

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Saulo Pinheiro de Queiroz

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA APLICAÇÃO AO REGIME
SANCIONATÓRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Porto Alegre
2016

Saulo Pinheiro de Queiroz

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA APLICAÇÃO AO REGIME
SANCIONATÓRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de Especialista em
Direito do Estado pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Dieder Reverbel.

Porto Alegre
2016

Dedico este trabalho à minha família, em especial à minha esposa, Michele, e ao meu querido filho, João Arthur, razões de todos os meus esforços pessoais e profissionais.

“Quanto maior o poder, mais perigoso é o abuso”.

Edmund Burke

RESUMO

Avalia o presente trabalho a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do regime sancionatório dos contratos administrativos. Para tanto, inicia fazendo um apanhado histórico e teórico acerca do princípio da proporcionalidade, analisando-lhe as raízes e desfazendo equivocidades indevidas acerca de sua confusão com o princípio da razoabilidade. Segue tratando do substrato do princípio e de seus subprincípios, tais quais construídos pela doutrina alemã, inclusive mencionando os esforços de racionalização da lei da ponderação e as críticas desenvolvidas em torno de sua aplicação. Mostra, também, a construção doutrinária das estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade. Analisa a discricionariedade administrativa, tal como é vista na contemporaneidade, bem como estabelece a sua relação com o regime sancionatório dos contratos administrativos, que é permeado por competências discricionárias. Menciona a necessidade de aplicação da teoria do diálogo das fontes para resolver aparentes antinomias entre os regimes da lei de licitações e contratos administrativos e da lei do pregão. Analisa, por fim, a aplicação do princípio da proporcionalidade como medida de justiça na aplicação das sanções no âmbito dos contratos administrativos regidos pelo direito público.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Regime sancionatório. Princípio da proporcionalidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|-------------------------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 9 |
| 2.1 Origem e Antecedentes Teóricos | 9 |
| 2.2 Conteúdo e Subprincípios | Erro! Indicador não definido. |
| 3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, O REGIME SANCIONATÓRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO SEU ÂMBITO | 22 |
| 3.1 A discricionariiedade administrativa | 22 |
| 3.2 Sujeição geral e sujeição especial dos particulares à Administração Pública | 25 |
| 3.3 O regime sancionatório das Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e a discricionariiedade administrativa | 28 |
| 3.4 As espécies de sanções, sua aplicabilidade e a incidência da teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, no caso dos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão | 35 |
| 3.5 O princípio da proporcionalidade como medida de justeza na aplicação das sanções no âmbito dos contratos administrativos | 39 |
| 4 CONCLUSÃO | 44 |
| REFERÊNCIAS | 46 |

1 INTRODUÇÃO

No estágio atual de evolução da Ciência do Direito, é insofismável a posição de relevo que assumem os princípios jurídicos. Ainda que com relativa divergência doutrinária acerca da fonte primária de tais princípios, ou seja, se seriam decorrentes de uma sorte de valores que precedem a inauguração da ordem jurídica (o chamado direito natural) ou se, ao revés, seriam estatuídos a partir do momento em que a sociedade firma o seu contrato social (Constituição)¹, a força normativa dos princípios é hoje proclamada com certa unanimidade.

Igualmente, é importante a menção à hoje sedimentada ideia segundo a qual os princípios são espécies de normas jurídicas, assim como as tradicionais regras.² São, portanto, normas-princípios, dotados de força normativa por si próprios, ou seja, passíveis de aplicação independentemente de estarem intermediados por uma regra jurídica que reflita ou expresse o seu conteúdo normativo.

Os princípios, sobretudo aqueles positivados em sede constitucional, galgaram incontestemente posição de precedência nos mais variados ordenamentos jurídicos (principalmente nos países ocidentais) a partir do século XX. No Brasil, inclusive, diante do fortalecimento da tese da supremacia da Constituição, falou-se amplamente em constitucionalização do Direito, tese fundada na força normativa da Lei Maior e, em última análise, dos princípios que dela constam.³

Como princípio que transita em vários âmbitos da ciência jurídica nessa fase de constitucionalização do Direito, tem-se o princípio da proporcionalidade, que costuma trazer consigo, na doutrina, uma clara relação com a limitação do poder estatal, mas de igual modo com as noções de justa proporção, de justa medida, de dever de razoabilidade, de proibição de excesso etc.

¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 167.

² O professor Humberto Bergmann Ávila enxerga, ainda, a existência de uma terceira espécie, que seria a dos postulados normativos, a exemplo do postulado da proporcionalidade. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 121.

³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 240, p.5-6, 21 jan. 2005. Fundação Getúlio Vargas.

No campo do direito administrativo, em especial, o princípio da proporcionalidade se relaciona diretamente com a limitação do poder estatal, principalmente quando se vislumbra a atuação administrativa discricionária. Reflete, assim, a exigência de que a discricionariedade administrativa seja praticada conforme os ditames do referido princípio ou, consoante o ensinamento de Juarez Freitas – que a insere na ideia maior de direito fundamental à boa Administração Pública, a exigência da discricionariedade proporcionalmente exercida.⁴ Relaciona-se, ainda, com a necessidade de que as restrições a direitos dos particulares levadas a efeito pelo Estado-administração sejam pautadas pelos critérios – subprincípios ou princípios parciais – que decorrem do princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto, a atividade sancionatória do Estado sobre os particulares, objeto de estudo do direito administrativo, é particularmente condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Seja nas relações decorrentes da chamada sujeição geral dos particulares ao *ius imperii* do Estado, seja naquelas relações jurídicas em que se pode falar na existência de uma sujeição especial dos particulares⁵, a competência sancionatória é sobremaneira pautada pelo propalado princípio da proporcionalidade.

Quando se menciona, então, o regime sancionatório no microsistema dos contratos administrativos, ou seja, nos contratos firmados pela Administração em decorrência de procedimentos licitatórios (ou mesmo de sua dispensa ou de sua declaração de inexigibilidade), dada a ampla discricionariedade que a legislação de regência conferiu aos agentes públicos (especialmente os artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), a estrita observância do princípio da proporcionalidade é um dever incontornável.

Assim, tanto na definição, nos editais de procedimentos licitatórios e nos contratos administrativos deles decorrentes, quanto na execução das referidas avenças, em que os agentes públicos se veem diante de situações que podem ou não configurar infrações contratuais, assim como no momento da gradação das

⁴ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 143.

⁵ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de la 3ª ed. Italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. 2v. p. 227.

sanções a serem eventualmente aplicadas, existe um campo inegavelmente fértil para a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto balizador da discricionariedade administrativa legitimamente exercida.

Neste trabalho, pretende-se, então, escrutinar a aplicação do princípio da proporcionalidade como elemento norteador do exercício legítimo da discricionariedade administrativa no âmbito do regime sancionatório dos contratos administrativos regidos pelas leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Para atingir o referido intento, perpassar-se-á a origem do princípio da proporcionalidade, assim como se analisarão os seus antecedentes teóricos e a sua conformação doutrinária atual.

Igualmente, será feita uma exposição breve do regime sancionatório dos contratos administrativos, fixando-se as suas bases legislativas e perquirindo a ampla discricionariedade conferida aos agentes públicos na sua execução.

Por fim, realizar-se-á um exame da aplicação do princípio da proporcionalidade como demarcador do exercício legítimo da competência sancionatória na seara dos contratos administrativos, seja na tipificação, pela Administração, das condutas reprováveis passíveis de punição, seja na aferição da gravidade das condutas para a aplicação de penas consideradas proporcionais.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Origem e Antecedentes Teóricos

Afirmar, com autoridade, a origem do princípio da proporcionalidade é tarefa por demais árdua. Isso porque, a toda evidência, verifica-se, na doutrina, uma grande equivocidade na fixação do seu marco originário.

É comum ver a origem do princípio atrelada à própria ideia de Estado de Direito, ou seja, ao princípio do Estado de Direito, segundo o qual a organização estatal se vincula às normas legitimamente estabelecidas em seu escopo (no âmbito do constitucionalismo moderno, através de uma Constituição, sobretudo escrita).

Nesse sentido, Heinrich Scholler:

A *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito, o qual — na condição de princípio constitucional fundamental — vincula o legislador, na medida em que serve de fundamento para o princípio da reserva de lei proporcional.⁶

Há, ainda, forte corrente que lhe estabelece a origem relacionada ao princípio do devido processo legal (*due process of law*), sucessor da cláusula do direito medieval saxônico *law of the land*. A cláusula *law of the land*, por seu turno, deita raízes na *Magna Charta* de João Sem Terra, do ano de 1215, documento amplamente reconhecido como um dos antecedentes do constitucionalismo.⁷

É que o princípio do devido processo legal, desenvolvido sobretudo no direito norte-americano, tornou por assumir duas facetas, que se convencionaram chamar de devido processo legal procedimental (*procedural due process*) e de devido processo legal substantivo (*substantive due process*). Na Suprema Corte norte-

⁶ SCHOLLER, Heinrich; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público – IP**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999.

⁷ GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p.5-6, out. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12543>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

americana, a aplicação do *substantive due process*, segundo David P. Currie, remonta ao caso *Lochner versus New York*, do ano de 1905, assim como voltou a ter notória relevância durante o período da Corte Warren.⁸

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, possui vários precedentes que relacionam a origem do princípio da proporcionalidade com a cláusula do devido processo legal substantivo, até mesmo como forma de alçá-lo à condição de princípio constitucional, dada a inexistência de previsão expressa do referido princípio na Constituição da República de 1988.

Vejamos, como exemplo, o seguinte aresto:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. PROVÃO. Lei 9.131, de 24.XI.95, artigo 3º e parágrafos. C.F., art. 5º, LIV; art. 84, IV; art. 207. I. - Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9.131/95, art. 3º e parágrafos. Argüição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao "substantive due process" inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária -- CF, art. 207 -- e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, C.F. II. - Irrelevância da argüição de inconstitucionalidade. III. - Cautelar indeferida.⁹

A esse respeito, cumpre aduzir que, embora tenha sido reconhecida ao princípio da proporcionalidade a condição de princípio implícito na nossa Constituição da República de 1988, ele se encontra positivado no plano infraconstitucional, mais especificamente na lei que regula o processo administrativo no âmbito federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

⁸ CURRIE, David P. *Lochner Abroad: Substantive due process and equal protection in the Federal Republic of Germany*. **Supreme Court Review**, Chicago, p.333-335, 1989.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi-mc nº 1511. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Dj**. Brasília, 03 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;¹⁰

A doutrina, nesse ponto, além de avalizar a ideia de que se trata de princípio implícito (ou pressuposto) no texto constitucional, dados os conteúdos do princípio do Estado de Direito, do princípio da legalidade e do princípio do devido processo legal, minimiza a inexistência de previsão expressa, sobretudo diante do que consta do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Já Willis Santiago Guerra Filho ensina que a noção de proporcionalidade, por certo, tem suas origens vinculadas ao nascimento do Estado de Direito, até mesmo porque não seria concebível tratar de uma limitação do poder estatal que não tivesse a ver com a própria ideia de sujeição do Estado às normas por ele estatuídas. Nas palavras do já referido mestre:

A ideia subjacente à “proporcionalidade”, *Verhältnismässigkeit*, noção dotada atualmente de sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado por uma Constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis. Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifesta a ideia anteriormente referida, quando estabelece: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689, onde então adquire força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos agora aos súditos em seu conjunto, após a “Revolução Gloriosa”, liderada por Cromwell.¹¹

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco fazem menção, ainda, a duas posições divergentes. Uma delas é a posição de Robert Alexy, segundo a qual o fundamento do princípio da proporcionalidade estaria na própria concepção

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 84-85.

dos direitos fundamentais, já que se relaciona diretamente com a ponderação entre eles. Referem-se, ainda, a posicionamento de Bernhard Schlink, segundo o qual o princípio da proporcionalidade tem suas raízes ligadas ao direito suprapositivo.¹²

Além das já aludidas referências sobre a origem e o fundamento do princípio da proporcionalidade, afigura-se razoável imaginar que alguns antecedentes teóricos do princípio da proporcionalidade estão justamente nas diversas teorias da justiça desenvolvidas no âmbito da filosofia clássica e da filosofia do direito. Como exemplo, poder-se-ia citar a teoria de Aristóteles acerca da equidade, a qual conclui o filósofo ser a própria aplicação da justiça a um dado caso concreto posto à análise. Utiliza-se, para ilustrar a teoria, da metáfora da chamada "régua de Lesbos". Isso porque a régua de Lesbos era uma régua de chumbo maleável utilizada pelos construtores da ilha de Lesbos para medir, com exatidão, pedras dos mais diversos tamanhos e formatos. A régua, assim, flexível como era, amoldava-se perfeitamente às pedras, sejam quais fossem os seus formatos e tamanhos.¹³ Nas palavras de Miguel Reale:

Para o autor da *Ética a Nicômaco*, a equidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto. A equidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, "ajustada" à particularidade de cada fato ocorrente. Enquanto a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a equidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso.

Foi por esse motivo que Aristóteles a comparava à "régua de Lesbos". Esta expressão é de grande precisão. A régua de Lesbos era a régua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidades do objeto. A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a "régua de Lesbos" flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis de experiência humana.¹⁴

O princípio da proporcionalidade, assim, parece ter utilidade semelhante, já que tem a sua utilização relacionada diretamente à solução de casos concretos. Assim, a correta utilização do princípio da proporcionalidade em determinado caso concreto deve conduzir àquilo que Aristóteles chamava de equidade, ou seja, a justiça do caso específico posto à análise.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 525-527.

¹³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco ; Poética / Aristóteles**: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 120.

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

Reforçando, aliás, essa tese, diz Eros Roberto Grau: “O que pretendo singelamente afirmar, inspirado em Neumann, é que a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade”.¹⁵

2.2 Conteúdo e Subprincípios

Ultrapassada a apresentação das aventadas origens do princípio em análise, passa-se à apresentação daquilo que vem a ser o seu substrato, ou seja, o conteúdo que se extrai do seu conceito e conduz à sua aplicação. De igual modo, escrutina-se a sua estrutura, apresentando aqui os subprincípios desenvolvidos pela doutrina ao longo das décadas de estudo e de evolução do referido postulado.

Consoante foi dito no tópico precedente, uma das origens mais mencionadas frequentemente pelos doutrinadores para o princípio da proporcionalidade é a cláusula do devido processo legal, sobretudo na sua acepção chamada de substantiva, o *substantive due process*.

Essa menção diz respeito à própria ligação feita pela doutrina entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (*rule of reasonableness*), já que este se desenvolveu no direito anglo-saxão como corolário da ideia de devido processo legal substantivo. Trata-se, na verdade, de alusão que chega a ser quase que automática no meio jurídico. Sempre que se fala em princípio da proporcionalidade, vem à mente, inevitavelmente, a noção de razoabilidade.

E não é à toa. A doutrina os trata, muitas vezes, como sinônimos. Em outras tantas, conferem-lhes, reciprocamente, *status* de subprincípio um do outro.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro refere-se a ambos os princípios, basicamente, como sinônimos. São fartas as decisões em que há uma menção automática a ambos os princípios como se fossem um só.¹⁶

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação-aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 133.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, em artigo pioneiro acerca do neoconstitucionalismo no Brasil, trata-os sempre como sinônimos, ora se referindo a eles como binômio “proporcionalidade-razoabilidade”, ora os mencionando alternativamente, levando a crer na possibilidade simples de substituição de um por outro sem perda de sentido.¹⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, enxerga o princípio da proporcionalidade como sendo parte integrante do princípio maior da razoabilidade, apesar não desconhecer que o direito alemão o traz enquanto princípio autônomo:

Compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, condição exigente do equilíbrio justo entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados, e que pode ser tanto considerada como um princípio autônomo como um requisito da razoabilidade.

[...]

A proporcionalidade, uma vez admitida como um princípio substantivo autônomo, como o faz a doutrina alemã, e não apenas, com o sentido estrito e contido como um aspecto do conceito de razoabilidade, prescreve, especificamente, a manutenção de um justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação administrativa do Estado.¹⁸

É o mesmo posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta que a proporcionalidade tem direito a um "destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato".¹⁹

Em sentido amplamente diverso, vê-se que a doutrina alemã, por vezes, menciona a razoabilidade como uma das exigências de plena observância do princípio da proporcionalidade, aparecendo como um de seus subprincípios:

Ao lado dos critérios da adequação e da necessidade dos meios para a consecução dos fins previstos na Constituição e nas leis, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram um terceiro critério, a assim denominada

¹⁶ SOARES, Gabriela Mansur; CAMPOS, Mariano Henrique Maurício de. Análise da aplicação do postulado da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. **Revista da Advocacia-geral da União**, Brasília, v. 20, n. 8, p.166-168, jun. 2009.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 240, p. 40-43, 21 jan. 2005. Fundação Getúlio Vargas.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 176.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93-94.

proporcionalidade em sentido estrito, também designada de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida (*Zumutbarkeit oder Angemessenheit*).²⁰

Humberto Bergmann Ávila, noutra linha, defende uma diferenciação entre os referidos princípios (os quais chama de postulados), para isso traçando distinções que considera provas de que razoabilidade e proporcionalidade encerram conceitos e estruturas diversas, não devendo ser confundidas pelo estudioso do Direito:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.²¹

Parece conciliador o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, que entende que as diferenças observadas entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são decorrentes, sobretudo, de suas diferentes origens. Enquanto o princípio da razoabilidade nasce no direito anglo-saxônico, ligado profundamente à ideia de devido processo legal substantivo, o princípio da proporcionalidade se desenvolve no direito alemão, ligado, inicialmente, à limitação do poder de polícia administrativa e, em momento posterior, ampliado para regular as limitações a todo tipo de excesso que possa sobrevir da atuação do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos particulares. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade teria desenvolvimento estrutural diverso em razão da tradição analítica do direito alemão.²²

Assim, tomando por base a lição segundo a qual os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade encerram propósitos semelhantes,

²⁰ SCHOLLER, Heinrich; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público – IP**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 146.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 25 et seq.

diferenciando-se entre si apenas em razão da origem de ambos e do desenvolvimento de suas respectivas estruturas, passa-se a discorrer sobre os chamados subprincípios do princípio da proporcionalidade, tais quais estruturados no direito alemão.

Nessa seara, a experiência jurídica alemã, a qual é bem apresentada por Willis Santiago Guerra Filho em sua obra²³, culminou com a estruturação do princípio da proporcionalidade em três princípios parciais ou subprincípios: adequação ou idoneidade (*Geeignetheit*), necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade (*Verhältnismässigkeit*).

Segundo o jusfilósofo alemão Robert Alexy, os dois primeiros subprincípios (para ele, idoneidade e necessidade) encerram uma ideia de otimização, quanto às possibilidades fáticas surgidas na colisão entre valores fundamentais, enquanto ao terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, resta a ideia de otimização relativamente às respectivas possibilidades jurídicas.²⁴

Cumprе ressaltar que, para Alexy, o princípio da proporcionalidade guarda estreita relação – para não dizer única – com a ponderação dos direitos fundamentais em situações concretas. Os direitos fundamentais, por sua vez, seriam normas-princípios que encerram, segundo o autor, “mandamentos de otimização”. Como tais, comportariam aplicações em diferentes níveis, a depender dos bens jurídicos que lhes fossem contrapostos em determinado caso concreto a ser solucionado mediante a intervenção do princípio da proporcionalidade.²⁵

Assim sendo, os dois primeiros subprincípios diriam respeito à otimização dos princípios em conflito quanto às suas possibilidades fáticas.

O subprincípio da adequação ou idoneidade diz respeito, em linhas básicas, à aptidão de um meio para o atingimento do fim colimado. Passa ao largo, no entanto,

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 72.

²⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 6. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 110.

²⁵ ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 8. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 131-132.

de uma análise mais profunda acerca do grau de comprometimento de outros valores como consequência da intervenção promovida pelo meio escolhido, o que poderia redundar, em princípio, em que o meio empregado fosse desmedido.

Já o subprincípio da necessidade ou exigibilidade traz uma noção mais verticalizada, segundo a qual deve ser empregado o meio menos gravoso que seja apto ao atingimento do fim desejado, ferindo o princípio da proporcionalidade qualquer ação que desborde da mínima intervenção possível.

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade impõe um “sopesamento” ou uma ponderação entre os ganhos efetivos obtidos com o alcance do intento desejado e o grau de intervenção – ou de “violência” – que foi necessário imprimir para chegar a essa finalidade colimada. Assim, segundo o referido critério, se o grau de intervenção ou de violência a um determinado bem jurídico for maior que os ganhos esperados com a obtenção do bem esperado, o atingimento da finalidade ferirá o princípio da proporcionalidade.

É o que quer dizer Alexy quando fala da “lei da ponderação”:

Uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual pode ser designada como “lei da ponderação” e deixa formular-se como segue:

Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa decompor-se em três passos parciais. Em um primeiro passo, deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.²⁶

É, aliás, essa a clássica ideia de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”²⁷, mas que foi decomposta por Alexy para melhor sistematizar a sua aplicação.

²⁶ ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 8, p. 133. Tradução de Luís Afonso Heck.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152 et seq.

Conforme referido, Alexy vê na análise da proporcionalidade em sentido estrito a atividade da ponderação entre princípios. Para isso, mais ainda, decompõe esse exame em três fases, visando a garantir-lhe maiores graus de racionalidade e de cientificidade. Mais ainda, cria uma escala de valoração dos princípios colidentes, a fim de tornar a atividade de ponderação ainda mais palpável. É a chamada escala triádica, composta por graus de interferência nos princípios em rota de colisão. São os graus leve, moderado e grave.²⁸

No entanto, para o referido jusfilósofo, a mera adoção dessa “estrutura triádica” não seria suficiente para uma conclusão no sentido de que este método é racional. Seria necessário, por conseguinte, um esquema inferencial semelhante ao método dedutivo aplicável à hipótese de subsunção de uma situação fática a uma regra de direito. Nessa linha, propõe a adoção da chamada formula peso.²⁹

A formula peso é apresentada por Alexy, na sua forma mais singela, como a seguinte expressão matemática: $W_{ij} = I_j / I_i$.

Explicando o que seria cada um dos elementos, o autor utiliza um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que estavam em colisão o direito à liberdade de expressão de uma revista (*Titanic*) e o direito de personalidade de um oficial da reserva paraplégico, que foi chamado pela revista de “nascido assassino” e de “aleijado”.³⁰ Diz o autor:

‘ I_i ’ representa a intensidade de interferência no princípio P_i , isto é, o princípio que garante a liberdade de expressão da *Titanic*. ‘ I_j ’ representa a importância de satisfazer o princípio que concorre P_j , em nosso caso, o princípio que garante o direito de personalidade ao oficial paraplégico. O ‘ W_{ij} ’ representa o peso concreto de P_i . A fórmula peso chama a atenção sobre isto, que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Ela faz isso por produzir o peso concreto para o quociente da intensidade de interferência com este princípio (P_i) e a importância concreta do princípio que concorre (P_j).³¹

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133. Tradução de Maria Cláudia Cachapuz.

²⁹ *Ibidem*, p. 134, 135.

³⁰ *Ibidem*, p. 134.

³¹ ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135. Tradução de Maria Cláudia Cachapuz.

Alexy propõe, ainda, que se atribuam valores aos graus leve, moderado e grave, os quais seriam melhor representados pelos números sequenciais da progressão geométrica de base dois. Assim, 2^0 , 2^1 e 2^2 ou 1, 2 e 4.

Na solução do caso utilizado como exemplo para a explicação do método, Alexy continua expondo o seguinte:

O tribunal constitucional federal considerou a intensidade da violação (I_i) com a liberdade de expressão (P_i) na sentença Titanic como grave (s) e a importância de satisfazer o direito de personalidade (P_j) do oficial (I_j), no caso de descrevê-lo como um “nascido assassino”, por causa do contexto altamente satírico, como somente moderado (m), talvez até como leve (l). Se nós inserirmos os valores correspondentes da nossa sequência geométrica para s e m, o peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) é, nesse caso, $4/2$, isto é, 2.³²

Em que pese não se possa negar o esforço analítico realizado por Alexy para a sistematização da atividade de ponderação, não são desconhecidas as diversas críticas realizadas acerca do método. Isso porque, segundo aduzem os críticos, sempre restaria uma grande margem de “decisionismo” na fixação dos pesos a serem aplicados a cada um dos princípios em conflito, de modo que a atividade dá uma abertura inegável ao influxo do arbítrio humano.

Nas palavras de Leonardo Martins:

A chamada proporcionalidade em sentido estrito é, ao contrário do exame que termina com a aferição do meio necessário, aberta a subjetividades incontroláveis, pois se refere a um exame do peso dos bens jurídicos envolvidos, um exame de ponderação entre vantagens para o Estado ou coletividade e desvantagens para os titulares de direitos fundamentais atingidos pela intervenção e, por isso, destituídos de qualquer racionalidade jurídica.³³

Mesmo que não se concorde com a veemência da afirmação do referido autor, para o qual a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não é dotada de qualquer racionalidade, não se pode simplesmente olvidar da relevância da crítica, a qual foi dirigida, originariamente, por Jürgen Habermas, para quem não há critérios racionais para o balanceamento dos direitos fundamentais,

³² *Ibidem*, p. 135.

³³ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade. In: DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 760-761.

aduzindo que “porque não há critérios racionais aqui, ponderação tem lugar ou arbitrária ou irrefletidamente, segundo critérios e hierarquias habituais”.³⁴

De qualquer sorte, para o propósito deste trabalho, a arbitrariedade ou não da ponderação, ou seja, da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, fica reduzida, já que a questão da limitação da discricionariedade administrativa no regime sancionatório dos contratos administrativos se resolve, quase que exclusivamente, nos critérios da adequação e da necessidade.

É interessante a ponderação realizada por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, com apoio em Bodo Pieroth e em Bernhard Schlink, a respeito do ponto ora discutido:

Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, um papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão³⁵.

Um outro ponto de relevo a ser trazido para o estudo do princípio da proporcionalidade é aquilo que a doutrina alemã desenvolveu acerca das estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade.

Não se trata de uma nova subdivisão do princípio ou mesmo de uma revisitação daquela composição analítica já maturada pela doutrina (ou seja, a subdivisão em princípios parciais ou subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), mas de uma aplicação dessa estrutura analítica levando em consideração as situações postas à análise.

No ensinamento de Lothar Michael:

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Trad. Por William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996, pp. 256-259.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 545-546.

O conceito “proporcionalidade” representa distintos processos de ponderação que, de modo nenhum, estão sujeitos ao mesmo esquema de argumentação. Considerados são, com a distinção, não a proporcionalidade “em sentido amplo” e “em sentido estrito”, mas as três estruturas de argumentação que se ocultam atrás da proporcionalidade: a proibição de excesso como barreira perante intervenções em liberdades, a proibição de insuficiência como elemento condutor de deveres de proteção jurídico-fundamentais e a barreira do princípio da igualdade.³⁶

Assim, em linhas mestras, a proibição de excesso diria respeito ao impedimento de que o Estado interviesse de forma desproporcional nas esferas de liberdade dos particulares; a proibição de insuficiência ou de proteção insuficiente deveria guiar o Estado na concretização de deveres de proteção jurídico-fundamentais, *v.g.*, a garantia de observância dos direitos sociais em seus variados graus de realização; e, por fim, a “barreira do princípio da igualdade” seria a garantia de concretização da igualdade material ou, como chamada por Lothar Michael, que sistematizou os referidos modelos argumentativos, a proporcionalidade das diferenciações.³⁷

Aqui, mais uma vez, cumpre aduzir que no campo de atuação do princípio da proporcionalidade que foi proposto neste trabalho, apenas será explorada uma das estruturas de argumentação acima, ou seja, a da proibição de excesso, já que, em última análise, a intervenção realizada pelo Estado no âmbito do regime sancionatório dos contratos administrativos é uma espécie de interferência na esfera de liberdade dos particulares, relacionada, sobretudo, à proteção dos direitos à liberdade, à propriedade e à segurança.

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, O REGIME SANCIONATÓRIO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO SEU ÂMBITO

3.1 A discricionariedade administrativa

³⁶ MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade: Para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 189. Tradução de Luiz Afonso Heck.

³⁷ *Ibidem*, pp. 198-206.

A discricionariedade administrativa é de difícil conceituação, dados, sobretudo, o seu caráter evolutivo e os novos contornos que a atividade administrativa vem assumindo no âmbito do Estado pós-moderno.

Com efeito, na esteira do neoconstitucionalismo, também chamado por alguns de pós-positivismo, é inadmissível uma ideia de discricionariedade administrativa sem a observância, além do campo de atuação aberto pela lei, dos princípios e dos valores fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Cumprir aduzir que, tradicionalmente, o poder discricionário dizia respeito à atuação do agente público dentro de um âmbito determinado pela lei, considerada esta em seu sentido estrito. Era a vinculação ao princípio da legalidade estrita, em sua acepção clássica, de vinculação apenas à lei.

Sobre esse aspecto, é bastante pedagógica a metáfora utilizada por Almiro do Couto e Silva para explicar a extensão da discricionariedade clássica, comparando-a aos espaços deixados entre os fios de uma malha, que chama de “malha legal”:

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 lhes 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.³⁸

Na nova quadra de evolução do direito administrativo, no entanto, impõe-se uma noção de princípio da legalidade mais elástica, na qual não apenas se vê como parâmetro à atividade administrativa a lei em sentido estrito, mas todo o ordenamento jurídico, sobretudo as suas normas de maior estatura, ou seja, os princípios e as regras postas na Constituição da República. Seria a ideia de

³⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-geral do Estado: Cadernos de Direito Público**, Porto Alegre, v. 57, n. 27, p.95-109, jan. 2004.

juridicidade contraposta à ideia clássica de legalidade, tal qual visto na já clássica doutrina do administrativista português Paulo Otero.³⁹

Como leciona Gustavo Binbenbojm:

Como agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado nos itens anteriores, mediante a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa e (IV) admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.⁴⁰

Tendo por base essas premissas, então, vê-se a doutrina mais atual conceituar a discricionariedade tendo por base o conceito de juridicidade, assim como, mais recentemente, o denominado direito fundamental à boa administração pública, assim conceituado pelo ilustre professor Juarez Freitas:

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.⁴¹

Conduzido, então, pelos conceitos de juridicidade e de vinculação administrativa ao respeito ao direito fundamental à boa administração pública, segue Juarez Freitas dando novos contornos ao conceito de discricionariedade administrativa, compatíveis com os desafios contemporâneos:

³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2011. p. 167.

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março-abril-maio, 2008. p. 7.

⁴¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 21.

Pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de sustentabilidade, conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

Pois bem, a depender do acordo semântico, a discricionariedade administrativa pode ser cognitiva (situada no plano das condições de incidência – *Tatbestand*), isto é, na abertura à determinação das “noções jurídicas indeterminadas”. Todavia, a par dessa possível acepção (sem identificar “interpretação” com “discrção” ou “integração”), a discricionariedade pode ocorrer, em função da faculdade conferida pelo legislados e pelo sistema, no plano propriamente da escolha de consequências ou resultados, entre várias opções lícitas.

Cá e lá, a vontade do sistema constitucional (mais que da lei) requer motivação desviesada, consistente, coerente e proporcional, dado que a discrção conferida é uma competência, mais que faculdade.⁴²

Dessa forma, eventual controle de atos praticados tendo por ponto de partida uma competência discricionária, sobretudo pelo Poder Judiciário, ante o nosso sistema de inafastabilidade do controle jurisdicional (cf. artigo 5º, XXXV, da Constituição da República), deve ser ampla e deve compreender não só os aspectos da legalidade *stricto sensu*, mas os de juridicidade e de respeito ao direito fundamental à boa administração pública. É o que o já mencionado mestre gaúcho costuma chamar de controle do demérito administrativo⁴³, em feliz trocadilho com a doutrina tradicional de que o mérito administrativo (que se costuma confundir com a própria discricionariedade) seria insindicável. Assim, caso exercido legitimamente, o mérito seria, de fato, inexamínável, mas seria sindicável quando se convolasse em demérito, ou seja, em discricionariedade exercida fora das raias da juridicidade.

Nessa linha, é imperioso fazer referência à ideia trazida por Rafael da Cás Maffini em interessante artigo científico, que encontra supedâneo na doutrina do jurista espanhol Mariano Bacigalupo, segundo a qual o controle dos atos administrativos exercidos tendo por base a competência discricionária deve-se dar

⁴² FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 24.

⁴³ *Ibidem*. p. 25.

levando em conta dois escopos: o do controle de exercício, mais comum na doutrina brasileira; e o do controle de atribuição, ainda pouco explorado.⁴⁴

Seria o controle de exercício, com efeito, aquela aferição realizada a *posteriori*, na qual se avaliaria a compatibilidade do ato administrativo discricionário com a lei e com o Direito. Aqui, Rafael Maffini faz menção ao fato de que esse controle de exercício toma por base, além da construção doutrinária da ideia de juridicidade, aquilo que dispõe o artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o qual expressamente diz que, nos processos administrativos, serão observados, entre outros, o critério de atuação conforme a lei e o Direito. Ainda segundo o autor, o dispositivo teve nítida inspiração no artigo 20, III, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, também chamada de Lei Fundamental de Bonn.⁴⁵

Já o controle de atribuição diria respeito à conformidade da regra de competência, ou seja, da norma que atribui competência discricionária ao agente público, aos princípios e regras constitucionais. Nesse sentido, se o legislador, ao conferir margem de liberdade para a atuação do agente público, permitindo-lhe a escolha das consequências jurídicas do ato a ser praticado, desbordar daquilo que lhe seria permitido pelos paradigmas constitucionais de validade, estar-se-á diante de hipótese de inconstitucionalidade da regra de atribuição da discricionariedade. A ideia é, sobretudo, sindicat o próprio alargamento da competência discricionária atribuída ao agente público pelo Poder Legislativo, a fim de coibir abusos.⁴⁶

3.2 Sujeição geral e sujeição especial dos particulares à Administração Pública

De início, é relevante aduzir que os contratos administrativos, os quais serão aqui abordados em alguns de seus aspectos, são aqueles em que atua a Administração Pública em uma situação de supremacia em relação ao contratado, a

⁴⁴ MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

qual se vincula à ideia, ainda que mitigada, de prevalência do interesse público em jogo em cotejo com o interesse particular do contratado.

Não se trata, portanto, de quaisquer contratos celebrados pelas entidades de direito público, as quais podem ainda firmar, como cediço, contratos privados, por vezes denominados “contratos privados da Administração”, em oposição aos “contratos administrativos”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto bem os diferencia:

A distinção é relevante porque, embora tanto nos contratos da Administração (caracterizados subjetivamente) como nos contratos administrativos (caracterizados objetivamente) aplique-se o Direito Administrativo, sempre que não existir interesse público envolvido na relação contratual, o objeto será civil, e, por isso, regido pelo Direito Privado. Por outro lado, o envolvimento do interesse público em relações contratuais suscita o problema dos limites adscritos pela ordem jurídica à Administração Pública e a seus delegatários a qualquer título, para dele disporem negocialmente, como é próprio de sua natureza jurídica bilateral. Não obstante, a submissão das partes à vontade gerada pelo contrato não se superpõe à vontade da Constituição e das leis, pois nem a Administração nem os seus delegados poderiam fazê-lo declinando do dever de promover o interesse público, cuja satisfação foi objeto do contrato. Na verdade, em qualquer contrato em que se disponha sobre interesses públicos, a sua satisfação não será objeto de negociação consensual, uma vez que se trata de uma finalidade indisponível, entretanto, os meios e os modos de satisfazê-lo o melhor possível serão objetos discricionariamente disponíveis. Importa, em razão dessa peculiaridade, esta distinção – que se expressa nos contratos administrativos – entre as cláusulas atinentes à finalidade pública, que são indisponíveis, e as cláusulas que negociem os modos de atendimento da finalidade pública, envolvendo interesses patrimoniais, que são disponíveis.⁴⁷

Assim, consoante se dirá no decorrer das próximas linhas, a relação de sujeição a que se submetem os contratados no âmbito dos contratos administrativos apenas se vê aplicável a este tipo específico de avença celebrada pelas pessoas jurídicas de direito público. Não incide, pois, em relação aos contratos privados celebrados pela Administração, os quais possuem um regime híbrido, mas predominantemente de direito privado, sem a incidência das normas especiais destinadas pela legislação aos contratos administrativos.

Dito isso, no âmbito dos contratos administrativos *stricto sensu*, observa-se que a relação entre a Administração Pública contratante e o contratado é permeada por diversas situações (v.g., as “faculdades” de aplicação unilateral de penalidades e

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 254.

de rescisão unilateral) que levam a crer em uma relação relativamente desigual, vale dizer, em que uma das partes prepondera sobre a outra, gerando aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de prerrogativas da Administração Pública de instabilizar o negócio jurídico decorrente do contrato administrativo.⁴⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

De conseguinte, as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua “exorbitância” ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.

É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o “contrato” à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação “administrativo” aposta à palavra “contrato” parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.⁴⁹

Essa possibilidade facultada à entidade pública de “instabilizar” a relação contratual é decorrente, segundo a doutrina, de uma relação de “sujeição especial” existente entre a Administração Pública e o contratado.

A menção à existência de uma sujeição especial diz respeito à doutrina segundo a qual, nas relações em geral da Administração Pública com os particulares, existiria aquilo que é chamado de “sujeição geral”, a qual decorreria da indisponibilidade do interesse público e da supremacia, ainda que mitigada, revisitada, do interesse público sobre o privado. Assim, em relações permeadas pelo poder de polícia administrativa, *v.g.*, existiria uma sujeição geral; nos contratos administrativos e na relação da Administração Pública com os seus servidores – relações especiais – haveria, noutro giro, esta relação de sujeição especial, decorrente de um vínculo também especial entre as partes envolvidas.⁵⁰

Explicando os traços diferenciadores entre sujeição geral e especial, pode-se ver o seguinte trecho de Joel de Menezes Niebuhr:

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 627.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 628.

⁵⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79-80.

Explicando melhor, a Administração Pública goza de prerrogativas, decorrentes do princípio da supremacia do interesse público. Sob esse contexto, todas as pessoas, de modo geral, mantêm com a Administração Pública uma relação de sujeição, que não depende de nenhuma situação peculiar e especial. Essa relação de sujeição, a que todas as pessoas estão submetidas, chama-se de relação de sujeição geral. Sem embargos, algumas pessoas travam com a Administração Pública uma relação peculiar e especial e, nessa medida, submetem-se ao que se chama de relação de sujeição especial.⁵¹

No mesmo sentido, Renato Alessi:

Al lado de la posición general de supremacia de que goza la Administración Pública, según se há visto, como expresión del Estado y, por tanto, como titular del poder de império, pueden existir posiciones especiales de supremacia de la Administración frente a los administrados (supremacia más acentuada que la general) las cuales, por lo tanto, tienen un fundamento distinto al de simple titularidade del poder de império.^{52 53}

3.3 O regime sancionatório das Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e a discricionariedade administrativa

Feita a necessária ambientação, passa-se a analisar, especificamente, o regime sancionatório aplicável aos contratos administrativos regidos pela legislação brasileira, em especial pelas leis ordinárias nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Com efeito, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) foi, durante quase uma década, o único regramento acerca das sanções aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos.

A referida lei prevê, basicamente, em seus artigos 86 a 88, quais são as sanções administrativas aplicáveis aos contratados que, no curso da execução de

⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1111.

⁵² ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. De la 3ª ed. Italiana por Burnaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, 2v, v1, p. 227.

⁵³ Ao lado da posição geral de supremacia de que goza a Administração Pública, como visto, como expressão do Estado e, portanto, como titular do poder de império, podem existir posições especiais de supremacia da Administração frente aos administrados (supremacia mais acentuada que a geral), as quais, portanto, têm um fundamento distinto do de simples titularidade do poder de império. (tradução nossa).

uma avença firmada com a Administração para o atendimento de um interesse público, procederem de modo que descumpram as obrigações constantes do contrato ou, ainda, aquelas que decorrem diretamente da aplicação da legislação específica.

Prevê a lei, portanto, o seguinte:⁵⁴

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

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

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

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

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

I - advertência;

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

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

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

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

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

§ 3o A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Preliminarmente, cabe a menção ao fato de que, embora os dispositivos que tratam das sanções aplicáveis aos contratos administrativos por vezes mencionem que estas “poderão” ser aplicadas ou que a Administração “poderá” lançar mão das sanções, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que se trata, em verdade, de legítimo poder-dever dos agentes públicos.⁵⁵

No artigo 86, como se vê acima, a lei traz a previsão da multa por atraso na execução o objeto do contrato, ou seja, prevê uma multa moratória. Estatui, ainda, que a multa tem de vir prevista no instrumento convocatório (edital da licitação) ou no contrato respectivo, bem como que só poderá ser aplicada ao contratado após “regular processo administrativo”. Por regular processo administrativo, deve ser entendido que apenas é lícita a aplicação da multa moratória após ser garantida ao contratado a oportunidade de exercer o contraditório, bem como de produzir as provas que entender cabíveis para infirmar a presunção de que a mora foi culposa.

Além disso, a lei prevê que o valor da multa será descontado da garantia apresentada, ou, em caso de insuficiência da garantia, desta e dos eventuais pagamentos que tiver o contratado de receber da Administração Pública contratante por aquilo que houver executado.

Por fim, como não poderia deixar de ser, dada a inafastabilidade do controle jurisdicional, existe a previsão de cobrança judicial da multa moratória em caso de não satisfação do crédito mediante os critérios anteriormente explicitados.

Tirante a sanção pelo atraso, a lei prevê, genericamente, que poderá a Administração aplicar as sanções enumeradas no artigo 87, incisos I a IV, em função da inexecução parcial ou total do objeto por ela contratado junto ao particular. Menciona, ainda, a necessidade de ser garantida “prévia defesa”, em mais uma

⁵⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p. 371.

menção à necessidade de que seja conferida ao contratado a possibilidade de intervir na decisão final a ser tomada pela Administração.

Conforme pode ser facilmente percebido, a lei não foi minimamente minuciosa na definição das práticas do contratado que culminassem com a aplicação das sanções que prevê. Poder-se-ia dizer, até, que houve uma clara definição de quais seriam as sanções, mas o mesmo não se pode afirmar acerca das atitudes que implicam a sua imposição ao contratado. O que fez o legislador foi mencionar que, em casos de inexecução total ou parcial, a Administração poderia aplicar as sanções que enumerou em graus aparentemente progressivos de gravidade.

No artigo 88, por sua vez, houve uma tentativa de estabelecer algumas condutas que, se praticadas, poderiam culminar na aplicação das penalidades de suspensão temporária de participar de licitação e de impedimento de contratar com a Administração, assim como de declaração de idoneidade. Apesar do aparente esforço, a menção a que as referidas sanções “poderão também ser aplicadas” nessas hipóteses deixa um espaço nebuloso de aplicação das referidas sanções. Aliás, salvo a hipótese do inciso I, em que há uma descrição clara da conduta punível, as demais são por demais elásticas, a ponto de se poder concluir que qualquer ilicitude poderia gerar a aplicação dessas penalidades.

O mesmo pode ser dito em relação ao artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que regula o regime sancionatório dos contratos firmados em decorrência de licitações na modalidade pregão (aqui, faz-se menção ao fato de que a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que trata do regime diferenciado de contratações, traz dispositivo quase idêntico ao da lei do pregão, de modo que não será analisado). Diz o referido dispositivo:

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

até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.⁵⁶

A lei do pregão, consoante se pode ver no texto do dispositivo acima colacionado, prevê uma série de condutas, algumas específicas, outras genéricas, que, acaso praticadas pelo contratado, poderão gerar a aplicação das também várias sanções que enumera no dispositivo. Tudo isso sem apresentar uma correlação entre as práticas antijurídicas e as sanções a serem aplicadas em decorrência delas.

É aqui que surge a primeira grande crítica da doutrina brasileira ao regime sancionatório dos contratos administrativos. Ao não trazer uma conformação normativa mais precisa, a legislação abriria espaço para arbitrariedades.

Joel de Menezes Niebuhr faz forte crítica à falta de clareza dos dispositivos que conformam o regime sancionatório dos contratos administrativos, afirmando que deles decorre uma insegurança incompatível com o regime de direito público:

A opção do legislador gera situação de incerteza e insegurança, haja vista que, dentro dessa sistemática, os agentes administrativos devem aplicar as penalidades de modo discricionário, sopesando as especificidades de cada caso.

Nessa toada, é bastante frequente, no cotidiano da Administração Pública, que condutas muito similares sejam apenadas de forma completamente diferentes, com medidas díspares. Também é muito frequente que condutas não tão graves sejam apenadas com medidas mais severas; e o contrário, isto é, condutas graves sejam apenadas com medidas brandas e suaves. Assim sendo, tudo depende em muito da sensibilidade e da boa ou má vontade dos agentes administrativos; do poder de persuasão do apenado (inclusive político), e de outros fatores incompatíveis com os princípios constitucionais regentes do Direito Administrativo, sobretudo o da impessoalidade.⁵⁷

Marçal Justen Filho, igualmente, faz uma crítica qualificada acerca da maneira como o legislador brasileiro tratou das sanções em decorrência de descumprimento de contratos administrativos, sobretudo no que diz respeito às hipóteses de inexecução total ou parcial dos contratos regidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1110.

de 1993. Veja-se o que diz o referido autor, que menciona, inclusive, que o modo solto como se tratou do tema ofende o princípio da legalidade:

[...] o art. 87 restringiu-se a arrolar um elenco das sanções administrativas cabíveis em virtude da “inexecução total ou parcial” do contrato. A Lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção. É impossível definir os casos de aplicação das diversas sanções. Quando muito, o inciso II remete ao regramento estabelecido no ato convocatório, o que é insuficiente e ofende o princípio da legalidade. Nem mesmo a penalidade de multa pode ser aplicada se seus pressupostos e sua extensão não forem determinados por lei. Se o edital e o contrato previrem uma “pena de multa”, de natureza financeira, deverá reputar-se que a figura terá natureza civil (cláusula penal), correspondendo a uma predeterminação de perdas e danos [...]

A Lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher como e quando aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade. Logo, será impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas.⁵⁸

Essa tese é reforçada pelo esforço que se verifica entre alguns doutrinadores para transportar para o direito administrativo sancionador os princípios aplicáveis ao direito penal, sobretudo as figuras da tipicidade, da retroatividade da norma mais favorável, do *non bis in idem*, do *non reformatio in pejus* etc.⁵⁹

Outros doutrinadores, no entanto, mencionam que o espaço deixado pelo legislador para que os agentes públicos escolham, diante das soluções concretas e das previsões editalícias e contratuais específicas, quais as sanções aplicáveis, assim como quais as suas respectivas extensões (discricionariedade administrativa), é fruto da impossibilidade humana de previsão de todas as situações observáveis no dia a dia da execução das inúmeras espécies contratuais.

Fala-se, inclusive, na existência do princípio da atipicidade, que decorreria da relação de sujeição especial a que está submetido o particular no âmbito do contrato administrativo. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 619.

⁵⁹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. -, n. 775, p.449-470, maio 2000.

administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono do cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência do serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público.⁶⁰

Ronny Charles Lopes de Torres opina no sentido de que, embora fosse desejável uma maior minúcia do legislador, a aplicação das sanções, do modo como foram dispostas na lei, para que o sejam de forma legítima, devem respeitar os princípios constitucionais pertinentes, a exemplo dos da proporcionalidade, isonomia, ampla defesa e impessoalidade.⁶¹

Chama a atenção o referido autor, ainda, para o fato de que a falta de critérios objetivos para a aplicação das sanções vem gerando frequentes revisões judiciais de decisões de aplicação de penalidades mais graves. Pondera, ainda que haja alguns que defendem ser esse tipo de controle judicial uma indevida invasão do mérito administrativo, tratar-se não de controle de mérito, mas de controle quanto à proporcionalidade das sanções aplicadas, o que se verifica no plano da legalidade.⁶²

Daquilo que foi exposto acima, verifica-se que a conformação normativa do regime sancionatório dos contratos administrativos atribui, em diversos de seus pontos de aplicação, competências discricionárias aos agentes públicos, seja quando lhes permite minudenciar sanções em editais de licitação e em contratos administrativos, seja no momento de decidir pela aplicação desta ou daquela sanção, seja na atividade de estabelecer-lhes o peso ou a extensão.

Dessa forma, como já se viu em linhas pretéritas deste estudo, quanto maior for a discricionariedade atribuída à atividade administrativa, tanto maior deve ser o zelo para que venha a observar os princípios e regras constitucionais, sobretudo aquele aqui estudado, vale dizer, o princípio da proporcionalidade.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 633.

⁶¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p. 371.

⁶² *Ibidem*, p. 372.

3.4 As espécies de sanções, sua aplicabilidade e a incidência da teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, no caso dos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão

Consoante já exposto acima, o regime sancionatório dos contratos administrativos tem como fontes normativas, especialmente, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002).⁶³

Na primeira, são observadas sanções a serem aplicadas para os casos de inexecução total ou parcial do contato (art. 87), as quais são dispostas nos respectivos incisos I a IV de forma gradual, desde a pena de advertência, naturalmente de menor gravidade, até a pena de declaração de inidoneidade, certamente a mais gravosa, já que impede o contratado que nela incorre de licitar ou contratar com toda a Administração Pública (federal, estadual e municipal), não somente com a entidade contratante, a exemplo do que ocorre com a pena de suspensão temporária (inciso III do artigo 87, que menciona a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”). Aqui, vale a menção ao fato de que os conceitos de “Administração Pública” e de “Administração” utilizados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são aqueles dispostos no seu respectivo artigo 6º, incisos XI e XII, que refletem exatamente a posição acima exposta. Esse é, aliás, o entendimento do Tribunal de Contas da União.⁶⁴

Na Lei do Pregão, por sua vez, o que há é a previsão de diversas condutas reprováveis, assim como de diversas sanções aplicáveis, sem que haja uma gradação de umas ou de outras, permitindo, pelo menos em tese, que se apliquem sanções graves para condutas leves ou o contrário.

⁶³ Já foi mencionado o fato de que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) também prevê o seu regime específico, o qual, tendo em vista ser praticamente idêntico ao da Lei do Pregão, deixa-se de analisar.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.243/2012, Plenário. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 nov. 2012.

Assim, nas contratações decorrentes das modalidades licitatórias previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (concorrência, tomada de preços, convite etc.), ter-se-ia um arcabouço normativo que permitiria a dosagem da gravidade das sanções a serem aplicadas, o que variaria de acordo com a reprovabilidade da conduta infracional respectiva, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Nos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão (presencial ou eletrônico), regidas pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o quadro seria diverso, já que não se têm sequer sanções mais amenas a serem aplicadas para situações leves, a exemplo da advertência do artigo 87, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Isso pode gerar, por óbvio, inúmeras situações de injustiça, dado os fatos de que a Administração Pública não possui a faculdade de não aplicar as sanções previstas em lei e de que as sanções previstas na lei em questão são por demais gravosas e não parecem respeitar o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, caso se defenda, como faz Joel de Menezes Niebuhr, que as sanções previstas no artigo 7º da Lei do Pregão sejam aplicadas apenas às condutas graves, a exemplo das práticas fraudulentas, estar-se-ia diante de situação de impunidade incompatível com o caráter dissuasivo e pedagógico das penalidades.

Vejamos o que defende o referido autor, quando fala da não aplicação subsidiária da Lei de Licitações e Contratos Administrativos à aplicação de penalidades em contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão, assim como quando fala da não incidência do art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, aos casos de não apresentação de documento pelo contratado:

Portanto, a Lei nº 10.520/02 prescreve sistemática própria para a aplicação de sanções administrativas, que diverge da sistemática da Lei nº 8.666/93. Então, em relação às sanções, não se deve cogitar de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, na medida em que a Lei nº 10.520/02 não foi omissa. Em editais de pregões, em contratos decorrentes de pregões, as sanções são as do art. 7º da Lei nº 10.520/02.

[...]

Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devam obediência ao prescrito no art. 7º da Lei nº 10.520/02, devem, também, interpretá-lo, de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade. Logo, a referida penalidade, por ser extremamente gravosa, deve ser aplicada somente nos

casos em que se percebe ou há indícios de que o licitante faltoso tenha agido de má-fé, tentando arditosamente participar de licitação da qual, de antemão, sabia que não cumpria os requisitos de habilitação.⁶⁵

Nessa senda, não parece ser a melhor saída a simples não aplicação das sanções previstas no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, às condutas consideradas mais leves, a exemplo da falta de entrega de determinado documento, como advoga Menezes Niebuhr acima. Isso enfraqueceria o regime sancionatório dos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão.

Não se trata, também, de simples aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 2002, especialmente do seu artigo 87, aos contratos decorrentes pregões, como faculta o artigo 9º da Lei do Pregão. Isso porque, como bem alerta Joel de Menezes Niebuhr, a referida lei não foi omissa quanto ao regime sancionatório aplicável aos contratos por ela regidos.⁶⁶

Surge, assim, a necessidade de conferir ao conjunto de normas que regem o regime sancionatório dos contratos administrativos uma lógica interna, permeada pelos princípios constitucionais que conduzem o regime jurídico administrativo em geral, a fim de que não se permita nem a aplicação desproporcional de sanções a condutas leves, nem a impunidade aos infratores, o que vulnera o interesse público.

Parece, nessa seara, absolutamente adequada ao caso a ideia desenvolvida na teoria do diálogo das fontes, do jurista francês Erik Jayme, trazida para a realidade brasileira pela professora Cláudia Lima Marques.⁶⁷

A ideia aqui defendida pode ser vista, talvez até de forma pioneira, em parecer exarado pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União. A referida manifestação jurídica tomou o seguinte número: Parecer nº 05/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

⁶⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1130.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1.127.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 1. p. 17-66.

De acordo com a aludida teoria, que pretende trazer elementos que levem a uma superação da clássica teoria da solução de antinomias entre regras jurídicas, os métodos clássicos de superação de conflitos entre normas-regras não seriam nem os únicos, nem os mais adequados, em muitos casos, à garantia de coerência sistemática dos ordenamentos jurídicos positivos.

Procura, assim, observar o ordenamento jurídico como um todo unitário e coerente, no qual as diversas espécies normativas são capazes de dialogar para que seja garantida uma visão lógico-sistemática apta a fazer frente às dificuldades decorrentes da profusão de leis observada na pós-modernidade.⁶⁸ Seria, portanto, a prevalência do diálogo entre as leis, em oposição ao monólogo de uma só lei, que prevaleceria sobre outra com a aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (*v.g.*, cronologia, especialidade e hierarquia).

São propostos pela professora Cláudia Lima Marques, nessa linha, três diálogos possíveis entre as espécies normativas.

O diálogo sistemático de coerência, segundo o qual, em havendo aplicação simultânea de duas leis, uma delas serve de base conceitual para o entendimento da outra. O exemplo mais tradicional é a aplicação das normas da teoria geral dos contratos aos contratos consumeristas, ou seja, a aplicação de normas do Código Civil à realidade dos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além dele, propõe um diálogo que consiste na aplicação coordenada de duas leis, seja de forma direta, que seria o diálogo de complementaridade, seja de forma indireta, no chamado diálogo de subsidiariedade.

Por último, ver-se-ia o diálogo de influências recíprocas sistemáticas, que se faria presente quando os conceitos estruturais de duas ou mais leis influenciassem reciprocamente no entendimento e na aplicação das demais. Dar-se-ia, por exemplo, nas hipóteses em que uma lei geral trouxesse influência para uma lei especial e, igualmente, a especial influenciasse a geral.⁶⁹

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 3ª Edição, 2010. 1114.

Para o caso que ora se propõe, a aplicação da teoria do diálogo das fontes é fundamental. Caso se fossem aplicar os critérios clássicos de solução de antinomias, tais quais dispostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, chegar-se-ia à situação de que, nos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão, as únicas sanções a serem aplicadas seriam aquelas do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Isso redundaria nos problemas já mencionados linhas atrás, ou seja, ou na aplicação desproporcional de sanções a casos leves, ou na impunidade.

Aplicando-se, no entanto, a teoria do diálogo das fontes, especificamente o diálogo de complementaridade, pode-se chegar à solução de que, nos contratos administrativos decorrentes de pregões, são aplicáveis, complementarmente, tanto as sanções constantes do artigo 7º da Lei do Pregão, quanto aquelas que se veem no artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Essa ideia permite que as referidas leis dialoguem entre si e que os agentes públicos, tendo sua atuação sempre permeada pelos princípios constitucionais aplicáveis, sobretudo o da proporcionalidade, possam dar soluções mais adequadas aos problemas vivenciados no dia a dia da contratualidade administrativa. Assim, por exemplo, poderiam ser aplicadas as penalidades mais brandas, a exemplo da advertência, para os casos leves, e da suspensão, para os casos medianamente graves, em vez de aplicarem-se, de plano, as graves sanções do artigo 7º da Lei do Pregão, o que redundaria em clara antijuridicidade.

3.5 O princípio da proporcionalidade como medida de justeza na aplicação das sanções no âmbito dos contratos administrativos

Na esteira das ideias expostas e construídas até aqui, percebe-se que o princípio da proporcionalidade é um dos (senão o mais) importantes vetores na aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos.

Guia, a um só tempo, a análise da constitucionalidade da atribuição de competência discricionária para a aplicação das penalidades (controle de atribuição),

a interpretação e a aplicação das diversas fontes normativas incidentes sobre o regime sancionatório dos contratos administrativos (na aplicação da teoria do diálogo das fontes) e, por fim, a análise *a posteriori* da proporcionalidade das sanções aplicadas pelos agentes públicos, no exercício de competência discricionária, no âmbito dos contratos (controle de exercício).

No regime sancionatório dos contratos administrativos, consoante já exposto, está-se diante de uma relação de sujeição especial do particular à Administração Pública contratante, o que impõe uma certa mitigação do princípio da legalidade em nome da garantia de que o interesse público subjacente à relação jurídica seja satisfeito de forma mais adequada. Assim, a atribuição de poder discricionário aos agentes públicos para, nos casos concretos, verificarem quais são as sanções mais adequadas e qual é a extensão devida da punição é uma exigência que decorre dessa própria relação de sujeição especial.⁷⁰

Em um campo em que a competência discricionária se mostra tão presente, deve ser firme a observância dos princípios constitucionais, sobretudo do princípio da proporcionalidade, que deve servir de barreira contra o arbítrio dos agentes que sejam dotados dessa competência pela legislação.

É o pensamento de 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 exigência 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.⁷¹

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade deve atuar, *in concreto*, com vistas a permitir uma atuação da administração, no exercício do poder discricionário, que seja compatível com a ordem jurídica, sem abertura para excessos.

⁷⁰ CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. pp. 105-106.

⁷¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 465.

Sobre a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, Maria Sylvia Zanella de Pietro ensina:

Essa proporcionalidade deve ser medida não só 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.⁷²

Para Marçal Justen Filho, a imposição de sanções que desbordem daquilo que seria adequado e necessário vulnera o princípio da proporcionalidade, devendo ser invalidadas as penalidades cujos fundamentos de aplicação não respeitem as referidas balizas:

Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade.⁷³

É importante frisar que, no que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade a esse regime disciplinar dentro dos contratos administrativos, consoante já dito linhas atrás, sua incidência se dá tanto no momento em que os agentes públicos preveem, em abstrato, nos editais de licitação e nos contratos administrativos, as sanções, quanto no momento em que analisam a sua adequação e a sua necessidade aos casos concretos observados no *iter contratual*.⁷⁴

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 201-202.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed., São Paulo: Dialética, p. 849.

⁷⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 472.

Segundo José Roberto Pimenta de Oliveira, a aplicação proporcional das sanções administrativas no âmbito dos contratos deve atender às seguintes exigências: a) adequação da descrição do tipo à finalidade perseguida com a atividade sancionatória; b) a sanção deve ser qualitativamente adequada à natureza do ilícito; c) deve ser constatada a necessidade da sanção; e d) a sanção deve ser qualitativa e quantitativamente proporcional à natureza e à gravidade da infração praticada.⁷⁵

Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, defende a necessidade de que a atuação administrativa sancionadora se dê sempre com um certo grau de discricionariedade, obviamente exercida de forma legítima, tendo em vista que automatismos na aplicação de sanções administrativas podem gerar situações de injustiça na aplicação das prescrições legais.⁷⁶

E segue o referido autor aduzindo 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.⁷⁷

Na esteira do que se desenvolveu nos tópicos precedentes acerca do princípio da proporcionalidade, tomando a sua estrutura triádica, ou seja, dividida nos subprincípios ou princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se perceber que a análise concreta, no que respeita ao regime sancionatório dos contratos administrativos, passará quase que exclusivamente pelo crivo dos dois primeiros subprincípios acima elencados.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 477-479.

⁷⁶ 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, dez. 2002. p. 949.

⁷⁷ *Ibidem*, 950.

Isso porque, no que diz respeito ao subprincípio da adequação, o agente público deve verificar a aptidão da sanção que pretende aplicar para atender a finalidade pública almejada. Assim, se uma sanção for leve demais, por exemplo, não se mostrará apta ao atendimento da finalidade reprovadora e dissuasora intrínseca à própria ideia da racionalidade na aplicação da penalidade.

Lado outro, se a sanção é adequada, vale dizer, é idônea para o atingimento do fim colimado, mas é por demais severa, excessivamente invasiva à esfera de liberdade do particular, estar-se-á diante de incompatibilidade da penalidade com o subprincípio da necessidade, o qual encerra comando segundo o qual a intervenção deve ser a mínima possível para o estrito atingimento da finalidade pretendida.

Embora se possa defender que é aplicável também o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, afigura-se esta passível de incidência apenas como reforço argumentativo em relação à aplicação do subprincípio da necessidade. Dessa forma, a verificação de que uma sanção é a menos gravosa apta a atingir o objetivo pretendido passa, em última análise, pelo sopesamento dos bens jurídicos que estão por trás da relação jurídica apresentada em primeiro plano.

Assim, na aplicação de uma penalidade de multa, por exemplo, poder-se-ia verificar se o atingimento do interesse público justificaria, mais ou menos, a intervenção na esfera de liberdade do contratado, e em que grau isso se faria legítimo, para isso utilizando o critério da proporcionalidade em sentido estrito, em que se sopesam os interesses jurídicos postos em conflito.

4 CONCLUSÃO

A partir da análise acima proposta e realizada, pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade, vetor de extrema relevância na quadra do neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), possui raízes relacionadas, a um só tempo, ao desenvolvimento do princípio do devido processo legal, de origem anglo-saxônica, e à evolução do princípio da proporcionalidade, desenvolvido sobretudo no direito administrativo alemão.

Como princípio constitucional, permeia toda a atuação do Estado e incide, em especial, no âmbito do direito público, no qual se insere o direito administrativo.

Vê-se necessariamente presente na atividade administrativa que se perfectibiliza no uso de competências discricionárias, tendo em vista a noção de que quanto maior for a discricionariedade conferida pela ordem jurídica aos agentes públicos, maior deve ser o cuidado destes com o respeito aos princípios e regras constitucionais, em especial com o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, ainda, que a distinção por vezes realizada pela doutrina entre razoabilidade e proporcionalidade, que pode já ter tido alguma relevância no passado, perde a razão de existir quando se pensa em sua aplicação atual no direito brasileiro, valendo a referência à distinção quanto às suas respectivas origens, uma relacionada ao direito anglo-saxônico, outra ligada ao direito germânico.

Assim, é de aplicabilidade já consagrada a divisão do princípio da proporcionalidade em três subprincípios ou princípios parciais, que são os da adequação ou idoneidade (*Geeignetheit*), da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade (*Verhältnismässigkeit*).

Além disso, cabe menção ao fato de que o princípio da proporcionalidade também se reveste de diferentes roupagens de aplicação, as quais são chamadas pela doutrina alemã de estruturas de argumentação, que são a proibição de excesso, a proibição de insuficiência e a solução dos conflitos envolvendo a aplicação do princípio da isonomia, ou a “barreira do princípio da igualdade”.

Pode-se concluir, igualmente, que a discricionariedade administrativa, para que seja exercida de forma legítima, deve ter por norte a observância dos princípios

constitucionais aplicáveis ao regime jurídico administrativo, assim como o respeito ao direito fundamental à boa administração pública.

Na análise acerca da legitimidade da discricionariedade administrativa, devem estar presentes as noções de controle de atribuição de discricionariedade, analisando-se a constitucionalidade das regras de atribuição de competência discricionária, assim como a de controle de exercício, que é mais comum no direito brasileiro, que diz respeito à análise *a posteriori* da compatibilidade do agir discricionário com o ordenamento jurídico positivo, principalmente os princípios e regras constitucionais.

Especialmente no que diz respeito ao regime sancionatório dos contratos administrativos, o princípio da proporcionalidade deve guiar, além da legitimidade da atribuição de competência discricionária e da legitimidade do seu exercício, a própria aplicação e integração das normas que devem incidir. Para isso, propõe-se utilizar a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme ao caso dos contratos decorrentes de licitações na modalidade pregão, para os quais o regramento da lei específica é insuficiente e pode gerar abusos ou situações de impunidade.

Por fim, pode-se concluir que o princípio da proporcionalidade deve guiar especialmente os agentes públicos na verificação, *in concreto*, da adequação e da necessidade de aplicação das sanções no regime jurídico dos contratos administrativos, já que se está diante de atuação em que está presente – e deve estar, conforme visto – um grau de discricionariedade mais acentuado, decorrente da relação de sujeição especial que se observa no seu âmbito.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de la 3ª ed. Italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. 2v.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 6. Tradução de Luís Afonso Heck.

_____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 8. Tradução de Luís Afonso Heck.

_____. Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Tradução de Maria Cláudia Cachapuz.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco ; Poética / Aristóteles**: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 240, 21 jan. 2005. Fundação Getúlio Vargas.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março-abril-maio, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi-mc nº 1511. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Dj**. Brasília, 03 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Planalto**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.243/2012, Plenário. **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 nov. 2012.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CURRIE, David P.. *Lochner Abroad: Substantive due process and equal protection in the Federal Republic of Germany*. **Supreme Court Review**, Chicago, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação-aplicação do direito e os princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, out. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12543>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Trad. Por William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Cap. 1.

_____; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; BENJAMIM, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 3ª Edição, 2010.

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, dez. 2002.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade. In: DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 760-761.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade: Para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Tradução de Luiz Afonso Heck.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. -, n. 775, p. 449-470, maio 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Coimbra: Almedina, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHOLLER, Heinrich; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público – IP**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-geral do Estado: Cadernos de Direito Público**, Porto Alegre, v. 57, n. 27, p. 95-109, jan. 2004.

SOARES, Gabriela Mansur; CAMPOS, Mariano Henrique Maurício de. Análise da aplicação do postulado da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. **Revista da Advocacia-geral da União**, Brasília, v. 20, n. 8, jun. 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.