administrativo português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932, p. 25.

²⁰⁰ CAETANO, Marcello. *Ibidem*, p. 32-33.

²⁰¹ *Ibidem*, p.43.

²⁰² ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 232.

²⁰³ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 622.

sanções administrativas. Devemos excluir do conceito de sanções disciplinares aquelas medidas rescisórias previstas nos artigos 78 a 80 da Lei n. 8.666/1993, limitadas ao contrato celebrado, por serem privadas do caráter de “medidas gerais e *pro futuro*”, não regidas pelo Direito Administrativo Sancionador. Como ensina Fábio Medina Osório, são

medidas restritas ao âmbito de uma relação bilateral, ainda que dotadas de conteúdo aflagante e ligadas ao princípio da legalidade, podem privar o particular do gozo dos direitos decorrentes daquela relação, revogando-a, anulando-a, alterando-a dentro do quadro normativo permissivo. [...] São sanções contratuais, ligadas exclusivamente ao contrato. Não ostentam a nota da generalidade que é inerente às sanções administrativas.²⁰⁴

Também discordamos do entendimento de Dora Maria de Oliveira Ramos, que defende que as multas previstas na Lei n. 8.666/93 possuem natureza ressarcitória, aproximando-as da cláusula penal do Direito Civil, pois, segundo a autora, o papel principal delas é ressarcir a Administração em caso de inadimplemento da obrigação pelo contratado. Por tal motivo, o Poder Judiciário poderia rever o valor da multa aplicada pela Administração Pública quando esta se mostrasse manifestamente excessiva, com base no artigo 412 do Código Civil.²⁰⁵

Com efeito, não podemos confundir multa administrativa com cláusula penal. A primeira representa uma sanção administrativa, resposta à prática de uma infração administrativa, possui finalidade repressiva ou disciplinar e, no caso dos contratos administrativos, possui a finalidade de prevenir a inexecução do contrato ou garantir a boa execução – o interesse tutelado é o da continuidade do serviço público. A segunda, a cláusula penal, é substitutiva do ressarcimento ao dano causado pelo inadimplemento contratual: se o contratante prejudicado optar pelo recebimento dela, estará renunciando a eventual indenização suplementar, caso não esteja expressa no contrato tal possibilidade (artigos 410, 412 e 416, parágrafo único, do Código Civil) – o que demonstra sua finalidade exclusivamente ressarcitória.

Além disso, sabemos que uma mesma conduta pode ser considerada um ilícito civil, administrativo e penal, o que pode gerar a responsabilidade nessas três instâncias, pela independência entre elas. Desse modo, a inexecução parcial ou total do contrato administrativo ou o atraso injustificado em sua execução pode gerar tanto a aplicação de

²⁰⁴ *Direito administrativo sancionador*, p. 112-113.

²⁰⁵ *O poder sancionatório da Administração Pública nas concessões de serviços públicos*, 2004.

multa, pela responsabilidade administrativa, quanto a indenização do dano, pela responsabilidade civil. Esta pode ser previamente estipulada no contrato como cláusula penal ou não.

O artigo 77 da Lei n. 8.666/93 prevê as diversas consequências que podem surgir da inexecução total ou parcial do contrato, são as “contratuais e as previstas em lei ou regulamento”. As contratuais podem ser tanto administrativas, tendo em vista que “as sanções pelo inadimplemento” são cláusula essencial do contrato (artigo 40, inciso III), quanto indenizatórias, com a previsão de cláusula penal.

Contudo, fica mais evidente a tese ora defendida na redação do artigo 80 dessa lei, o qual diz que a rescisão do contrato provocada pelo descumprimento de obrigações, atraso, entre outras infrações contratuais praticadas culposamente pelo contratado acarreta a “execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos” (inciso III), “sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei” (*caput*). Ora, a leitura desse dispositivo revela que o contratado inadimplente deverá ressarcir os prejuízos sofridos pela Administração, pagar indenizações, pagar multas eventualmente aplicadas e, ainda, poderá sofrer outra sanção administrativa prevista na lei. Note-se que o artigo 87, §2º, permite a aplicação cumulada da pena de multa com a de advertência, suspensão do direito de participar de licitação e contratar com o poder Público e de declaração de inidoneidade.

Diante disso, discordamos do fundamento jurídico utilizado no seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça que reduziu o valor da multa aplicada pela Administração ao seu contratado por aplicação subsidiária da legislação civil:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.
2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.
3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que

não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. Princípio da Razoabilidade.

6. Recurso improvido.²⁰⁶

Não negamos a possibilidade do Judiciário rever o valor das multas aplicadas pela Administração a seus contratados, no entanto, como se trata de sanção administrativa, e não de medida ressarcitória, tal procedimento não é feito com fundamento na legislação civil, como se faz com a revisão de cláusula penal dos contratos, mas, sim, com base nos princípios utilizados para controle da atividade administrativa, tais como proporcionalidade e razoabilidade, como veremos em detalhes a seguir.

Por sua vez, o artigo 58, V, da Lei n. 8.666/1993 prevê a adoção de medida de natureza acautelatória, na seguinte hipótese: “nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”. Tal medida não possui natureza de sanção.

Dessa forma, entendemos que as penas de declaração de inidoneidade do particular para participar de licitação, de suspensão do direito de participar de licitação e contratar com a Administração Pública, de multa e advertência, aplicáveis aos particulares que celebram contratos administrativos, são consideradas sanções disciplinares, espécie do gênero sanção administrativa. A elas se aplicam os princípios constitucionais balizadores do Direito Administrativo Sancionador, mas com matizes, com peculiaridades, que a seguir serão vistas com detalhes.

²⁰⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 330677/RS. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 02/10/2001. DJ. 04/02/2002, p. 306. Disponível em : <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

2 Características do regime jurídico

2.1 Princípio da legalidade

Analisaremos no presente tópico como se dá a aplicação do princípio da legalidade no âmbito das infrações praticadas por particulares contratados pela Administração Pública, sob regime de Direito Administrativo, e das sanções correspondentes.

Na realidade, a partir do momento em que deixamos assentado que o regime jurídico das sanções administrativas é o de Direito Administrativo, imperioso se faz analisar a aplicação do princípio da legalidade sob a ótica própria desse ramo do Direito, qual seja, a de que a Administração só pode fazer aquilo o que a lei lhe autoriza ou determina (artigo 37, *caput*, da Constituição), ou a de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição).²⁰⁷

Não podemos ter em mente o conteúdo do princípio da legalidade próprio do Direito Penal, segundo o qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação penal” (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição).

Sem dúvida, o princípio da legalidade é

basilar no Estado de Direito, como é sabido e ressabido, significa subordinação da Administração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia dos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal.²⁰⁸

Dessa forma, qualquer conduta que o Estado tome, no exercício da função administrativa, está prevista em algum texto normativo, ao menos em termos gerais. Os

²⁰⁷ Atualmente, fala-se, inclusive, que a legalidade a que se sujeita a Administração não é apenas aquela legalidade formal, ou seja, não é só a lei formal que rege a Administração, mas todo o Direito, incluindo a Constituição e os seus princípios implícitos e explícitos. Juarez Freitas comenta essa evolução do princípio da legalidade, dizendo que, “no que tange ao princípio da legalidade e do acatamento da Administração Pública ao Direito, é de, brevemente, assinalar que se evoluiu de um legalismo primitivo para uma posição, por assim dizer, principiológica e substancialista (superado o interpretativismo imoderado). [...] Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional” (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44).

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 837.

agentes públicos atuam no seu cotidiano sempre observando uma norma jurídica pré-existente, que cria competências a serem exercidas, estabelecendo qual o agente público autorizado a praticar determinado ato administrativo, o fim específico a ser perseguido, o motivo para a sua prática e os meios que serão utilizados. Qualquer ato praticado em desacordo com a norma de competência é considerado ilegítimo, inválido, contrário ao ordenamento jurídico.

Diógenes Gasparini resume tal pensamento ao dizer que

o princípio da legalidade, resumido significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra quando irrompem inopinadamente).²⁰⁹

No entanto, a concepção do princípio da legalidade própria do Direito Administrativo possui como inerente e essencial a discricionariedade, campo de liberdade deixado pela lei à Administração para que esta, diante do caso concreto, analise, de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, qual a melhor medida a ser tomada.

Como é natural em toda a atividade administrativa, a submissão à lei não significa sua aplicação automática, sem qualquer campo de apreciação subjetiva do administrador, o que seria, em última análise, inconveniente e prejudicial ao interesse público. Nesse passo, José Cretella Júnior ressalta que

se cada vez que a Administração tivesse de tomar qualquer iniciativa, por menor que fosse, fosse obrigada a ficar ponto por ponto vinculada aos termos legais, seus movimentos ficariam de tal modo presos, que não poderia o Estado agir no momento exato em que se reclamasse sua intervenção. Não queremos com isto dizer, é claro, que ao agir a Administração possa afastar-se da lei. O que pretendemos acentuar é que, por sua própria natureza, a fim de poder acompanhar a movimentação incessante da vida, mutável a cada instante, a Administração precisa de campo livre para intervir, reclamando flexibilidade constante, amplo campo em que possa decidir-se com relativa liberdade, por esta ou por aquela

²⁰⁹ *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7-8.

solução, conforme o exijam as circunstâncias, de acordo com o que se denomina tecnicamente de oportunidade e conveniência. Assim, sujeito sempre à legalidade, o administrador decide neste ou naquele sentido, agindo e concretizando sua ação mediante atos administrativos de diferentes espécies, ou não decide, deixando de agir.²¹⁰

Em outra obra, José Cretella Júnior afirma que

não é possível que o direito aprisione em fórmulas apriorísticas o que se passa no mundo, nem pode de antemão prever a gama infinita e imprevisível da conduta humana. [...] Se, entretanto, cada vez que a administração, ao pronunciar-se, tivesse de circunscrever-se a regras minuciosas, que lhe regulassem os menores movimentos, vinculando-a ponto por ponto, estaria implantado o mais pernicioso dos automatismos. A máquina administrativa teleguiada por normas condicionantes não funcionaria no momento exato. Haveria permanente desajuste entre a vida e a vida administrativa. Entre o fato do mundo e o ato administrativo. Agindo através de pessoas físicas, dotadas de razão e sentimento, a administração pronuncia-se diante do fato concreto. Seus agentes analisam a situação com a necessária rapidez, fazem o levantamento das circunstâncias que cercam o fato, tomam atitudes axiológicas que preparam e antecedem a prática do ato.²¹¹

Além de ser inconveniente para o interesse público, o legislador, dentro de suas limitações humanas, não pode prever todas as circunstâncias que surgirão para o administrador no momento da aplicação da lei. Diante do caso concreto, muitas vezes, surgem aspectos e circunstâncias não previstos de maneira exaustiva pela norma. Neste caso, se o administrador não possuir uma margem de liberdade para encontrar a solução mais apropriada à situação que lhe é apresentada, a própria finalidade da norma deixará de ser alcançada.

Como ensina Afonso Rodrigues Queiró, a norma é obra do legislador, para o qual é impossível, material e logicamente,

transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre as várias interpretações possíveis destes últimos.²¹²

A realidade dos fatos, no mundo moderno, se mostra cada vez mais complexa e dinâmica. As transformações do dia-a-dia são tão rápidas que as normas não conseguem acompanhá-las. Diante dessa dificuldade, o legislador cria um texto mais permeável, mais

²¹⁰ *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 56.

²¹¹ *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo*, v. II, p. 97-98.

²¹² *A teoria do desvio do poder*, p. 54.

maleável, que admite mais de uma aplicação diferente, ele deixa à Administração o papel de verificar as nuances do caso concreto e definir qual a solução mais adequada.²¹³

Aponta Afonso Rodrigues Queiró um segundo fundamento da existência da discricionariedade no Estado de Direito: o limite jurídico imposto ao legislador na determinação dos conceitos utilizados pelas normas, sob pena de, caso ultrapassado, passar da abstração à individualização. Tal situação afrontaria os objetivos do Estado de Direito, de que cada função seja exercida por um órgão diferente e que o legislativo dite as regras da atuação dos demais poderes, mas não os substitua.

Assim, diante da impossibilidade lógico-natural de regular de forma absolutamente especificada e detalhada a atividade administrativa, e a fim de lhe deixar uma margem de apreciação da melhor solução a ser tomada diante do caso concreto, a norma se utiliza, muitas vezes, de conceitos plurissignificativos, que possuem significado indeterminado, com certo número de significações igualmente possíveis.

Esclarece Afonso Rodrigues Queiró que o administrador, na aplicação da norma, inicialmente desenvolve uma atividade interpretativa, com o intuito de desvendar a vontade legal e, em seguida, findo este processo, defronta-se com duas espécies de conceitos: conceitos de significação definível e conceitos de significação exata indeterminada. Os primeiros pertencem às ciências empírico-matemáticas, são conceitos teóricos, de significação universal, os quais não deixam discricionariedade à Administração. Os segundos são conceitos de valor, chamados conceitos práticos, pertencem ao mundo da sensibilidade, cujo significado depende de concepções individuais, acientíficas, subjetivas.²¹⁴

²¹³ A impossibilidade lógico-material de previsão exaustiva pelo legislador de todos os dados da realidade, na visão de Carlos Ari Sundfeld, é o que justifica também a concessão de poder normativo às Agências Reguladoras. Salienta que esses órgãos foram criados porque a “sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades”. “O Estado tem que se organizar para editar mais que uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem de intervir mais. Aqui está a questão o modelo que conhecemos – a separação de Poderes tradicional e as funções que competiam aos Poderes Judiciário e Legislativo – era perfeitamente coerente com o baixo intervencionismo estatal. Se o Estado não está muito preocupado em gerenciar a realidade ambiental de modo a ir apertando paulatinamente as exigências para melhorar o meio ambiente; se quer deixar os membros da sociedade acertarem suas diferenças independentemente da ordem jurídica, aí pode realmente editar uma norma geral que vigora por muitas décadas, como o Código Civil, e depois solucionar os conflitos pelo Poder Judiciário” (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38, p. 28-30).

²¹⁴ O mestre Queiró ressalva que a mistura entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados se faz em maior ou menor grau pela norma por razões extrajurídicas. Tais razões se reduzem a uma: “a necessidade de

Sintetizando as idéias acima, Almiro do Couto e Silva afirma que

a noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhe estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação. Certo, num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior), se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. [...] Na submissão dos órgãos e dos agentes públicos à ‘vontade geral’ expressa na lei estaria assim eliminada (como também de resto, de toda a superfície do Estado), de forma absoluta, a *voluntas* individual do governante, do administrador, do juiz e, em certas hipóteses, até mesmo do legislador (quando houvesse uma lei mais alta a respeitar), substituída sempre por uma *ratio* objetiva, que lhe é preeminente e condicionante, contida na norma legal. Essa é, no entanto, uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das idéias puras. O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram. É preciso distinguir, neste particular, diversos graus de liberdade de ação que, diante da lei, têm os órgãos do Estado.²¹⁵

Almiro do Couto e Silva observa a necessidade de se conferir à Administração liberdade de apreciação dos aspectos do caso concreto, pois,

no Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.²¹⁶

garantir mais ou menos a segurança jurídica, num determinado plano de conformidade com a justiça. É a necessidade social de harmonizar a segurança com a justiça que regula ou deve regular o grau de precisão das normas jurídicas” (A teoria do desvio do poder, p. 57, nota de rodapé n.46).

²¹⁵ Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral [do Estado do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, n. 27 supl., p. 95-109, 2003, p. 95 da versão eletrônica. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2008.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 97-98 da versão eletrônica.

Assim, a partir dessa concepção do princípio da legalidade administrativa, em que a discricionariedade é inerente e indispensável, podemos afirmar que a norma que prevê a infração e a sanção administrativa é uma norma de competência, a qual prevê todos os elementos e pressupostos do ato administrativo sancionador de maneira mais ou menos minuciosa, com maior ou menor campo de liberdade à Administração.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela necessidade de previsão legal da infração administrativa, conforme se verifica no seguinte julgado:

Obrigações fiscais. Regime especial para seu cumprimento imposto a contribuinte, por ato administrativo. Princípio da legalidade, em matéria tributária. Delegação a autoridade fiscal incabível na espécie. A imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com a indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne a suas relações com o fisco e as obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de expressa disposição de lei. Orientação do STF, acerca de sanções a contribuinte faltoso, consubstanciada nas súmulas 70, 323 e 547. Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido.²¹⁷

Porém, a previsão de infrações administrativas e a cominação de sanções pela lei pode ser feita por meio do uso de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais para dar maior liberdade à Administração na repressão de comportamentos que sejam prejudiciais à ordem pública. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

em matéria de Direito Punitivo, à luz do princípio da legalidade e, em decorrência, da tipicidade estrita, é imperioso observar um rol taxativo de infrações e de sanções, ainda que haja espaço para os termos juridicamente indeterminados e as complementações na via administrativa, de um modo até mais intenso do que o normalmente utilizado em outros ramos.²¹⁸

Quando se trata de sanções disciplinares, incluindo aquelas aplicáveis nos contratos administrativos, a liberdade conferida à Administração é ainda maior, a aplicação da legalidade se dá de uma maneira extremamente flexibilizada, tendo em vista a preocupação de se garantir o bom funcionamento da relação jurídica subjacente à sanção aplicada.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – *Recurso Extraordinário* 100919/ SP. Relator: Min. Néri da Silveira. Primeira Turma. Julgado em: 07/02/1986. DJ 04-03-1988. p. 386. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

²¹⁸ Parecer elaborado na Contribuição nº 1 da Consulta Pública nº 847 da ANATEL, p. 78 da versão eletrônica.

Contudo, essa questão não é pacífica na doutrina, existindo corrente minoritária contrária à flexibilização do princípio da legalidade no âmbito das sanções aplicáveis nas relações de sujeição especial em geral.

Marçal Justen Filho é um representante dessa corrente minoritária. Sustenta que é inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira a tese de que a lei não necessita exaurir a previsão do tipo e dos pressupostos da sanção, e que seria possível mera instituição legislativa da ilicitude e da sanção em seus termos genéricos, remetendo-se aos atos administrativos regulamentares a disciplina precisa e exata. Para ele, “argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível” é incompatível com os incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição. “Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei”.²¹⁹

Para Marçal Justen Filho, mesmo nas relações de sujeição especial, a Administração não possui discricionariedade para identificação de ilícitos, pois “seria inconstitucional o dispositivo que fixasse que a autoridade administrativa disporia de autonomia para qualificar um ato como lícito ou ilícito, ao seu bel-prazer. [...] Não se admite que sanções aptas a produzir séria e efetiva restrição a direitos individuais não sejam tipificadas”.²²⁰

Também contrário à flexibilização do princípio da legalidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto menciona que

cabe ao Poder Legislativo estabelecer e fixar os limites, os fundamentos e as competências do Poder Executivo para o exercício das funções normativas e repressivas em matéria de Direito Administrativo Sancionador, seja para complementar infrações administrativas e penas (normas sancionadoras em branco), seja para os detalhamentos operacionais cabíveis em face das previsões legais originárias necessárias quanto às previsões das infrações e das sanções. [...] A responsabilidade da definição punitiva é exclusiva do Legislativo, que deve assumir seu papel político. A estruturação das condutas proibidas, com elementos mínimos na norma, é tarefa privativa do Legislativo. O detalhamento, nos termos da lei, cabe ao Executivo [...]. Do contrário, pode-se caminhar para um Direito Administrativo Sancionador no campo regulatório, criado direta e exclusivamente por contratos, o que seria inadmissível, porque equivaleria a uma completa privatização desse ramo jurídico e a uma esdrúxula abdicação de cometimentos constitucionais por

²¹⁹ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 616-617.

²²⁰ *Ibidem*, p. 620.

parte do legislador. E mais: tivesse o Executivo tantos e tamanhos poderes, seria muito simples impor sua vontade nos contratos em detrimento da vontade dos particulares, não mais que por meio de cláusulas exorbitantes no plano sancionatório. Nada mais singelo e mais fora dos parâmetros do controle do Legislativo e do Estado Democrático de Direito [...].²²¹

No entanto, o entendimento majoritário da doutrina brasileira é o de que, em matéria de infrações e sanções disciplinares, o recurso a instrumentos legislativos com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais é mais intenso do que nas sanções administrativas em geral, em razão do vínculo de sujeição especial existente entre Administração e particular. É preciso deixar à Administração uma liberdade maior para prever as condutas consideradas ilícitas dentro de uma relação de sujeição especial.

Fábio Medina Osório menciona que não há nada de estranho em aplicar o princípio da legalidade com elasticidade variável nos dois tipos de sanções administrativas. Isso porque a aplicação de princípios em graus diversos é natural em qualquer ramo do Direito, e o mesmo se dá no Direito Administrativo Sancionador, em que algumas relações exigem maior rigor punitivo, de modo que os princípios e garantias constitucionais são aplicados com conteúdos diferentes, sem significar diversidade de regime jurídico, apenas “não se pode imaginar que exista uma dogmática geral rígida para todo o Direito Administrativo Sancionador brasileiro”.²²²

Segundo Heraldo Garcia Vitta, o afrouxamento do princípio da legalidade nas relações especiais tem como finalidade o atendimento do interesse público, uma vez que “se exige uma atuação mais rápida, eficaz e, sobretudo, com maior intensidade da Administração, sendo insuficiente, no caso, a supremacia geral do Estado”. Além disso, concorda com o fato de que a mitigação do princípio da legalidade é inevitável, pois, “diante da variedade do objeto do Direito Administrativo, torna-se difícil ao legislador prever todos os deveres dos cidadãos especialmente vinculados ao Estado”. No entanto, tal impossibilidade é condição necessária, mas não é suficiente para justificar a mitigação ao princípio da legalidade, pois, segundo o autor, o critério mais seguro é “a intensidade do liame do particular com a Administração”.²²³

²²¹ Parecer elaborado na Contribuição nº 1 da Consulta Pública nº 847 da ANATEL, p. 12-13, 25 da versão eletrônica.

²²² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 251.

²²³ *A sanção no direito administrativo*, p. 78.

Em igual sentido, Rafael Munhoz de Mello defende a posição de que, no âmbito das relações de especial sujeição, a Administração Pública necessariamente deve dispor de poderes normativos mais extensos do que aquele de que dispõe no âmbito das relações de sujeição geral. Isso porque “o legislador não tem condições de prever e regular todas as obrigações que o ente administrativo poderá ser levado a impor aos particulares que ingressam na seara das relações de especial sujeição”. Portanto, a Administração pode dispor com maior liberdade acerca dos direitos e obrigações dos particulares envolvidos, através de “normas regulamentares internas”, que se aplicam e são exigíveis apenas no âmbito da relação de especial sujeição.²²⁴ Nesse caso, o princípio da legalidade ainda é aplicável na medida em que a edição de normas internas de disciplina das relações de sujeição especial depende da autorização do legislador. Nas palavras do autor, “trata-se de competência discricionária outorgada pela lei à Administração, através de cláusulas gerais que conferem ampla margem de liberdade ao agente competente, maior que a existente na seara das relações de sujeição geral”.²²⁵

Portanto, a lei deve prever, ao menos em termos genéricos, quais as condutas consideradas ilícitas praticadas pelos particulares nos contratos administrativos, espécie de relação de sujeição especial, mas compete à Administração defini-las com precisão por meio de atos normativos infralegais ou por atos administrativos concretos como editais e contratos.²²⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a Administração possui competência para configurar infrações e sanções nos casos de “supremacia especial”, “em que a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico travado com o particular – como, por exemplo, de uma concessão de telecomunicações ou do ato de admissão a uma biblioteca pública”.²²⁷

²²⁴ *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, p. 163.

²²⁵ *Ibidem*, p. 164.

²²⁶ Benedicto Porto Neto menciona que não fere o princípio da legalidade quando a lei fixe “alguns standards (parâmetros) que devam ser observados pela Administração Pública na expedição de normas gerais e abstratas. É legítima a outorga de competência normativa para a Administração quando a própria lei fixe estes parâmetros de forma clara e concreta, fazendo com que ela exerça essa competência em conformidade com a vontade do legislador (ou da lei). Ou seja, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio dela, ser alcançadas” (A Agência Nacional de Telecomunicações. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286-299, p. 290-291).

²²⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 838.

Regis Fernandes de Oliveira defende a tese de que, em razão do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, tal como no Direito Penal, a tipificação da infração e consequente sanção administrativa, incluindo as sanções disciplinares, depende da existência de previsão legal, a qual, no entanto, pode ser genérica, “bastante ampla e abrangente, de forma a recolher farta possibilidade fática”, sem representar delegação inconstitucional. Com base em uma previsão legal com tal conteúdo genérico,

a autoridade administrativa limitará, via norma regimental, quais as hipóteses de infrações possíveis, fixando a correspondente sanção de acordo com a gravidade da conduta. [...] Vê-se que o agente administrativo irá simplesmente dispor de sua competência dentro da moldura traçada pela lei. Não poderá criar tipo infracional que não seja disciplinar, mas sobre tal matéria irá explicitar quais as infrações puníveis.²²⁸

Daniel Ferreira sustenta que a exigência de lei formal existente no regime de sujeição geral para tipificar infrações e cominar as respectivas sanções não é tão rigorosa no regime de sujeição peculiar. Em ambos os casos, “sempre haveria a imprescindibilidade de lei para estipulação de infrações e das respectivas sanções”, mas, “no caso de haver um especial liame firmado com o particular, a obrigatoriedade reportar-se-ia, apenas a uma lei autorizando referida possibilidade e não necessariamente a uma tipificação legal”.²²⁹

Trata-se de uma exceção à garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), que, para o autor, só se admite nos casos em que há uma submissão espontânea, pois “o contrato firmado nas relações de sujeição especial vincula as partes” e “essas podem, nos estritos limites permissivos da lei, estipular os direitos e obrigações (positivas e negativas) dela decorrentes”. Com base nisso, ele admite a possibilidade de assunção voluntária, não só de deveres, mas também de proibições em sede de sujeição especial.²³⁰

Cita como exemplos dessas voluntárias ou não-obrigatórias submissões os contratados pela Administração Pública, os servidores públicos e os usuários de serviços públicos. Nesses casos, os deveres assumidos “não decorrem direta e imediatamente da lei, mas de outra norma para cuja submissão houve um concurso voluntário.” O não-cumprimento

²²⁸ *Infrações e sanções administrativas*, p.54-57.

²²⁹ *Sanções administrativas*, p. 98.

²³⁰ *Ibidem*, p. 99.

desses deveres pode ensejar a “aplicação de sanções, desde sempre genericamente conhecidas, mas cuja indicação precisa pode ter sido feita por instrumento outro que não a lei (pelo contrato administrativo ou mediante um regimento interno, respectivamente)”.²³¹

Por outro lado, ressalta Daniel Ferreira que, quando “houver cogente ‘submissão’ do particular à Administração Pública – por decorrência de lei ou de sentença judicial, nos regimes de sujeição geral ou especial – como no regime carcerário e na prestação obrigatória do serviço militar, nos quais restaria ausente qualquer liberdade de pactuação ou de subordinação, far-se-á mister lei formal tipificando infrações e cominando sanções”.²³²

Mais tarde, em sua tese de doutorado, Daniel Ferreira, abordando o mesmo tema, mas sob o enfoque da infração administrativa, a partir da “Teoria Geral da Infração”, inspirada na “Teoria Geral do Delito”, afirma que

as infrações, para se constituírem como tal, hão de encontrar estritamente na lei – e pretérita – o seu primeiro requisito de validade/constatação, desde que, porém, o regime de sujeição seja o geral, aquele que obriga a partir da lei e à margem de um vínculo especial para tanto.

Quando o caso versar sobre um sujeito de direitos (pessoa física ou jurídica) mais aproximado do Poder Público e por especial liame – como um vínculo estatutário ou contratual, por exemplo – haverá um espaço residual para produção normativa de índole inferior. Portanto através de atos jurídicos individuais (bilaterais, como um contrato) ou gerais (unilaterais, qual o regulamento), mas sempre abstratos, e que poderão validamente estabelecer, dentro de certos limites, as obrigações e/ou proibições e as correspondentes sanções por conta de seu descumprimento. Os limites, entretanto, remanesçam os mesmos; os da lei formalmente, materialmente e teleologicamente compreendida e aplicada.²³³

Heraldo Garcia Vitta admite o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais para a previsão da conduta e correspondente sanção no tipo administrativo na relação especial do Estado. Contudo enumera uma série de limites em respeito aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal:

1. Será possível a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, apenas quando houver a impossibilidade de o legislador

²³¹ *Sanções administrativas*, p. 99-100.

²³² *Ibidem*, p. 101.

²³³ *Teoria Geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. 2008. 420 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 43-44.

prever todos os comportamentos que possam ser sancionados. Isso porque, na denominada relação especial do Estado, muitas vezes o legislador não tem como estabelecer as específicas condutas a serem sancionadas, pela diversidade de situações que podem ocorrer na realidade empírica.

2. Se houver necessidade, na relação especial do Estado, de utilizar cláusulas gerais, somente a lei formal, editada pelo Legislativo, poderá contê-las, a fim de garantir o mínimo de segurança aos indivíduos ligados à Administração. Deixar ao Executivo a possibilidade de, por ato administrativo, expressar-se por meio de conceitos jurídicos indeterminados ('interesse público', 'ordem pública', 'moral', 'bons costumes' etc.) macularia o mínimo de segurança jurídica reinante no regime democrático de Direito. Mas pode ocorrer ato administrativo a determinar a conduta específica, pressuposto da sanção, enquadrado no conceito jurídico indeterminado ou na cláusula geral contidos na lei.

3. A lei, ao utilizar conceitos abertos ou indeterminados, ou cláusulas gerais, deverá determinar, taxativamente, as sanções correlatas. Com efeito, como os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são exceções, pelas necessidades e justificativas já abordadas, as penalidades devem estar plasmadas na lei que os contêm, a fim de garantir o conhecimento, pelo indivíduo, das conseqüências de sua conduta.

4. A lei deverá restringir o alcance das palavras plurissignificativas. Por exemplo: ao mencionar a expressão 'conduta irregular', deverá aduzir termos com os quais ela não se tornará ampla, como no caso de 'conduta irregular na função pública, em decorrência de ato doloso'.^{234 235}

Rafael Munhoz de Mello admite a previsão de infrações administrativas via regulamento pela Administração no campo das relações de especial sujeição, da mesma forma que a Administração Pública pode, uma vez autorizada por lei formal, criar obrigações para os particulares nela inseridos por meio de regulamentos. "Se é inviável para o legislador prever todas as obrigações decorrentes de uma relação de especial sujeição, também o é a previsão detalhada de todas as situações que podem levar a Administração Pública a intervir em face do particular que integra tais relações".²³⁶ No entanto, enfatiza a necessidade da existência de lei formal que expressamente atribua tal competência regulamentar ao ente federativo. Deve, ainda, "a lei formal estabelecer as sanções administrativas que serão aplicadas às infrações criadas pela Administração: mesmo no campo das relações de especial sujeição não é

²³⁴ *A sanção no direito administrativo*, p. 93-94.

²³⁵ O autor ressalta que, para os agentes essenciais, integrantes da estrutura do Estado, como juízes, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, parlamentares, chefes do Poder Executivos, não é possível a utilização de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, sob risco de se comprometer a independência de seus integrantes (op. cit., p. 94, nota de rodapé nº 71).

²³⁶ *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, p. 166.

admissível que a sanção administrativa seja criada por outro instrumento que não a lei formal”.²³⁷

Assim, Heraldo Garcia Vitta elucida que, como a competência exercida pelo agente administrativo nas relações de sujeição especial deve estar fundada na lei, este não poderá estabelecer deveres e sanções, sem lei que lhe confira as respectivas atribuições. Além disso, deve o agente público observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em tal atividade.^{238 239}

Ante essas ponderações, podemos concluir que, da mesma maneira que a lei confere à Administração a possibilidade de criar uma disciplina interna aplicável à relação de sujeição especial, com previsão dos deveres e obrigações dos particulares nela inseridos, deve ser reconhecida também a possibilidade de prever condutas consideradas ilícitas e as correlatas sanções.

Evidentemente, essa possibilidade deve partir de uma autorização legal, conferida em razão da impossibilidade de previsão minuciosa de deveres e infrações pelo legislador, quando se trata de relações de sujeição especial, ou pela necessidade de se respeitar um necessário campo de discricionariedade administrativa nesses casos, tendo em vista que a finalidade última da própria relação assim exige.

Para isso, a lei permite expressamente a edição de ato regulamentar com esse conteúdo ou prevê de forma genérica quais as infrações passíveis de sanção, com o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que permite à Administração a edição de atos inferiores para concretizar os termos da lei. Tal previsão legal genérica é suficiente para que seja respeitado o princípio da legalidade.

Ressalte-se mais uma vez que a legalidade pressupõe a discricionariedade de uma maneira geral em toda atividade administrativa e com maior razão nas relações de sujeição especial.

²³⁷ *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, p. 166.

²³⁸ *A sanção no direito administrativo*, p. 81.

²³⁹ Nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, “o princípio penal *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, não tem aplicação, com o rigor do direito penal”, no direito disciplinar. “Em consequência, basta que a lei defina genericamente a infração, para que a autoridade administrativa aplique a pena, usando nessa aplicação, de uma larga margem de poder discricionário” (*Direito e processo disciplinar*, p. 72).

Por fim, entendemos que as sanções administrativas aplicáveis devem ser expressamente previstas em lei, não podendo a Administração Pública criar novas espécies em atos infralegais.

2.2 Princípio da tipicidade

De acordo com o princípio da tipicidade, as condutas devem ser descritas de maneira clara e precisa para que sejam sancionáveis, de tal maneira que o particular saiba como deve conduzir seus atos para evitar sofrer penalidades. Em outras palavras, para que uma conduta possa ser sancionada, há necessidade de uma prévia e clara descrição da mesma.

A aplicação do princípio da tipicidade no Direito Disciplinar é bastante controvertida na doutrina.

Parte da doutrina afirma que, em matéria de responsabilidade disciplinar, não se aplica o princípio de Direito Penal do *nullum crimen sine lege*, “pois não é necessário que as faltas disciplinares venham determinadas por lei ou por regulamento”. Portanto, “o conceito resulta amplíssimo, bastando qualquer fato ou comportamento do indivíduo capaz de prejudicar o adequado desenvolvimento da relação principal”.²⁴⁰

Esse é o entendimento de Carlos Schimidt de Barros Júnior, o qual aduz que,

ao contrário do que acontece no direito penal, não vige, para fins disciplinares, o princípio da legalidade, da especificação do ato punível. Não se atende, no direito disciplinar, ao princípio fundamental da ordem punitiva: *nullum crimen sine lege*.

A lei penal especifica taxativamente os crimes, estabelece meios e medidas para a punição, vinculando quanto possível a função jurisdicional. Tal não se verifica no direito disciplinar, onde basta a previsão genérica, ou juízo das autoridades sobre infrações do dever funcional, ou ainda, em sistemas menos evoluídos, não se faz preciso qualquer norma preexistente.

[...]

²⁴⁰ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 233.

Ora, não é possível negar que o princípio em causa é dominante no direito penal, garantia basilar que é de liberdade individual, ao passo que a ele não está sujeito o direito disciplinar, dada a natureza das faltas e das penas que lhe são próprias.²⁴¹

Em posição oposta, Rafael Munhoz pontifica que “a possibilidade de previsão de infrações administrativas por regulamento é a única peculiaridade do regime jurídico das sanções administrativas no campo” da supremacia especial quando comparadas às sanções no campo da supremacia geral, isto é, a única diferença entre tais relações diz respeito à hierarquia da norma que tipifica a conduta. Dessa forma, o princípio da legalidade é flexibilizado, mas não se exclui a exigência da tipicidade e da irretroatividade, pois, ainda que se trate de relação de sujeição especial, o regulamento deve tipificar previamente, com clareza e precisão, a infração administrativa, como corolário do princípio da segurança jurídica.²⁴²

Nesse passo, Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que

a configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar plenamente ciente da conduta que terá que evitar ou que terá que praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível.²⁴³

Eduardo Rocha Dias salienta que somente a lei, em sentido formal e material, e não decreto ou ato normativo infralegal pode instituir infrações e cominar-lhes as respectivas penas, mesmo porque, no ordenamento jurídico brasileiro, o regulamento apenas serve para dar fiel execução à lei (artigo 84, inciso IV, da Constituição).²⁴⁴

Contudo, reconhece que a Lei nº 8.666/93 não prevê suficientemente os pressupostos de fato ensejadores de sancionamento, como exigem os princípios da legalidade e da tipicidade. Mas, em sua opinião, “no âmbito das relações especiais de sujeição, com efeito, a lei pode se servir de tipos infracionais mais abertos”, ao contrário do que se exige nas relações de sujeição geral. Por isso,

o preenchimento pela Administração, no edital e no contrato, da vacuidade das expressões da Lei de Licitações, desde que não ultrapasse os limites por

²⁴¹ *Do poder disciplinar na Administração Pública*, p. 15-16.

²⁴² *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, p. 166-167.

²⁴³ *Curso de direito administrativo*, p. 839.

²⁴⁴ *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p.39.

esta fixados e pelo sistema jurídico como um todo, especialmente a Constituição, assegurando-se a ampla defesa e a observância do devido processo legal, é perfeitamente legal e constitucional.²⁴⁵

Desde que

sejam observados os princípios constitucionais referentes à atividade punitiva do Estado, bem como o núcleo fundamental dos direitos individuais dos licitantes e contratados [...] é possível ao edital e ao contrato colaborarem com a lei na determinação dos pressupostos de sancionamento e na definição de critérios de aplicação da sanção. [...] Ao complementar a definição de tais infrações, o ato administrativo infralegal, quer seja o ato convocatório quer seja o contrato posteriormente firmado com o licitante vencedor, torna-se um fator de segurança para os administrados ao limitar a atuação do administrador, assegurando o respeito ao princípio da isonomia.^{246 247}

Desse modo, em razão da sujeição especial, a lei dá fundamento ao poder de sanção, mas não necessariamente tipifica as infrações, o que deve ser feito por atos infralegais, por regulamento, como no caso das agências,²⁴⁸ ou pelo edital ou contrato. A tipificação é exigida, mas não por lei formal. No entanto, a descrição das infrações feita pela Administração deve ser prévia e suficientemente precisa, para se garantir a segurança jurídica dos particulares contratados.

²⁴⁵ *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 75-77.

²⁴⁶ DIAS, Eduardo Rocha. *Ibidem*, p 78-81.

²⁴⁷ “Tal complementação ou colaboração entre a lei e o contrato e o edital ressaltam a particularidade do direito contemporâneo, no qual a heterogeneidade da sociedade e o pluralismo axiológico e político foram expressamente reconhecidos pelos textos constitucionais. Não é mais possível predicar que o parlamento detenha o monopólio da produção normativa, existindo múltiplas instâncias fora do Estado e no interior do próprio Estado que exercem atividade normativa. Durante o liberalismo, a lei demarcava a liberdade dos particulares frente ao poder do Estado: a regra era a liberdade do indivíduo, no caso de ausência da lei, e a autoridade estatal como exceção, desde que existisse lei expressa. Hoje, face ao crescente intervencionismo estatal e à complexidade da vida social, torna-se irrealizável o desígnio de subsumir toda atuação a uma lei preexistente. A limitação da atuação administrativa será feita, muitas vezes, pela própria Administração. (...) Mas isso não quer dizer que o legado liberal de proteção aos direitos individuais tenha sido abandonado. As constituições modernas tutelam direitos e garantias individuais. Mas a harmonização entre tais direitos e garantias e a supremacia do interesse público e coletivo, por exemplo, assim como a concretização dos valores muitas vezes conflitantes presentes na Constituição, impõem à dogmática jurídica um novo papel e a utilização de um instrumental categorial mais sofisticado” (DIAS, Eduardo Rocha. *Op. cit.*, p. 81, nota de rodapé n. 14).

²⁴⁸ Conrado Hübner Mendes utiliza como critério para definir um ente como regulador a competência normativa, a qual consiste na “produção de normas gerais e abstratas, infralegais, que podem ser veiculadas através de regulamentos [...], resoluções, portarias etc.” Portanto, agência reguladora é o ente que possui poder normativo, “competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito *sod particular*” (Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99-139, p. 129).

A tipicidade é exigida nas sanções disciplinares de um modo geral, “porque ela é a adequação do fato com o que a norma jurídica prescreve”, mesmo que seja diversa daquela do Direito Penal, em razão da natureza da matéria e da

forte dinâmica que permeia a própria Administração Pública, conferindo à Autoridade processante certa margem de discricionariedade no seu proceder, balizada por intermédio de outros princípios informadores do sistema jurídico, especialmente, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e devido processo legal.²⁴⁹

Preciosas são as palavras de José Roberto Pimenta Oliveira a respeito do tema:

no campo da supremacia especial, quanto à atividade tipificante das infrações administrativas, há possibilidade de tipificação administrativa complementar, como objeto de competência administrativa normativa outorgada por lei, em que se realizar o travamento voluntário do liame jurídico com o administrado, que se insere no domínio jurídico próprio da Administração. Na impossibilidade lógica de estabelecimento legislativo, mesmo via conceitos indeterminados, das hipóteses infracionais, em razão da natureza atividade objeto da regulação, admite-se que haja apenas a autorização da competência sancionatória, de modo genérico, devendo haver necessariamente o desdobramento administrativo normativo das infrações colhidas no âmbito da disciplina legal com o respectivo atrelamento das sanções legalmente fixadas.²⁵⁰

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não tipificou exhaustivamente todas as condutas dos particulares participantes de licitação ou contratados que ensejariam a aplicação de sanções. Na descrição das infrações administrativas, a Lei de Licitações e Contratos faz o uso de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados. Vejamos: art. 81, “a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração”; no art. 86, “atraso injustificado na execução do contrato”; art. 87, *caput*, “inexecução total do contrato” ou “inexecução parcial do contrato”; art. 88, II, “praticar atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”,²⁵¹ art. 88, III; “demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

²⁴⁹ PORTA, Marcos de Lima. *A inefetividade do direito administrativo disciplinar dos magistrados: uma afronta ao Estado Democrático e Social de Direito brasileiro*. 2007. 186 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 131-132.

²⁵⁰ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 475.

²⁵¹ Neste caso, estamos diante de uma norma sancionatória em branco, que delega a descrição da conduta ilícita à outra norma jurídica, ou seja, os “atos ilícitos” são previstos em outras normas.

Tais infrações padecem da suficiente tipificação com a descrição de todos os seus elementos, pois em que consiste “recusa injustificada”, “atraso injustificado”, “inexecução total” ou “parcial” e “não possuir idoneidade”?

Sem dúvida são expressões cujo conteúdo é variável de acordo com o juízo subjetivo do agente público aplicador da norma.

A única infração que parece estar descrita minuciosamente pela Lei n. 8.666/1993 é a conduta prevista no artigo 88, inciso I, “condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos”. Este entendimento é compartilhado por Toshio Mukai, o qual considera que a exigência de tipificação foi atendida no inciso I do artigo 88 da Lei n. 8.666/93, “visto que fraude fiscal é expressão conceituada e conhecidíssima no âmbito tributário”.²⁵²

Quanto aos incisos II e III, também do artigo 88 da Lei n. 8.666.93, Toshio Mukai diz que não são passíveis de aplicação sem a necessária regulamentação, por não ser possível precisar “a que espécie de ato ilícito se refere o legislador” nos dois casos, ideia por nós compartilhada.²⁵³

A tipificação das infrações e a indicação das respectivas sanções deverão ser realizadas pelo edital da licitação, que indicará obrigatoriamente “as sanções para o caso de inadimplemento” (art. 40, III) e conterà “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor” (art. 40, §2º, III); e pelo contrato, pois uma de suas cláusulas essenciais é a previsão dos “direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas” (art. 55, VII).^{254 255}

O artigo 23 da Lei n. 8.987/1987 também considera cláusula essencial do contrato de concessão a relativa “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação” (inciso VIII). Ademais, o artigo 29 estabelece que é dever do poder concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a

²⁵² *Licitações e contratos públicos*, p. 209-210.

²⁵³ *Ibidem*, p. 210.

²⁵⁴ No mesmo sentido vide: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 406.

²⁵⁵ Toshio Mukai entende que a falta de previsão de multa no instrumento convocatório não impede sua previsão no contrato, pois o inciso II do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 menciona expressamente que a multa deve ser prevista no instrumento convocatório *ou* no contrato (*Licitações e contratos públicos*, p. 206). Em que pese a conjunção “ou” utilizada pela lei, entendemos que a multa deve ser prevista tanto no edital quanto no contrato.

sua prestação” (inciso I) e “aplicar as penalidades regulamentares e contratuais” (inciso II), o que significa que cabe ao poder concedente especificar as obrigações do concessionário e, conseqüentemente, descrever as infrações passíveis de sancionamento.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de confirmar a exigência de previsão no edital das sanções aplicáveis aos licitantes e contratados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.
3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ.
4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.²⁵⁶

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União²⁵⁷ e o Tribunal de Contas do Município de São Paulo²⁵⁸ recomendaram a inclusão de cláusulas que especifiquem infrações e sanções administrativas em futuros contratos, nos termos do artigo 55 da Lei n. 8.666/1993.

O edital não precisa necessariamente ser tão minucioso quanto o contrato, pois aquele possui apenas uma minuta deste e representa uma provisória estipulação de obrigações, sem necessidade de rigor no detalhamento. Basta que o edital contenha uma descrição mínima

²⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 709378/PE. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 21/10/2008. DJe. 03-11-2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

²⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União – Relatório de Monitoramento 016.960/2004-4. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Segunda Câmara. Julgado em 01/04/2008. DOU. 03-04-2008. Relatório de Auditoria 026.200/2007-3. Relator: Min. Benjamin Zymler. Plenário. Julgado em 09/07/2008. DOU. 11-07-2008. Relatório de Auditoria 026.154/2007-9. Relator: Min. Benjamin Zymler. Plenário. Julgado em 16/04/2008. DOU. 18-04-2008. Disponíveis em : <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2008.

²⁵⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Contas do Município de São Paulo – Processo TC nº 72.003.264.03-96. Relator Cons. Maurício Faria. Plenário. Julgado em 29/11/2006. Disponível em: <www.tcm.sp.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2008.

das infrações e das sanções, mesmo que necessite ser complementado posteriormente pelo contrato.

As sanções aplicáveis são somente aquelas previstas no artigo 87: 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; e 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.²⁵⁹

O rol do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 é taxativo, conforme restou decidido nos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A

²⁵⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*, p. 525.

retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

5. Recurso especial a que se nega provimento.^{260 261}

Em razão da deficiente descrição dos tipos infracionais e da ausência de exata correlação com as sanções aplicáveis, Marçal Justen Filho sustenta que a Lei nº 8.666/1993 seria inconstitucional. Para ele, a autoridade administrativa gozaria de discricionariedade para eleger as infrações que ensejariam a incidência de cada punição, o que não se admite no caso das sanções cujo conteúdo importa privação imediata e direta de algum direito individual ou de faculdades asseguradas ao particular, como é o caso da suspensão do direito de participar de licitação, do impedimento de contratar com a Administração e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração. Entende que a solução seria exigir que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do edital, fossem estabelecidos os pressupostos para o sancionamento.²⁶²

Em sua obra *Teoria Geral das Concessões de Serviço público*, Marçal Justen Filho aproveitou novamente a oportunidade para defender a tese da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 8.666/93 que preveem as sanções aplicáveis aos contratados pela Administração. Transcrevamos o trecho para melhor elucidar sua posição:

A Lei nº 8.666 previu as sanções aplicáveis aos contratados que infringissem deveres legais ou contratuais. A grande dificuldade está na definição legal da ilicitude. [...]

No caso da Lei nº 8.666, essa é a situação verificada. Determina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de 'inadimplemento' ou 'violação a deveres contratuais', mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção.

²⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 633432/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 22/02/2005. DJ. 20/06/2005, p. 141. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

²⁶¹ No mesmo sentido vide: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24953/CE. Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 04/03/2008. DJe. 17/03/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

²⁶² *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 616. Discordamos da opinião do autor, pois, conforme já tivemos oportunidade de mencionar, a Lei nº 8.666/1993 não padece de inconstitucionalidade, as suas previsões genéricas e elásticas em matéria de sanções administrativas decorrem da própria natureza da relação entre Administração e contratado, de sujeição especial.

Reputa-se ser absolutamente inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução infringe o sistema constitucional. Seria possível apontar um longo elenco de disposições constitucionais infringidas. Porém, bastam os incs. XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição. Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei.²⁶³

Em sentido totalmente oposto, podemos citar o posicionamento de Jessé Torres Pereira Júnior, o qual defende o abrandamento do rigor da tipificação da conduta que gera o juízo de reprovação, o que confere à Administração discricionariedade para dosar a penalidade apropriada à infração contratual cometida. O autor alega que seria impossível enumerar as diversas hipóteses de inexecução contratual.²⁶⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello possui uma posição intermediária, segundo a qual, a suspensão de contratar e a declaração de inidoneidade só podem ser aplicadas aos atos tipificados pela Lei nº 8.666/93 como crimes, pois não se admitiria a aplicação dessas sanções sem a existência de prévia descrição legal da conduta. Quanto às demais penalidades, o autor aceita o abrandamento da exigência de tipificação.²⁶⁵

Intermediária também é a posição defendida por Lúcia Valle Figueiredo de que a advertência, a multa e a suspensão temporária de licitar ou contratar “devem estar previstas no edital, que regeu a licitação. Não necessitariam de tipificação legal”. Todavia, concorda com Marçal Justen Filho ao sustentar que “a inidoneidade para licitar [...] deve estar rigorosamente tipificada na lei, sob pena de inconstitucionalidade”.²⁶⁶

Em que pese a respeitabilidade de tais entendimentos, não vemos impedimento para que a tipificação da conduta sancionável com a suspensão do direito de licitar ou contratar ou com a declaração de inidoneidade seja feita pelo edital da licitação e pelo contrato administrativo, naqueles casos de grave prejuízo ao interesse público causado pela conduta do particular contratado. Isto porque não se exige descrição legal das infrações praticadas pelos particulares contratados pela Administração Pública, basta a descrição prévia no edital e contrato.

²⁶³ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 458.

²⁶⁴ *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*, p. 525.

²⁶⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 630.

²⁶⁶ *Direitos dos licitantes*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 90.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto no julgamento abaixo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INIDONEIDADE DECRETADA PELA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO.

1. Inexiste direito e líquido e certo a proteger empresa que, a juízo da Administração, tem contra si, com base em fatos concretos, decretada a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público.

2. Não é inconstitucional a pena de inidoneidade prevista nos arts. 87 e 88 da Lei 8.666, de 1993. Valoriza a aplicação do princípio da moralidade.

3. O juízo de valor fixado pela Administração Pública, por um dos seus agentes, resultante em aplicação da pena de inidoneidade, com base em fatos concretos, só não terá validade e eficácia, se existir sentença judicial com trânsito em julgado reconhecendo a licitude dos atos que a Administração aponta como ilegal e que foram tomados por base para a aplicação da pena.

4. No mandado de segurança em exame, estou convencido de que:

a) o processo administrativo que resultou na aplicação da penalidade de inidoneidade obedeceu aos seus trâmites legais;

b) não houve desrespeito ao direito de ampla defesa da impetrante no curso do processo administrativo;

c) inexistiu supressão ao direito do recurso hierárquico por o processo administrativo não ter sido enviado ao Presidente da República;

d) há provas concretas analisadas pela Administração e que serviram, sem nenhum desvio jurídico, como base para a decisão impugnada;

e) inexiste inconstitucionalidade na pena de inidoneidade, no caso em exame;

f) não ter a decisão violado o princípio constitucional da proporcionalidade ao praticar o ato administrativo questionado.

5. Segurança denegada.²⁶⁷

Por fim, cabe mencionar que todas as anotações feitas anteriormente a respeito da Lei n. 8.666/93 se aplicam aos contratos de concessão de serviços públicos, por força do artigo 124 da Lei n. 8.987/1987.

2.3 Discricionariedade

Conforme vimos nos itens acima, o princípio da legalidade não é tão rigoroso a ponto de limitar exaustivamente a atividade administrativa. O campo de liberdade deixado pela norma para que a Administração decida qual a melhor solução para determinado caso

²⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Mandado de Segurança 13041/DF. Relator: Min. José Delgado. Primeira Seção. Julgado em 12/12/2007. DJ. 10-03-2008, p. 247. Disponível em : <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

concreto é indispensável para o efetivo alcance da finalidade da competência. Quando se trata de sanções administrativas aplicáveis em relações de sujeição especial, o princípio da legalidade é flexibilizado em maior intensidade, pois nessas relações a Administração deve ser dotada de maiores poderes de coerção e repreensão para garantir o ideal funcionamento da relação jurídica.

A maneira encontrada pela norma para conferir maior margem de discricionariedade para a Administração é o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou de cláusulas gerais. Discricionariedade é a “faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei.”²⁶⁸.

É importante salientarmos que só se está diante de discricionariedade quando as possibilidades de atuação da Administração são todas perfeitamente possíveis diante da dicção da norma e diante do caso concreto. Se a atuação escolhida pela Administração não puder ser extraída da previsão legal, não estaremos diante de discricionariedade, mas sim, de arbitrariedade.

Além disso, a discricionariedade em abstrato deve existir também em concreto, conforme sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem,

a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser in concreto incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma”²⁶⁹.

²⁶⁸ Trata-se da concepção inicial de Afonso Rodrigues Queiró da discricionariedade administrativa, alterada mais tarde pelo autor (*A teoria do desvio do poder*, p. 78).

²⁶⁹ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-48.

Dessa forma, só podemos falar em discricionariedade quando a Administração puder escolher, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, entre duas ou mais soluções possíveis para um determinado caso concreto, sendo todas as possibilidades abstratamente admitidas pela norma que prevê a competência e todas capazes de serem aplicadas ao caso concreto em questão. Somente nesse caso estaremos diante do mérito do ato administrativo, inalcançável pelo controle jurisdicional.

José Cretella Jr. descreve com exatidão a atividade administrativa no campo da discricionariedade:

orientando-se de maneira livre no que diz respeito ao binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente todo o terreno demarcado pela legalidade, atendendo, apenas, ao elemento fim, o agente seleciona o modo mais adequado de agir, autodeterminar-se, volta o olhos sobre si mesmo, inspeciona o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, retrata-se se for o caso, reexamina os atos praticados. Desfaz ou reafirma o pronunciamento. Está em seu próprio campo. Seguiu as leis, não se afastou do fim previsto. É juiz dos próprios atos. Nenhum de seus atos será suscetível de revisão, no que tange à oportunidade e à conveniência das providências tomadas.²⁷⁰

Com efeito, se o administrador agiu dentro do campo de discricionariedade que a norma lhe conferiu, não há como o Poder Judiciário interferir em sua decisão. O juiz apenas pode rever o caminho percorrido pelo administrador para chegar à decisão que chegou. Dessa forma, o juiz verifica se o comando legal realmente permitia aquela atuação escolhida e se ela satisfaz o interesse público protegido pela norma, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Se, então, o juiz verifica que nenhuma falha ocorreu neste percurso, não há como adentrar no mérito²⁷¹ do ato praticado. Nas palavras de Caio Tácito,

o equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seu território próprio, a que estão destinados tanto pela competência legal, como pela especialização profissional. O administrador dotado de experiência prática e maior conhecimento pragmático decidirá, com plasticidade, os problemas da administração. Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e

²⁷⁰ *Tratado de direito administrativo*. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 99.

²⁷¹ Celso Antônio Bandeira de Mello define mérito do ato administrativo como o “campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada” (*Curso de direito administrativo*, p. 949).

equivocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária é tão nociva como o descrítério da administração”.²⁷²

A subordinação da Administração à lei pode ser mais ou menos restrita, de acordo com os termos em que certos aspectos da competência são definidos pela lei. Renato Alessi aponta que a discricionariedade, ou o poder de apreciação do interesse público, pode existir conjuntamente em relação à própria realização da atividade e ao conteúdo dessa atividade, ou, ainda, separadamente, para cada um desses elementos²⁷³.

Na prática, verificamos que dificilmente todos os aspectos da competência administrativa são vinculados ou discricionários ao mesmo tempo, geralmente eles se combinam, com a intenção de dar maior ou menor liberdade à Administração. Serão sempre vinculados, pois o fim legal sempre é previsto na norma, ao menos implicitamente, não permitindo ao administrador uma “escolha” da finalidade a perseguir, nem o sujeito competente.²⁷⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, melhor do que falar em ato discricionário, seria falar em aspectos discricionários do ato. De acordo com suas lições, a discricionariedade pode residir, isolada ou cumulativamente: a) na “determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites [...] – da situação fática”; b) na decisão de agir ou não agir; c) na “escolha da ocasião asada para fazê-lo”; d) na escolha da “forma jurídica através da qual veiculará o ato”; ou e) na “eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal”.²⁷⁵

Dessa forma, tendo em vista que ao Judiciário só é permitido controlar a legalidade do ato administrativo, isto é, seus aspectos vinculados, devemos analisar a competência sancionatória prevista na Lei n. 8.666/1993 para distinguir quais são seus aspectos vinculados e quais são os discricionários:

a) determinação ou reconhecimento da conduta considerada infração administrativa – dentro dos limites que veremos mais adiante

²⁷² *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 3-4.

²⁷³ *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, p. 188.

²⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 99.

²⁷⁵ *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, p. 17.

Como já vimos no tópico referente à aplicação do princípio da tipicidade nas sanções aplicáveis nos contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 conferiu à Administração discricionariedade para a tipificação das infrações passíveis de serem sancionadas por meio do regulamento, edital e contrato. Com exceção da infração prevista no artigo 88, inciso I, a lei utilizou conceitos jurídicos indeterminados para definir as demais infrações, isto é, as situações fáticas consideradas ilícitas para fins de aplicação da sanção (o motivo do ato administrativo sancionador) serão definidas no regulamento, edital e contrato, a critério da Administração Pública, com possibilidade de controle judicial baseado na razoabilidade e proporcionalidade.

Devemos ressaltar mais uma vez que a descrição das infrações no edital e, principalmente, no contrato, não é uma faculdade da Administração, não é uma escolha, mas um dever, por ser cláusula essencial em tais instrumentos e porque, sem esta tipificação, a competência sancionatória fica inexoravelmente impedida de ser exercida. Além disso, tal competência só poderá ser exercida nos termos e parâmetros traçados nas disposições do regulamento, edital ou contrato.²⁷⁶

Eduardo Rocha Dias estabelece quais serão os critérios utilizados na tipificação das infrações pela Administração:

essa previsão, caracterizando uma colaboração entre a lei, o edital e o contrato, deve ater-se aos seguintes limites: a) ser o desdobramento analítico das expressões sintéticas contidas na Lei 8.666/93 (explicitação dos ‘atos ilícitos’, por exemplo, descrevendo-se condutas tipificadas por outras leis como crimes ou infrações administrativas, ou dos atos que caracterizam ‘inexecução contratual’, hábeis a constituírem o pressuposto de sancionamento de licitantes e contratados); b) não ultrapassar o conteúdo semântico das expressões contidas na lei, mas apenas preencher a vacuidade dos termos genéricos nela encontrados (assim, dentre as hipóteses de inexecução contratual só podem ser listadas situações caracterizadoras de descumprimento dos deveres impostos aos licitantes e aos contratados; da mesma forma, no tocante ao inciso II do artigo 88 da Lei 8.666/93, só podem ser sancionadas condutas ilícitas que importem em frustrar os objetivos da licitação); c) estipular os critérios de aplicação das sanções, a partir dos

²⁷⁶ Cumpre-nos registrar a opinião contrária de André de Laubadère, para quem o poder de sanção existe de ofício, mesmo no silêncio do contrato, tratando-se de uma competência de ordem pública, que não pode, inclusive, ser renunciada pela Administração. O poder de sanção não se limita às disposições do contrato, ou seja, a Administração pode pronunciar outras sanções se as considerar mais adaptadas às faltas cometidas pelo contratante, cabendo somente o controle judicial de eventual excesso (*Traité des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, t. 2, p. 102). Não nos parece incorreta tal assertiva, porém, ela é incompatível com a sistemática traçada pela legislação brasileira pertinente aos contratos administrativos, principalmente com o texto da Lei n. 8.666/1993.

princípios constitucionais da atividade punitiva do Estado (ampla defesa, devido processo legal, proporcionalidade, *non bis in idem* etc.), bem como o procedimento a ser seguido no sancionamento. Assim, é perfeitamente legal o edital e o contrato estipularem relações de condutas atribuindo às de maior repercussão as sanções mais graves.²⁷⁷

Por fim, a Administração também possui discricionariedade na atividade de enquadramento da conduta *in concreto* na conduta prevista *in abstracto*, isto é, na aplicação concreta das previsões abstratas contidas no regulamento, edital e contrato, como veremos no Capítulo IV.

b) decisão de aplicar a sanção uma vez constatada a prática da infração

Uma vez constatada pela Administração a prática do ato tipificado pelo regulamento, edital e contrato como infração, não existe discricionariedade na decisão de sancionar: o sancionamento é um dever para a Administração.

Discricionariedade só existe na lei e, no caso das sanções em contratos administrativos, entendemos que não existe qualquer lei que dê essa faculdade discricionária à Administração. Além disso, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público levam à conclusão de que as prerrogativas ou poderes da Administração no contrato administrativo são indisponíveis, irrenunciáveis. Dessa forma, sendo verificada a prática do ilícito, a aplicação de sanção é um dever, trata-se de um ato vinculado sob este aspecto.

As competências são conferidas à Administração Pública para serem exercidas em prol de terceiros, pois competência é “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.²⁷⁸

Em razão dessa natureza das competências administrativas, seu exercício é obrigatório para os órgãos e agentes públicos, “exercitá-las não é uma questão entregue à livre decisão de quem as titularize. [...] Está sotoposto ao dever jurídico de atender a finalidade

²⁷⁷ *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 84.

²⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 144.

legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos para seu desencadeamento”.^{279 280}

Como explica Floriano Azevedo Marques Neto, “constituindo a atividade sancionadora uma função pública, uma competência atribuída pela lei ao agente público, não pode ser desconsiderada [...] o exercício do poder estatal é um dever, não uma faculdade do agente”.^{281 282}

Lúcia Valle Figueiredo defende que

a aplicação de sanções, unilateralmente, pela Administração também não é prerrogativa à disposição do administrador, algo a ser desfrutado pelo administrador. Bem ao contrário. Entendemos a imposição de sanções como dever administrativo. A omissão, em determinados casos, dará ensejo, por exemplo, à ação popular. Aplicar penalidades é dever. Insistimos, não é direito. É traço característico do contrato administrativo. Porém, é dever.

Por outro lado, é claro, ao falarmos de sanções, presume-se estarmos a falar de fiscalização do contrato, obrigatória para a Administração. A Administração não tem o direito de fiscalizar o contrato. Tem o dever de fiscalizá-lo em todas as suas etapas.²⁸³

Configura, inclusive, ato de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/1992, artigo 11, inciso II (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”), e crime de prevaricação definido no artigo 319 do Código Penal a omissão do agente público na aplicação de sanção ao particular contratado que praticar infração prevista em regulamento, edital ou contrato administrativo.

²⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade, vinculação e sanção aplicável a servidor público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 40, p. 182-185, 2002, p.183.

²⁸⁰ Lúcia Valle Figueiredo fala no princípio da exigibilidade dos atos administrativos, sustentando que “a atividade administrativa é compulsória para a Administração. Mesmo em determinadas hipóteses de discricionariedade não há exclusão da obrigatoriedade de emanar certos provimentos”. Citando Alessi, acrescenta a autora que, “em determinados casos, a Administração, dentro da competência discricionária, agirá se assim o entender. Mas isso somente em situações em que se não imponha atividade positiva da Administração. Em regra, a titularidade da competência implica obrigatoriedade de ação. Não nos olvidemos de que a Administração Pública exerce função, o que implica, necessariamente, obrigatoriedade de desempenho” (*Curso de direito administrativo*, p. 68). Vide no mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 40-41.

²⁸¹ Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 12, p. 945-960, dez. 2002, p. 949.

²⁸² No mesmo sentido, vale citarmos a opinião de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka (*Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155).

²⁸³ *Curso de direito administrativo*, p. 527-528.

A omissão da Administração na aplicação de sanção ao contratado poderá ser suprida pela via da ação civil pública ou ação popular, nas quais o juiz apreciará se a infração abstratamente prevista foi praticada no caso concreto e aplicará a sanção prevista em caso positivo, o que não exclui a responsabilidade do agente competente pela sua omissão.

Por fim, os Tribunais de Contas possuem competência para estipular um “prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal). Ou seja, caso a Administração seja omissa na aplicação de penalidade ao contratado que praticou infração, o Tribunal de Contas poderá assinalar prazo para que tal providência seja tomada.^{284 285}

Caso seja verificada alguma ilegalidade envolvendo contrato celebrado pela Administração Pública, a sustação de sua execução será feita diretamente pelo Legislativo, que, imediatamente, solicitará ao Poder Executivo as medidas cabíveis (§1º, artigo 71, da Constituição). Não tomadas tais providências pelo Poder Legislativo ou Executivo, no prazo de noventa dias, o Tribunal de Contas decidirá a respeito (§2º).

Entendemos que a expressão “decidirá a respeito”, contida no §2º do artigo 71 da Constituição Federal, deve ser interpretada em sentido amplo, a fim de lhe dar a máxima efetividade possível. Dessa forma, caso a Administração não aplique a sanção administrativa ao contratado infrator no prazo de noventa dias contados da recomendação da medida pelo Tribunal de Contas, esta Corte poderá, de forma autônoma e definitiva (na esfera administrativa), aplicar a penalidade diretamente.^{286 287} Sendo a função sancionatória inerente à função fiscalizadora, forçoso admitir que, por ser o Tribunal de Contas o órgão encarregado

²⁸⁴ No mesmo sentido vide: BRASIL, Tribunal de Contas da União – Levantamento de Auditoria 009.017/2008-4. Relator: Min. Benjamin Zymler. Plenário. Julgado em 20/08/2008. DOU. 22-08-2008. Disponível em : <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2008.

²⁸⁵ A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8443/1992) prevê a possibilidade da Corte de Contas aplicar a seguinte sanção: “art. 46. verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

²⁸⁶ Acompanhamos neste ponto o entendimento de Marianna Montebello (Os Tribunais de Contas e a disregard doctrine. *Fórum Administrativo – Direito Público*. São Paulo, v. 49, ano 5, mar. 2005, p. 7. Disponível em: HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=6195. Acesso em: 06 mar. 2009).

²⁸⁷ Devemos registrar a seguinte posição em sentido contrário: “o não atendimento da determinação dos tribunais de contas poderá acarretar a desaprovação das contas dos administradores e sua responsabilização pelos prejuízos causados”, não poderá a corte de contas substituir o administrador e aplicar diretamente a sanção ao contratado (DIAS, Eduardo Rocha, *Sanções aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 87).

de realizar o controle externo da Administração, a ele devem ser conferidas formas para coibir as ilegalidades.

c) escolha da ocasião para fazê-lo

As sanções são aplicadas sempre ao final de um processo administrativo, após o exercício da ampla defesa e contraditório – a aplicação não é automática após constatada a prática da infração. Esse processo pode ser iniciado de ofício ou a requerimento de um interessado (artigo 5º da Lei n. 9.784/1999) e termina depois de um lapso de tempo considerado razoável.

Contudo, iniciado o processo administrativo e verificada a prática de uma infração, a Administração tem discricionariedade para decidir o momento adequado para aplicar a sanção, mas apenas uma razão pode justificar a decisão pela procrastinação: a continuidade do serviço público.

A aplicação de advertência ou de multa isolada não implica necessariamente a rescisão do contrato: por serem medidas mais leves, demonstram que a infração não é suficientemente grave para interromper a execução do contrato.

Porém, as sanções de suspensão do direito de participar de licitações e contratar com o Poder Público e a declaração de inidoneidade logicamente acarretam a rescisão do contrato. Isto porque, se há razões para que o particular seja impedido de contratar ou considerado inidôneo para tanto, também há para que ele seja impedido de prosseguir na execução do contrato onde a sanção foi aplicada. Devemos lembrar que a inexecução total ou parcial, por si só, acarreta a rescisão do contrato (artigo 77, Lei n. 8.666/1993).

Entendemos que, quando a aplicação da sanção acarretar a interrupção do contrato, por rescisão, a Administração possui discricionariedade para avaliar o momento oportuno para aplicá-la, para evitar a brusca interrupção do contrato, antes que novo particular seja contratado. Em razão do princípio da continuidade do serviço público, a espera pelo momento oportuno pode ser mais satisfatória para o interesse público.

Nesse sentido, a Lei n. 8.429/1992, em seu artigo 11, inciso II, apenas considera ato de improbidade administrativa o retardamento indevido da prática do ato de ofício. Por

isso, devemos ressaltar que o adiamento para a aplicação de sanções nos casos mencionados deve ser motivado e respeitar o prazo prescricional para tanto.

d) escolha da forma pela qual veiculará a sanção

A forma é o “revestimento exterior do ato”, é o seu “modo de exteriorização”.²⁸⁸

²⁸⁹ Ela pode ser escrita, oral ou gesticulada. Neste aspecto, em particular, nos parece que a Administração não possui discricionariedade para eleger a forma de veiculação da sanção, uma vez que, se esta só pode ser aplicada no bojo de um processo administrativo, logicamente a decisão de aplicação da sanção, como todos os demais atos do processo, só poderá ser emanada por um ato escrito.

e) eleição da sanção idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal de punição

Salvo no caso do artigo 86 (o atraso injustificado na execução do contrato acarreta a aplicação de multa de mora), a Lei n. 8.666/1993 trouxe um elenco de sanções diferentes sem relacioná-las às respectivas infrações. Menciona que a inexecução parcial ou total pode ensejar a aplicação de quatro tipos diferentes de sanção (artigo 87). E, no artigo 88, prevê três espécies de infrações, possibilitando a aplicação de duas sanções diferentes. Ainda, permite a cumulação da multa com outras penalidades (artigo 87, §2º) a critério da Administração.

Assim, fica claro que a lei confere à Administração ampla discricionariedade para escolha das sanções correspondentes a cada infração tipificada. No entanto, essa escolha deve ser feita no momento da elaboração do regulamento, edital ou contrato, isto é, abstratamente e previamente, no mesmo momento em que descreve as condutas ilícitas, já fixa a sanção cabível. O particular deve saber de antemão quais as condutas a serem evitadas e quais as consequências de sua prática, em razão do princípio da segurança jurídica.

²⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 387.

²⁸⁹ André Gonçalves Pereira afirma que a forma é elemento essencial do ato administrativo, pois é “o modo pelo qual se revela a vontade administrativa, e sendo o ato administrativo um ato jurídico, segue-se que se não houver um mínimo de manifestação exterior da vontade, não haverá ato administrativo” (*Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 99).

Além disso, a escolha deve restringir-se às opções dadas pela lei, aos parâmetros mínimos dados por ela, *v.g.*, para as infrações previstas no artigo 88 só são cabíveis duas espécies de sanções, quais sejam, a suspensão do direito de participar de licitação e contratar com o Poder Público e a declaração de inidoneidade – não são cabíveis a multa e a advertência.

Como veremos a seguir, a fixação de sanções não é totalmente livre, pois, apesar das diversas possibilidades previstas pela lei, no caso concreto a exigência de razoabilidade e de proporcionalidade pode reduzir ou mesmo eliminar as opções de escolha.

CAPÍTULO IV

LIMITES À COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA

Defendemos nos capítulos anteriores que a Administração Pública possui discricionariedade para, através de atos infralegais, tipificar infrações e fixar sanções no âmbito dos contratos administrativos, em razão da elasticidade dos termos legais. Vimos que, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, a flexibilização dos princípios da legalidade e da tipicidade é perfeitamente constitucional e justificada pela existência de relação de sujeição especial nos contratos administrativos. No entanto, tal discricionariedade se submete a diversos limites, como salienta Lúcia Valle Figueiredo:

embora as infrações administrativas possam ser descritas de maneira mais aberta, não tão tipificadas como as penais, todavia, não se furta o administrador, em sua aplicação, de motivá-las adequadamente e agir sob a égide da legalidade. Não se trata de escolha aleatória do administrador, e não poderia se tratar, por estarmos sob a égide do Estado Democrático de Direito e diante de sanções administrativas.²⁹⁰

Por se tratar de exercício de típica atividade administrativa, aplicam-se ao ato sancionador todos os princípios previstos na Constituição e na lei que regula o processo administrativo, tais como legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999).

Analisaremos, agora, os principais limites impostos à discricionariedade conferida pela Lei n. 8.666/1993 à Administração, em matéria de infrações e sanções.

1 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A Administração Pública atua para satisfazer o interesse público, recebe instrumentos para possibilitar o atingimento desse fim, suas prerrogativas, seus deveres-poderes, recebe certa margem de discricionariedade para decidir como agir diante de um caso

²⁹⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 465.

concreto. Porém, como é natural no Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, essa atuação administrativa deve ser proporcional e razoável, para não prejudicar além do necessário o particular submetido à supremacia do interesse público.

Existe fungibilidade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por serem intimamente ligados, na medida em que aquilo que é razoável é logicamente proporcional. Maria Sylvia Zanella di Pietro anota que

a irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa.

[...]

Embora a Lei n. 9784 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.²⁹¹

Tais princípios norteiam toda a atividade administrativa, em especial a atividade sancionatória da Administração Pública, pois, sendo atividade restritiva de direitos e liberdades, deve ser exercida na exata extensão e intensidade necessárias para alcançar seus fins.

Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que “a atividade estatal coercitiva [...] deve ser, sempre, exercida com moderação, com sopesamento, com parcimônia”, isto é, deve sempre “observar o princípio da proporcionalidade”. Isso porque “as penas nunca são um fim em si mesmas, mas um instrumento de que se utiliza o ente estatal para obrigar aos particulares condutas desejadas”.²⁹² Por essa razão, “não é somente a desproporção entre os meios e os fins que torna irrazoável a decisão. Também produz o mesmo efeito a medida que não tenha qualquer correlação com a finalidade almejada”.²⁹³

²⁹¹ *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 201.

²⁹² Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica, p. 948.

²⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 203.

Dessa forma, “a proporcionalidade imprescindível na aplicação de sanções deve ser buscada não apenas na correlação pena-fato punível, mas especialmente no equilíbrio pena-finalidade de punir a conduta sancionada”.²⁹⁴

A Lei n. 9.784/1999 menciona expressamente, em seu artigo 2º, parágrafo único, que, nos processos administrativos, serão observados, entre outros, o critérios de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (inciso VI). O que revela o aspecto da proporcionalidade do princípio da razoabilidade.²⁹⁵

A análise da razoabilidade e da proporcionalidade deve ser feita diante do caso concreto, como salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro:

essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz ao caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução [...]. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.²⁹⁶

Há a necessidade de que a atividade sancionatória seja casuisticamente exercida: “dentro da compostura de cada situação enfrentada, há de ser fixada a sanção que, em intensidade e extensão, revele o coeficiente sancionatório ajustado à infração cometida”.²⁹⁷

No tocante aos contratos administrativos, José Roberto Pimenta Oliveira menciona que “como se trata de exercício de supremacia especial, caberá ao instrumento convocatório, sem afronta à legalidade, detalhar as hipóteses atreladas a cada modalidade sancionatória”.²⁹⁸ Ressalta que o princípio da razoabilidade-proporcionalidade é elementar, “seja na previsão e estatuição *in abstracto* das infrações e sanções administrativas (no nível legal ou regulamentar, este no caso de relações especiais de sujeição), seja da tipificação e

²⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica, p. 949.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 202.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 201-202.

²⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 407.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 406.

aplicação *in concreto* dos comandos sancionatórios, no exercício da competência administrativa”.²⁹⁹

Desse modo, diante de cada serviço a ser regulamentado, cada edital de licitação e cada contrato administrativo, de acordo com o objeto envolvido e a relevância do interesse público colimado, a Administração manejará a autorização legal para tipificação das infrações e sanções, conferindo significações aos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei. A finalidade que deve orientar a atividade tipificante é a de estimular o particular a alcançar as metas, obrigações e objetivos que justificaram a celebração do contrato, prevenindo condutas que afetem o interesse público subjacente.

Como a Lei nº 8.666/93 previu quatro diferentes sanções com severidade escalonada e, ainda, a possibilidade de cumulação de multa a outras sanções, cumpre guardar a aplicação das sanções mais severas às condutas mais reprováveis.

Hely Lopes Meirelles considera que, por ser a mais grave das sanções aplicáveis ao particular que contrata com o Poder Público, a declaração de inidoneidade deve ser reservada para os casos de dolo ou de reincidência, reiteração de falhas do profissional ou da empresa.³⁰⁰

José Roberto Pimenta Oliveira traça os critérios que entende adequados para a tipificação das condutas sancionáveis:

às hipóteses de inexecução contratual com reflexos mais graves ao atingimento do interesse público, consoante o tipo de objeto contratado e a falta contratual, devem corresponder sancionamento gradualmente mais severo. Infrações leves, graves e gravíssimas devem ser descritas e sancionadas com o adequado grau de repulsa jurídica por parte da autoridade administrativa.

Os próprios limites percentuais informativos das sanções pecuniárias devem permanecer nos limites da razoabilidade, sob pena de verdadeiro confisco, sujeitando-se à invalidação.³⁰¹

Devem ser atendidas as seguintes exigências na tipificação de infrações e sanções administrativas, segundo o autor: a) “adequação da descrição do tipo (na norma legal ou

²⁹⁹ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 472.

³⁰⁰ *Licitação e contrato administrativo*, p. 264.

³⁰¹ *Op. cit.*, p. 407.

regulamentar, quando cabível) à finalidade perseguida com a atividade sancionatória”, isto é, o tipo infracional deve conter uma conduta que tenha relação com a ofensa ao bem jurídico protegido; b) a sanção cominada deve ser apta para a tutela do bem-jurídico e “qualitativamente adequada à natureza do ilícito”; c) a conduta contida no tipo deve ser capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido, ou seja, “impõe-se [...] seja constatada a necessidade da sanção”;³⁰² e d) a sanção deve ser proporcional em qualidade e quantidade à natureza e gravidade da infração administrativa.³⁰³

Como dissemos, a proporcionalidade e a razoabilidade devem nortear também a atividade sancionatória *in concreto*. José Roberto Pimenta Oliveira esclarece tal necessidade:

além da atividade tipificante, a atividade punitiva *in concreto* está presa às exigências de adequação axiológica das medidas administrativas destinadas a coartar os ilícitos administrativos cometidos em prejuízo do interesse público. Há o dever administrativo de sopesar todas as circunstâncias objetivas e subjetivas de cada caso, com vistas à identificação da sanção adequada, exigível e proporcional ao cumprimento do que exige a lei, em termos de proteção do interesse coletivo e de restrição da esfera jurídica do infrator.³⁰⁴

No que diz respeito à atividade sancionatória *in concreto*, José Roberto Pimenta Oliveira salienta que o respeito ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade exige que: a) “no momento da averiguação e estabelecimento da tipicidade do fato”, isto é, do “seu enquadramento formal como categoria inserida no tipo sancionador abstrato”, “a sanção deve revelar-se meio idôneo à consecução do seu fim”, principalmente quando o tipo sancionador está descrito com conceitos jurídicos indeterminados;³⁰⁵ b) a Administração deve “considerar materialmente atípica infração que lesione, de forma insignificante, o bem jurídico protegido pela atividade sancionatória”, “mesmo que formalmente típica certa conduta”, em razão do princípio da insignificância, “somente é exigível a sanção quando observado o grau suficiente e necessário de ofensividade ou danosidade aos interesses que se busca proteger com a

³⁰² *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 477-479.

³⁰³ *Ibidem*, p. 482.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 407.

³⁰⁵ O autor sustenta que “o mandamento da sanção exige que sejam reconhecidas as excludentes da tipicidade caracterizadas pelo caso fortuito e força maior, quando intervierem na produção do comportamento sancionado. [...] Sabe-se que não é suficiente que a conduta seja típica, encontrando correspondência no modelo legal para que esteja consubstanciada uma infração administrativa. Mister verificar a antijuridicidade do fato, porquanto se presente uma das causas de exclusão de antijuridicidade, a sanção revelar-se-á inadequada para o atingimento do seu fim”. Também considera causa excludente a tipicidade da infração, o erro de tipo essencial, em aplicação analógica do Código Penal. Considera, ainda, aplicáveis as excludentes de culpabilidade, previstas no Código Penal, pois a conduta deve ser típica, antijurídica e culpável ou reprovável (op. cit., p. 486-490).

condenação”, e c) “além de pertinente e necessária, a sanção deve veicular uma prescrição restritiva, em qualidade e quantidade, ajustada ao atingimento ótimo da cura do interesse público colimado, dentro das circunstâncias concretas”.³⁰⁶

Floriano de Azevedo Marques Neto menciona que

a proporcionalidade somente será respeitada e atingida se no caso concreto for aplicada a pena adequada à conduta punível e às finalidades pretendidas, considerando todas as variáveis subjetivas (primariedade ou reincidência, aspectos volitivos do agente, dolo ou culpa em todas as suas matizes, aferição de benefícios com a infração etc.) e objetivas (existência de excludentes de culpabilidade, impacto social da infração, sua repercussão na coletividade, desincentivo a condutas congêneres etc.). De outro lado, o apenamento somente adquire conformidade jurídica se, também em cada situação fática, puder o agente aferir a aderência entre a pena aplicável e as finalidades da norma penal.³⁰⁷

Daí porque entende imprescindível a existência de discricionariedade em toda atividade sancionatória administrativa, pois

o automatismo sancionador, a prescrição de normas penais de aplicação automática, o cartesianismo penal são írritos ao ordenamento jurídico, pois pressupõem abdicar dos deveres de proporcionalidade e finalidade. Não há como observar tais inarredáveis vetores prescrevendo a impermeabilidade da norma penal à avaliação concreta, casuística, da situação apenável. Temos cá conosco, então, que sempre haverá, independentemente da prescrição administrativa, o poder-dever do agente público de sopesar a pena, exercitando a margem de discricionariedade intrínseca à função sancionadora.³⁰⁸

No mesmo passo das idéias acima trazidas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela necessidade de gradação entre as penalidades previstas na Lei n. 8.666/1993, de acordo com a gravidade da conduta, contudo, entendeu não ser aplicável qualquer sanção quando não existir a comprovação de dano pela Administração:

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

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

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.

³⁰⁶ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 496.

³⁰⁷ Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica, p. 950.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 950.

ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

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

5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.^{309 310}

Somente no momento da aplicação da sanção, do enquadramento da conduta na infração abstratamente prevista, o administrador poderá analisar se a conduta praticada realmente causou dano suficiente ao bem jurídico protegido a ponto de ser sancionada, e se aquela sanção abstratamente prevista é adequada para atingir a finalidade da atividade

³⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 914087/RJ. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 04/10/2007. DJ. 27/10/2007, p. 247. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³¹⁰ Em idêntico sentido: SÃO PAULO, Tribunal de Contas do Município de São Paulo – Processo TC nº 72.000.796.00-56. Relator Cons. Roberto Braguim. Plenário. Julgado em 25/10/2000. Processo TC nº 72.006.866.00-52. Relator Cons. Antônio Carlos Caruso. Plenário. Julgado em 08/08/2001. Processo TC nº 72.013.905.98-36. Relator Cons. Antônio Carlos Caruso. Plenário. Julgado em 11/12/2001. Disponíveis em: <www.tcm.sp.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2008.

sancionatória *in concreto*, qual seja, reprimir condutas danosas ao interesse público e prevenir a reincidência de sua prática. Os critérios que guiam essa análise, sem dúvida, são a proporcionalidade e a razoabilidade, o que permite o exame de todas as nuances do caso concreto, tais como a reprovabilidade da conduta, a reincidência, a gravidade da lesão, graus de má-fé, dolo ou culpa, entre outros aspectos.

2. Devido processo legal

Um dos limites constitucionais aplicáveis a todas as pretensões punitivas do Estado é o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, incluindo o direito à ampla defesa, ao contraditório (inciso LV), e o direito de ser processado pela autoridade competente (LIII).

Marcos de Lima Porta salienta que o devido processo legal

confere garantia processual e garantia de vinculação da atividade estatal ao Direito, consistentes na exigência de ser observado o rito procedimental estabelecido pelo ordenamento jurídico, na realização dos atos jurídicos da melhor maneira possível, e, finalmente, no caso concreto, na verificação da coerência, lógica e razão de ser, perante o Direito, da atuação estatal e do ato jurídico exarado, lastreados no conceito de igualdade a que fica sujeito o próprio legislador [...].³¹¹

De uma maneira geral, a atividade administrativa é exercida através do devido processo legal, pois este se mostra como meio hábil para verificação da conformidade da atuação estatal com o Direito, o que é imprescindível em um regime democrático como o nosso. A um só tempo, o processo administrativo permite um duplo controle da atividade administrativa, tanto pelo particular interessado, em defesa de seu interesse privado, quanto pela sociedade e órgãos de controle da Administração, em defesa do interesse público.³¹²

Egon Bockmann Moreira salienta a visão atual da função administrativa, não mais sob o enfoque dos atos administrativos, mas, sim, do processo administrativo. Na verdade,

³¹¹ *Processo administrativo e o devido processo legal*, p. 111.

³¹² CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. II, p. 36.

com o passar do tempo, doutrina e jurisprudência detectaram que dificilmente os atos administrativos são ‘pontuais’. Não nascem do nada nem se esgotam em si e por si. Ao contrário: a ampla maioria dos provimentos da Administração deriva de uma seqüência prévia e coerente de atos. Há um caminho a ser seguido para a formação dos provimentos administrativos, independentemente de sua natureza jurídica. Pouco importa se o ato invade ou não a esfera jurídica imediata das pessoas privadas: não existe o fenômeno da ‘geração espontânea’ dos atos administrativos. A constatação demonstrou o óbvio: também a Administração comporta-se através de uma série de atos, desdobrada no tempo. Sucessão de atos interligados entre si, sendo que o posterior exige o anterior e todos visam a um resultado final – que sempre deve ser atingido, como dever de ofício.³¹³

No âmbito do Direito Administrativo, o devido processo legal também possui dois aspectos: o adjetivo e o substantivo. Sob o aspecto adjetivo, o devido processo legal é visto como procedimento que possibilita o “controle da legalidade, exigindo a observância do rito procedimental estatuído pelo próprio ordenamento jurídico vigente”. Sob o aspecto substantivo, o devido processo legal se afasta de seu caráter procedimental, mitigando o formalismo exagerado para se alcançar a melhor solução para o caso concreto. “O devido processo legal substantivo compreende a razoabilidade e a proporcionalidade a serem verificadas entre a atuação administrativa e o ato administrativo exarado”.³¹⁴

José Roberto Pimenta Oliveira explica com exatidão o conteúdo formal e material do princípio do devido processo legal:

sob o prisma processual, o devido processo legal exige a observância de procedimento administrativo adequadamente estruturado a instrumentalizar a necessária e suficiente participação, defesa e impugnação, inclusive a necessária abertura de via recursal, e todos os meios às mesmas inerentes, por parte dos sujeitos de direito afetados pelo exercício da função administrativa, no processo de formação da norma ou ato administrativo, cujos efeitos sejam limitativos, restritivos ou ablatórios de situações jurídicas subjetivas tuteláveis pelo ordenamento jurídico.

[...]

Sob o prisma material, paralelamente às garantias de cunho formal que devem acompanhar o exercício da função administrativa, o devido processo legal implica na exigência de que o conteúdo do provimento ou norma administrativa mostre-se respeitoso, compatível, afinado com todos os princípios e valores jurídicos acolhidos pelo ordenamento jurídico, de

³¹³ O processo de licitação, a Lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 37, p.107-117, 2002, p. 109.

³¹⁴ PORTA, Marcos de Lima. *Processo administrativo e o devido processo legal*, p. 112-113.

maneira a garantir, na integralidade, a interdição de arbitrariedade no exercício da atividade estatal.³¹⁵

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari observam que o devido processo legal é muito mais que um simples “*iter* para a produção dos atos administrativos”, é “um instrumento de garantia dos administrados e, sobretudo, da própria Administração”. Sua finalidade é “assegurar a produção e eficácia [...] do agir administrativo e maximizar as garantias do administrado”.³¹⁶

Dessa maneira, o particular sancionado pela Administração tem o direito de saber quais são os atos a ele imputados, de ter vista dos autos processuais, de se manifestar e ser ouvido a respeito das manifestações administrativas, de produzir provas em seu favor, de interpor os recursos previstos na lei, de ser intimado de todas as decisões proferidas, de ser processado pela autoridade competente, entre outros reconhecidos em lei ou pela jurisprudência.

No âmbito da Administração Federal, o processo administrativo é regulado pela Lei n. 9.784/1999. Na Administração Paulista, os atos e procedimentos administrativos são regulados pela Lei Estadual n. 10.177/1998. E, por fim, na Administração Pública Municipal Paulistana, tal regulamentação é feita pela Lei Municipal n. 14.141/2006.

3 Dever de motivação

A motivação é indispensável a todos os atos administrativos, como meio de controle dos atos administrativos. Tal exigência é muito mais rígida quando se trata de atos administrativos que atingem direitos e liberdades individuais, como são os atos sancionatórios, pois “a motivação serve como instrumento de legitimação do ato dentro do ordenamento jurídico”.³¹⁷

É através da motivação do ato que os pressupostos fáticos e jurídicos que levaram à sua prática serão expostos, permitindo que todos os interessados verifiquem a sua

³¹⁵ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 218-219.

³¹⁶ *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25-26.

³¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliados, p.73.

conformidade ao ordenamento jurídico. O sujeito prejudicado pelo ato sancionatório tomará conhecimento das razões fáticas que o provocaram e de seu embasamento jurídico, por meio da motivação, possibilitando-lhe o exercício de sua defesa contra o ato. O dever de motivação, ou princípio da motivação, é corolário do Estado Democrático de Direito, pois possibilita a verificação do respeito aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, que regem a função administrativa.

Vladimir da Rocha França defende que “quanto maior o impacto do ato administrativo na esfera de direitos individuais dos administrados, maior demanda haverá por uma fundamentação mais densa desse ato”,³¹⁸ como é o caso do ato sancionatório. Os elementos da motivação do ato administrativo seriam os seguintes:

(i) o fato jurídico administrativo, o enunciado que se refere a um evento jurídico administrativo previamente tipificado pela lei ou qualificado como relevante pela autoridade administrativa; (ii) a exposição das normas jurídicas que orientaram a autoridade administrativa na expedição do ato administrativo; (iii) a comprovação da incidência das normas jurídicas mencionadas pela autoridade administrativa como lastro de validade para o ato administrativo; bem como, (iv) a manifestação da causa, ou seja, da relação de razoabilidade e de proporcionalidade que deve haver entre o motivo do ato e o seu conteúdo, diante da finalidade, em se tratando de atos administrativos portadores de mérito.³¹⁹³²⁰

Com base nessas lições, notamos que, na motivação do ato administrativo sancionador, são expostos:

a) o motivo do ato – a conduta praticada pelo sujeito, enquadrável no tipo infracional contido na lei, regulamento, edital ou contrato;

b) o motivo legal – a conduta abstratamente prevista pelo dispositivo legal ou infralegal como infração administrativa e respectiva sanção, isto é, a infração e a sanção consideradas em abstrato;

³¹⁸ Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos, p.75.

³¹⁹ Ibidem, p.75.

³²⁰ Esclarece Vladimir da Rocha França que o evento jurídico administrativo é “o acontecimento da realidade – social ou natural – que foi previamente delimitado pela hipótese da norma jurídica ou valorado como relevante pela autoridade, diante do interesse público”. Por sua vez, o fato jurídico administrativo é o “enunciado produzido pela autoridade administrativa que torna essa ocorrência específica relevante para o Direito Positivo” (op. cit., p.75).

c) a norma autorizadora – dispositivo legal, regulamentar, editalício e contratual, conforme o caso, que tipificou a infração e previu a penalidade;

d) a causa da aplicação – a demonstração de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção, tendo em vista a infração praticada, a finalidade que deve guiar tal competência e todas as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, cabe ressaltar que a motivação do ato administrativo sancionatório permite, a um só tempo, o seu controle e o exercício da ampla defesa pelo particular que sofreu a penalidade. Com efeito, “com o acesso aos fundamentos da decisão administrativa, o administrado ganha a oportunidade para oferecer uma contestação administrativa ou judicial mais competente e racional, bem como para aderir à decisão administrativa caso julgue pertinentes os elementos argüidos pela Administração”.³²¹

4 Efeitos da declaração de inidoneidade e da suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a Administração Pública

Questão bastante controvertida na doutrina consiste na extensão dos efeitos das sanções de suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a Administração Pública.

A primeira corrente sobre o assunto restringe os efeitos ao ente que aplica a sanção, em razão dos princípios da autonomia dos entes federativos e da competitividade entre os participantes da licitação (artigo 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/1993).

A segunda corrente, defendida entre outros por Toshio Mukai, acredita que as expressões “Administração” e “Administração Pública” utilizadas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos possuem significados distintos. Para ele, a pena de suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a Administração produz efeitos apenas “no âmbito de competência do agente público aplicador da sanção”, pois, nos termos do inciso XII do artigo 6º da mesma lei, “Administração é o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. Por

³²¹ Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos, p.78.

sua vez, a pena de declaração de inidoneidade terá âmbito geral, primeiro porque a lei utilizou a expressão “Administração Pública” no inciso IV do artigo 87, segundo porque o art. 97 “tipifica como crime admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”.^{322 323}

A terceira corrente, que nos parece a mais acertada, defende a eficácia extensiva de tais sanções. Esta é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, para quem não há distinção nos conceitos trazidos pelo artigo 6º da Lei de Licitações, mas, sim,

péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida.³²⁴

Cumpre-nos registrar a peculiar posição de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que a suspensão do direito de licitar e contratar pode se restringir ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou. Já a declaração de inidoneidade, para ele, só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois sendo uma restrição a direitos não se estende a outras Administrações.³²⁵

A favor da extensão dos efeitos das sanções mencionadas, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça nos seguintes julgamentos:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.
- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

³²² *Licitações e contratos públicos*, p. 207-208.

³²³ Compartilha desta posição Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka (*Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 159).

³²⁴ *Manual de direito administrativo*, p. 209.

³²⁵ *Licitação e contrato administrativo*, p. 264.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.
- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.
- Recurso especial não conhecido.³²⁶

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.
2. Recurso especial provido.^{327 328}

Dessa forma, entendemos que a razão está com a terceira corrente aqui representada por José dos Santos Carvalho Filho, acompanhada, ainda, pela jurisprudência. Se as sanções de suspensão do direito de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade foram validamente aplicadas, isto é, respeitando o devido processo legal, a razoabilidade e a proporcionalidade, é porque o contratado de fato cometeu uma infração que causou grave prejuízo ao interesse público. Portanto, existe o risco de que esta conduta seja reiterada ao contratar com outro ente federativo, órgão ou entidade da Administração indireta, o que aconselha a extensão dos efeitos de tais penalidades a todo território nacional.

5 Prescrição

Neste tópico, pretendemos analisar qual o prazo que a lei confere à Administração para que ela exerça a competência sancionatória contra o particular contratado que pratica alguma infração.

³²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 151567/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. Julgado em 25/02/2003. DJ. 14-04-2003, p. 208. Disponível em : <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial 174274/SP. Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19/10/2004. DJ. 22-11-2004, p. 294. Disponível em : <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³²⁸ No mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: Representação n. 37812/026/07, Conselheira Relatora Maria Regina Pasquale, decisão proferida em 23/10/2007.

Como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, tal prazo não possui natureza prescricional, pois o seu transcurso elimina a “própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, o seu dever-poder”, daí ser mais correto falar em prazo decadencial.³²⁹

330

Em matéria de competência sancionatória nos contratos administrativos, não existe diploma legal que estabeleça o prazo prescricional para o seu exercício. Por isso, devemos aplicar por analogia a Lei n. 9.873/1999, tendo em vista a necessidade de se garantir segurança jurídica aos administrados e a estabilização das relações jurídicas.³³¹

Tal norma estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, nos seguintes termos:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

³²⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 1031.

³³⁰ Weida Zancaner explica que apenas o prazo decadencial é capaz de garantir aos particulares a devida segurança jurídica, uma vez que a Administração Pública não necessita de ação judicial para praticar atos dotados de imperatividade, como é o caso da aplicação de sanção, o instituto da prescrição não seria suficiente para estabilizar a situação jurídica do particular infrator (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77).

³³¹ Acompanhamos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello neste ponto (op. cit., p. 1032-1033).

Em se tratando de contratos administrativos, o termo inicial do prazo prescricional deve ser a data em que foi praticada a infração. Contudo, se “pela natureza do fato o mesmo não possa ser imediatamente conhecido”,³³² ou pela natureza do objeto do contrato o administrador somente possa tomar conhecimento da prática da infração com o recebimento do objeto, o prazo prescricional será contado a partir da ciência do fato.

A regra da prescrição intercorrente também deve ser aplicada no caso de procedimentos instaurados para apuração da prática de infrações nos contratos administrativos paralisados por três anos (artigo 1º, §1º, Lei n. 9.873/1999). No entanto, a inércia do procedimento deve ser exclusivamente imputável ao serviço administrativo, por analogia ao artigo 219 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, se a paralisação do processo se dever em alguma parcela a ato do particular interessado, ficará afastada a prescrição intercorrente.

Finalmente, Eduardo Rocha Dias entende que a pena de advertência só pode ser aplicada durante a execução do contrato, pois, finda esta, a Administração não teria mais interesse em aplicá-la.³³³ Discordamos desse entendimento, pois, mesmo após o término do contrato, é importante que a Administração aplique a advertência, se for o caso, pois com esse ato estará levando ao conhecimento do particular a efetividade da fiscalização e controle da execução do contrato, servindo para a prevenção da reincidência na prática de infrações em futuros contratos celebrados.

6 Desconsideração da personalidade jurídica na aplicação das sanções

Por fim, parece-nos relevante acrescentar que os efeitos das sanções de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade, podem ser estendidos para atingirem as pessoas dos sócios ou diretores das pessoas jurídicas sancionadas.

Ocorre que ganha força na doutrina e jurisprudência brasileiras a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica também no âmbito do

³³² DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 108.

³³³ *Ibidem*, p. 108.

Direito Administrativo, como forma de coibir a prática de fraude e abuso de direito pelo uso indevido da pessoa jurídica.

O princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica pode ser relativizado caso seja constatado que “estão sendo praticadas atividades fraudulentas sob o manto protetor da personalidade jurídica”, nesse caso, “cabe flexibilizar a cisão e superar a pessoa jurídica para se responsabilizar o membro que tenha agido em desacordo com o Direito, atingindo seu patrimônio pessoal”.³³⁴

Como salienta Luciano Chaves de Farias,

como regra geral, a pessoa jurídica é uma realidade autônoma em relação aos membros que a compõem, possuindo plena capacidade para assumir direitos e obrigações. É reconhecida, portanto, para a pessoa jurídica, a autonomia patrimonial em relação aos seus instituidores. A partir do reconhecimento dessa autonomia e de sua utilização como escudo protetor, oportunizam-se possibilidades para práticas fraudulentas, subtração de deveres e lesões a terceiros, restando desvirtuados os princípios e fins sociais que presidem a indispensável construção e utilização da figura da pessoa jurídica.³³⁵

Tal possibilidade é expressamente prevista em normas de Direito Privado (artigo 50 do Código Civil de 2002, artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, entre outros diplomas legais) e é reservada ao juiz.

Contudo, mesmo que não exista texto legal que autorize expressamente a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública, deve ser aceita esta possibilidade, sem que se cogite qualquer afronta ao princípio da legalidade.

Primeiro porque se trata de instituto da Teoria Geral do Direito, pois, sempre que, em alguma relação jurídica, a pessoa jurídica estiver sendo utilizada pelos seus sócios como meio para a prática de fraude e ilegalidade, claro está que esses devem ser diretamente responsabilizados.³³⁶

³³⁴ MONTEBELLO, Marianna. Os Tribunais de Contas e a disregard doctrine, p. 2 da versão eletrônica.

³³⁵ Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, v. 80, ano 7, out. 2007, p. 1 da versão eletrônica. Disponível em: [HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47766](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47766). Acesso em: 06.mar.2009.

³³⁶ MONTEBELLO, Marianna. Op. cit., p. 3 da versão eletrônica.

Tal idéia é sintetizada por Luciano Chaves de Farias da seguinte forma:

não obstante algumas áreas do Direito apresentem previsão específica e expressa quanto à aplicação da *disregard doctrine*, é importante sempre se ter em mente que tal instituto pertence à Teoria Geral do Direito, pois não há dúvida de que, independentemente da natureza do vínculo jurídico, se houver sócios da pessoa jurídica agindo fraudulentamente, com abuso de direito ou com violação à normas legais, é certo que caberá a superação da personalidade jurídica para se responsabilizar pessoalmente os envolvidos.

Segundo, porque é imprescindível para a garantia do interesse público impedir que “sociedades de fachada celebrem negócios jurídicos com a Administração Pública”; por isso, em razão da supremacia do interesse envolvido, a Administração deve ser dotada de meios para combater a “utilização abusiva ou ilegal de pessoas jurídicas”.³³⁷

Mesmo porque, além de ser superior, o interesse público é indisponível. Portanto, se a Administração se deparar com situação em que o interesse público está sendo prejudicado em razão do uso indevido da personalidade jurídica, e permanecer inerte, estará sendo omissa em seu dever de satisfazer o interesse público.

Marianna Montebello defende que a desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, mais do que uma possibilidade para a Administração, corresponde a um dever para ela, pois,

ciente da utilização irregular ou abusiva de uma sociedade por parte de seus membros, deixa de adotar a providência adequada – no caso, deixa de superar a personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal dos sócios administradores -, omite-se quando tinha o poder-dever de agir, exatamente para evitar que fossem vulnerados parâmetros fundamentais de atuação administrativa que ostentam dignidade constitucional.³³⁸

Além disso, se a Administração deve ser eficiente, nada mais lógico que seja carregada de mecanismos de controle das “entidades privadas que, por descentralização contratual, se encarregam da satisfação de parcela das necessidades coletivas”.³³⁹

³³⁷ Os Tribunais de Contas e a *disregard doctrine*, p. 11 da versão eletrônica.

³³⁸ *Ibidem*, p. 12 da versão eletrônica.

³³⁹ *Ibidem*, p. 12 da versão eletrônica.

Por fim, ressaltamos que a desconsideração da personalidade administrativa não é medida exclusivamente judicial, podendo ser aplicada legitimamente pelo administrador. Conforme salienta Luciano Chaves de Farias:

a explicação lógica para a necessidade de decisão judicial nas esferas consumeirista e cível reside no fato da existência de relações jurídicas de Direito privado, caracterizadas pela horizontalidade, não podendo uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na esfera administrativa, a realidade é bem distinta. As relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade, existem as conhecidas cláusulas exorbitantes, a indisponibilidade do interesse público e sua prevalência (supremacia) sobre o interesse privado da outra parte. Por isso, é plenamente possível conceber a dispensabilidade do magistrado na aplicação da teoria na seara administrativa.³⁴⁰

Dessa forma, a pessoa jurídica constituída por antigos sócios de sociedade que possuía o mesmo objeto e que foi sancionada com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública ou foi declarada inidônea deve também sofrer os efeitos de tal penalidade. Em outras palavras, pela desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos das sanções mencionadas devem ser estendidos aos seus sócios-administradores, para que nova pessoa jurídica não seja por eles constituída, com o fim de fraudar a aplicação de tais sanções.

Tal possibilidade foi expressamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

³⁴⁰ Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, p. 4 da versão eletrônica.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento.³⁴¹

Finalmente, vale mencionar que esta posição moderna a respeito da *disregard doctrine* na esfera administrativa já foi objeto de positivação inovadora pelo Estado da Bahia (Lei Estadual n. 9.433/2005)³⁴² e acolhida pelo Projeto de Lei n. 7.709/2007, que altera diversos dispositivos da Lei n. 8.666/1993.³⁴³

Com base na redação da legislação do Estado da Bahia, podemos dizer que são requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica para fins de impedimento de participação de licitação e de celebração de contratos com a Administração: pessoa jurídica formada por membros que constituíam sociedade sancionada com suspensão do direito de licitar e contratar ou declarada inidônea; que tenha objeto similar ao desta; que tenha sido constituída após o sancionamento.

Entendemos que, diferentemente do que exige o Código Civil, em matéria de licitações e contratos administrativos não é preciso comprovação de desvio de finalidade da sociedade ou confusão patrimonial, bastando que se verifique o preenchimento dos requisitos mencionados. Deve-se presumir que os sócios de entidade impedida de licitar e contratar com a Administração ou declaradas inidôneas, que formam nova sociedade com objeto e quadro

³⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15166/BA. Relator: Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 07/08/2003. DJ. 08-09-2003, p. 262. Disponível em : <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

³⁴² “Art. 200 – Fica impedido de participar e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida”.

³⁴³ De acordo com tal projeto, os seguintes dispositivos da Lei n. 8.666/1993 passariam a ter a seguinte redação, relacionada à desconsideração da personalidade jurídica: artigo 28, inciso VI - “declaração do licitante de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 desta Lei, bem como dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, nos termos do §4º do mesmo artigo”; e parágrafo único – “não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do §4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção”; e art. 87, §4º - “as sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de Direito Privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade”.

societário semelhantes aos daquela, estejam utilizando a personalidade jurídica com desvio de finalidade.

Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica, como todo ato administrativo restritivo, deve ser necessariamente precedida do exercício do contraditório e da ampla defesa pela pessoa prejudicada, a qual terá a oportunidade de demonstrar ou não o preenchimento dos requisitos mencionados ou elidir a presunção de desvio de finalidade.

V CONCLUSÃO

A partir da análise acima realizada, podemos concluir que existem relações jurídicas constituídas entre os particulares e a Administração Pública, nas quais se forma um vínculo específico, em que o particular se encontra sob uma sujeição especial, caracterizada pela flexibilização de direitos e garantias individuais e pela ampliação de competências administrativas.

As chamadas relações de sujeição especial possuem um regime jurídico próprio, interno, criado unilateralmente pela Administração com a finalidade de garantir o bom funcionamento da relação jurídica em que se inserem e, conseqüentemente, garantir a satisfação do interesse público subjacente. Além disso, a Administração possui competência para fiscalizar o cumprimento dessa disciplina e punir os comportamentos prejudiciais à relação.

Tal regime interno é deixado a cargo da Administração, em razão da impossibilidade de uma previsão legal minuciosa a respeito pela infinidade de peculiaridades que as relações de sujeição especial possuem, e em razão da necessidade de se conferir ao Poder Público maior liberdade de atuação no exercício de sua supremacia especial. Assim, o princípio da legalidade é matizado, mitigado, com a previsão de deveres aos particulares e competências para a Administração através de atos infralegais, mediante autorização em lei.

O princípio da tipicidade, que exige que as condutas consideradas ilícitas sejam exaustivamente descritas na lei, também sofre uma flexibilização em casos de sujeição especial, uma vez que as infrações, por vezes, são previstas de forma genérica pela lei.

O contrato administrativo representa uma típica relação de sujeição especial, pois, entre a Administração e o particular contratado, forma-se um vínculo específico, cuja finalidade é a satisfação do interesse público. Neste vínculo, o contratado se encontra em situação de dependência em relação à Administração Pública, e esta possui competência para ditar as regras de sua execução, fiscalizar o cumprimento dessas regras, sancionar o descumprimento, alterá-las. A existência de relação de sujeição especial no contrato administrativo justifica e fundamenta o plexo de prerrogativas colocadas à disposição da

Administração para a garantia da boa execução da avença, as chamadas cláusulas exorbitantes.

A respeito da competência sancionatória exercida nos contratos administrativos, apontamos que as sanções impostas possuem natureza disciplinar, espécie do gênero sanções administrativas.

O que distingue as sanções penais das sanções administrativas é a autoridade competente para aplicar a sanção. Se o agente competente for uma autoridade administrativa, a sanção será administrativa e o regime jurídico será de Direito Administrativo. Isso porque as sanções penais são da competência exclusiva de autoridade judiciária, *i.e.*, sua aplicação consiste em exercício da função jurisdicional, mediante processo penal, e são regidas pelo Direito Penal.

Por se tratar de ato administrativo, a aplicação da sanção administrativa é passível de revisão pelo Poder Judiciário e deve observar todos os princípios do Direito Administrativo, tais como o da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade administrativa, da discricionariedade, da moralidade, da continuidade do serviço público, devido processo legal, entre outros.

Apesar de não existir um *ius puniendi* estatal unitário, em razão da diversidade de regimes jurídicos das sanções penais e administrativas, ambas se submetem a certos princípios constitucionais, quais sejam, os direitos e garantias fundamentais dos acusados, decorrentes do Estado Democrático de Direito. Essas limitações possuem incidência variável de acordo com a natureza da sanção. Portanto, não é correto falar em aplicação de princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, devemos, sim, falar em respeito a direitos e garantias constitucionais por ambos.

Certamente, a sanção disciplinar é espécie de sanção administrativa, em virtude do sujeito que a aplica; portanto, é regida pelo Direito Administrativo Sancionador, mas com certas peculiaridades, decorrentes da própria relação de sujeição especial em que se aplicam. As sanções disciplinares não encontram seu fundamento na soberania do Estado, mas, sim, numa relação de supremacia especial: por meio delas, a Administração tutela a sua organização e ordem internas, há uma competência autoprotetora, ao passo que, nas demais

sanções administrativas, a competência visa a proteger a ordem social geral, isto é, visa a uma heterotutela.

As sanções aplicáveis aos particulares que participam de contratos administrativos são sanções disciplinares, às quais se aplicam os princípios constitucionais balizadores do Direito Administrativo Sancionador, mas com matizes, com peculiaridades.

Ao analisarmos a aplicação do princípio da legalidade a essa espécie de sanções, devemos considerar que, no Direito Administrativo, ele possui como inerente e essencial a discricionariedade, campo de liberdade deixado pela lei à Administração para que esta, diante do caso concreto, analise, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, qual a melhor medida a ser tomada.

Assim, a norma de competência que prevê a infração e a sanção administrativa descreve todos os elementos e pressupostos do ato administrativo sancionador de maneira mais ou menos minuciosa, com maior ou menor campo de liberdade à Administração. Em matéria de infrações e sanções disciplinares, o recurso a instrumentos legislativos como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais é mais intenso do que nas sanções administrativas em geral. É preciso deixar à Administração uma liberdade maior para prever as condutas consideradas ilícitas dentro de uma relação de sujeição especial, em razão da necessidade de se garantir o bom funcionamento da relação jurídica subjacente à sanção aplicada.

Portanto, a lei prevê genericamente as condutas consideradas ilícitas praticadas pelos particulares nos contratos administrativos, mas compete à Administração defini-las com precisão por meio de atos normativos infralegais ou por atos administrativos concretos como editais e contratos. Tal previsão legal genérica é suficiente para que seja respeitado o princípio da legalidade. Por outro lado, as sanções administrativas aplicáveis devem ser expressamente previstas em lei, não podendo a Administração Pública criar novas espécies em atos infralegais.

Por sua vez, no campo da sujeição especial, o princípio da tipicidade é respeitado através da descrição das condutas consideradas ilícitas, de maneira clara e precisa, por atos infralegais, *i.e.*, por regulamento, como no caso das agências, ou pelo edital ou contrato.

Assim, muito embora a tipificação seja exigida para se garantir a segurança jurídica dos particulares contratados, ela não é feita a nível legal.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não tipificou exhaustivamente todas as condutas dos particulares participantes de licitação ou contratados, que ensejariam a aplicação de sanções, fez uso de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, expressões cujo conteúdo é variável de acordo com o juízo subjetivo do agente público aplicador da norma.

A tipificação das infrações e a indicação das respectivas sanções deverão ser realizadas pelo edital da licitação, que indicará obrigatoriamente “as sanções para o caso de inadimplemento” (art. 40, III) e conterà “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor” (art. 40, §2º, III); e pelo contrato, pois uma de suas cláusulas essenciais é a previsão dos “direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas” (art. 55, VII).

O artigo 23 da Lei nº 8.987/1987 também considera cláusula essencial do contrato de concessão aquela relativa “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação” (inciso VIII). Ademais, o artigo 29 estabelece que é dever do poder concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação” (inciso I); e “aplicar as penalidades regulamentares e contratuais” (inciso II), o que significa que cabe ao poder concedente especificar as obrigações do concessionário e, conseqüentemente, descrever as infrações passíveis de sancionamento.

O rol de sanções previsto no artigo 87 da Lei nº 8.666./1993 é taxativo, a Administração não pode criar novas penalidades.

Sustentamos que não há inconstitucionalidade na possibilidade de que a conduta sancionável com a suspensão do direito de licitar ou contratar ou com a declaração de inidoneidade seja feita pelo edital da licitação e pelo contrato administrativo. Isto porque não se exige descrição legal das infrações praticadas pelos particulares contratados pela Administração Pública, basta a descrição prévia e clara no edital e contrato.

De acordo com os termos em que a competência sancionatória é prevista pela Lei nº 8.666/93, notamos que a tipificação das infrações passíveis de serem sancionadas e a

correspondência das respectivas sanções por meio do regulamento, edital e contrato é um dever para a Administração, mas o modo com que o fará é discricionário.

A Administração também possui discricionariedade na atividade de enquadramento da conduta *in concreto* na conduta prevista *in abstrato*, isto é, na aplicação concreta das previsões abstratas contidas no regulamento, edital e contrato.

Contudo, não possui discricionariedade na decisão de aplicar ou não a sanção uma vez constatada a prática da infração. Em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, as prerrogativas ou poderes da Administração no contrato administrativo são indisponíveis, irrenunciáveis.

Quanto ao momento oportuno para a aplicação da sanção, a Administração tem liberdade para escolhê-lo se a sanção acarretar a rescisão do contrato. Assim, a fim de evitar a brusca interrupção de sua execução, antes que novo particular seja contratado, em razão do princípio da continuidade do serviço público a espera pelo momento oportuno pode ser mais satisfatória para o interesse público do que a imediata aplicação da sanção. Cumpre que tal decisão seja devidamente motivada e respeite o prazo prescricional para tanto.

Em que pese a Administração não possuir discricionariedade para eleger a forma de veiculação da sanção, que necessariamente deverá ser escrita e aplicada mediante um processo administrativo, possui ampla discricionariedade para a escolha das sanções correspondentes a cada infração tipificada, pois a Lei n° 8.666/1993 trouxe um elenco de sanções diferentes sem relacioná-las às respectivas infrações. No entanto, essa escolha deve ser feita no momento da elaboração do regulamento, edital ou contrato, isto é, abstrata e previamente, vale dizer, no mesmo momento em que descreve as condutas ilícitas já fixa a sanção cabível.

Os parâmetros que regem a atividade sancionatória da Administração Pública, tanto quando exercida em abstrato, na previsão de infrações e sanção, quanto em concreto, na aplicação das mesmas, são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a finalidade de estimular o particular a alcançar as metas, obrigações e objetivos que justificaram a celebração do contrato, prevenindo condutas que afetem o interesse público subjacente, com o exame de todas as nuances do caso concreto, tais como a importância do

objeto do contrato, a reprovabilidade da conduta, a reincidência, a gravidade da lesão, graus de má-fé, dolo ou culpa, entre outros aspectos.

Como a Lei nº 8.666/93 previu quatro diferentes sanções com severidade escalonada e, ainda, a possibilidade de cumulação de multa a outras sanções, cumpre guardar a aplicação das sanções mais severas às condutas mais reprováveis.

Outro limite constitucional aplicável à atividade administrativa sancionatória nos contratos administrativos é o devido processo legal, incluindo o direito à ampla defesa, ao contraditório e o direito de ser processado pela autoridade competente. Dessa forma, o particular tem o direito de saber quais são os atos a ele imputados, de ter vista dos autos processuais, de se manifestar e ser ouvido a respeito das manifestações administrativas, de produzir provas em seu favor, de interpor os recursos previstos na lei, de ser intimado de todas as decisões proferidas, de ser processado pela autoridade competente, entre outros reconhecidos em lei ou pela jurisprudência.

A motivação também é um meio indispensável de controle dos atos administrativos, com a exposição dos pressupostos fáticos e jurídicos que levaram à prática do ato administrativo. Permite que o sujeito prejudicado pelo ato sancionatório tome conhecimento das razões fáticas que o provocaram e de seu embasamento jurídico.

Quanto aos efeitos da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade, entendemos que eles devem ser estendidos a todo território nacional. Isso porque, se elas foram validamente aplicadas, isto é, respeitando o devido processo legal, a razoabilidade e a proporcionalidade, o contratado de fato cometeu uma infração que causou grave prejuízo ao interesse público e, portanto, existe o risco de que esta conduta seja reiterada ao contratar com outro ente federativo, órgão ou entidade da Administração indireta.

Em razão da inexistência de diploma legal que estabeleça o prazo prescricional para o exercício da competência sancionatória nos contratos administrativos, deve ser aplicada por analogia a Lei nº 9.873/1999, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, tendo em vista a necessidade de se garantir segurança jurídica aos administrados e a estabilização das relações jurídicas.

Por fim, devemos acrescentar que os efeitos das sanções de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade, podem ser estendidos para atingirem as pessoas dos sócios ou diretores das pessoas jurídicas sancionadas, para que nova pessoa jurídica não seja por eles constituída com o fim de fraudar a aplicação de tais sanções. Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser necessariamente precedida do exercício do contraditório e da ampla defesa pela pessoa prejudicada, a qual terá a oportunidade de elidir a presunção de desvio de finalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3 ed. Tradução Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosh, 1970.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Policia y poder de policia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, p.11-51, jan./abr.1961.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Discricionariedade, vinculação e sanção aplicável a servidor público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 40, p. 182-185, 2002.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS JR., Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Do poder disciplinar no direito administrativo português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *O contrato administrativo*. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

_____. *Derecho administrativo*. 9 ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e processo disciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

CORREIA, Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral [do Estado do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, n. 27 supl., p. 95-109, 2003, p. 95 da versão eletrônica. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2008.

CRETELLA JR., José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 1992.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, v. 80, ano 7, out. 2007. Disponível em: [HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47766](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=47766). Acesso em: 06.mar.2009.

FERRAZ, Sérgio; DALARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. 1999. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

_____. *Teoria Geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. 2008. 420 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos dos licitantes*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 46, p.72-85, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás–Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2 ed., Madrid: Civitas, 1981.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 8 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20 ed. alemã. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HIPLER, Vera Regina. *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito administrativo brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais* 2006. 339 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

LIMA, Ruy Cirne. *Principios de direito administrativo*. 7 ed., ver. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros 2007.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 12, p. 945-960, dez. 2002.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99-139.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEBELLO, Marianna. Os Tribunais de Contas e a disregard doctrine. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, v. 49, ano 5, mar. 2005. Disponível em: [HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=6195](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=6195). Acesso em: 06 mar. 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 46, p.103-113, 2004.

_____. O processo de licitação, a Lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 37, p.107-117, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Parecer elaborado na Contribuição nº 1 da Consulta Pública nº 847 ANATEL - *Proposta de alteração no regulamento de aplicação de sanções administrativas* – Brasília, 2008. Disponível em: <www.anatel.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406.

_____. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 329-351.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PELEGRINI, Márcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas no exercício da função controladora – contornos constitucionais*. 2008. 331 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PORTA, Marcos de Lima. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *A inefetividade do direito administrativo disciplinar dos magistrados: uma afronta ao Estado Democrático e Social de Direito brasileiro*. 2007. 186 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

PORTO NETO, Benedicto. A Agência Nacional de Telecomunicações. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286-299.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *O poder sancionatório da Administração Pública nas concessões de serviços públicos*. 2004. 159 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: Carlos Ari Sundfeld (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca, 1924.