



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PÚBLICO**

FILIPPE FARIA DE FARIA

**PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM EMPRESAS
CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Salvador
2021

FILIFE FARIA DE FARIA

**PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM EMPRESAS
CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito Público.

Orientador:

Salvador
2021

FILIFE FARIA DE FARIA

**PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM EMPRESAS
CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Titulação e instituição:

Nome: Titulação e instituição:

Nome: Titulação e instituição:

Salvador, / / 2021

RESUMO

A presente monografia aborda sobre o processo administrativo sancionador e as sanções impostas aos entes públicos e privados em casos de fraude contratual. Bem como as nuances contratuais do Direito Administrativo e a divergências que envolvem desde a própria conceituação de princípios jurídicos como normas de dever-se até a forma de resolver conflitos entre eles. Nessa análise, há que se levar em conta ainda a necessária relação entre proporcionalidade e razoabilidade dos direitos fundamentais. Desse modo, a monografia busca mostrar onde os autores que criticam e sustentam a proporcionalidade divergem, e como isso pode ser trazido também para a seara da decisão judicial. Tendo por norte a nova Lei de licitações 14.133/2021 aprovada em abril deste ano corrente com a finalidade aperfeiçoar as contratações públicas e dando celeridade nas punições que porventura houver necessidade. Bem verdade que ao escrever foram identificadas divergências de alguns doutrinadores e o legislador.

Palavras-chave: Processo Administrativo Sancionador; Lei de licitações; Contratos Administrativos.

ABSTRACT

This monograph addresses the sanctioning administrative procedure and the sanctions imposed on public and private entities in cases of contractual fraud. As well as the contractual nuances of administrative law and divergences that involve from the very conceptualization of legal principles as rules of duty to the way of resolving conflicts between them. In that analysis, the necessary relationship between proportionality and the reasonableness of fundamental rights must also be taken into account.

Thus, the monograph seeks to show where the authors who criticize and support proportionality diverge, and how this can also be brought to the court's court room. Having in the north the new Bidding Law 14.133/2021 approved in April this current year with the purpose of improving public procurement and giving speed in the punishments that may be necessary. It is true that in writing divergences of some indoctrinators and the legislator were identified.

Key-Words: *Sanctioning Administrative Procedure; Law of bids; Administrative Contracts.*

LISTA DE SIGLAS

FGP	Fundo Garantidor De Parcerias
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PLS	Projeto Da Lei De Licitações
PPPs	Parcerias Público-Privadas
RDC	Regime Diferenciado de Contratação
SPE	Sociedade de Propósito Específica
SINAENCO	Sindicato da Arquitetura e da Engenharia
TCU	Tribunal de Contas da União

AGRADECIMENTOS

Esta fase da minha vida é muito especial e não poderia deixar de agradecer a Deus por toda força, ânimo e coragem que me ofereceu para ter alcançado minha meta.

A Faculdade Baiana quero deixar meu muito obrigado por ter me recebido de braços abertos e com todas as condições que me proporcionaram dias ricos de aprendizagem.

Aos professores e funcionários reconheço o grande esforço foram estes que me deram recursos para avançar todos os dias.

Tal como não poderia esquecer da minha família e amigos, porque foram eles que me incetivaram e inspiraram através do amor e palavras de superação.

A todas as pessoas que de alguma forma ajudaram acreditando em mim, deixo meu agradecimento eterno, porque sem elas este momento também não seria possível.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS LICITAÇÕES.....	12
2.1 CONCEITOS E FINALIDADE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.....	15
2.1.1 Concorrência.....	16
2.1.2 Tomada de preço.....	17
2.1.3 Convite.....	17
2.1.4 Concurso.....	17
2.1.5 Leilão.....	18
2.1.6 Pregão.....	19
3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	21
3.1 ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	22
3.2 ALTERAÇÃO UNILATERAL.....	22
3.3 ALTERAÇÃO QUALITATIVA.....	25
4 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.....	27
4.1 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DAS PENAS NA SEARA ADMINISTRATIVA.....	29
4.1.1 Advertência.....	36
4.1.2 Multa.....	37
4.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS EDITAIS DE LICITAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	38
4.3 O LACONISMO DA LEI DE LICITAÇÕES 8.666/93 QUANTO ÀS NORMAS DO PAD SANCIONADOR DO CONTRATADO E DISCRIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	40
4.4 MARCOS NORMATIVOS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O PAD SANCIONADOR DO CONTRATADO.....	42
5 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESGUARDADOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO.....	45
5.1 A DINÂMICA ENTRE ESTADO PODER E FORÇA.....	45
5.2 A FORÇA NORMATIVA.....	47

5.2.1 Os princípios administrativos.....	50
5.2.2 Legalidade.....	51
5.2.3 Impessoalidade.....	52
5.2.4 Moralidade.....	53
5.2.5 Publicidade.....	58
5.2.6 Eficiência.....	62
5.2.7 Proporcionalidade.....	66
5.2.8 Razoabilidade.....	68
6 OS IMPACTOS DA LEI DE LICITAÇÕES 14.133/2021 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	73
6.1 REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	73
6.1.1 Os critérios determinados para a aplicação de penas na nova Lei de Licitações.....	73
6.1.2 Os parâmetros normativos para o processo administrativo sancionatório na Lei de Licitações nº 14.133/2021.....	74
7 CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo costumava ser visto como o conjunto de normas que legitima e disciplina a atuação do poder público sobre os interesses individuais.

Não é por outra razão que ao se estudar as formas de atuação do Estado, ainda hoje se falam em poder regulamentar, poder normativo, poder hierárquico, o que, para os menos avisados, pode fazer transparecer que prevaleceria a ideia da existência de um poder fundado em si mesmo e a apta a justificar a prática de determinadas ações por parte das autoridades estatais, cabendo ao direito administrativo apenas e tão somente reger essa forma de atuação.

Como se sabe não se mostra plausível a análise desse ramo do direito sob essa perspectiva. A doutrina e a jurisprudência, de algum tempo, vão firmando o entendimento quanto a ser o direito administrativo, em verdade, o direito que regula o dever público, isto é, o conjunto de normas (princípios e regras) que disciplinam a atividade dos órgãos administrativos aos quais são atribuídos poderes instrumentais na exata extensão em que se façam necessários para a concretização do interesse e do bem público. Nada, além disso.

O enfoque, por conseguinte, passa a ser outro: não é a existência de um poder público que justifica a atuação estatal, ou melhor, o direito que a administração tem de agir não se fundamenta na existência de um poder público previamente conformado; ao contrário, é a existência de deveres públicos e a obrigatoriedade de prosseguir-los que reclama e justifica a existência de um poder meramente instrumental em relação àqueles.

Por evidente, essa mudança de ótica sob o objeto estudado traz reflexos nas conclusões que podem ser alcançadas.

Os processos licitatórios, ou mesmo as dispensas e inexigibilidades de licitação são delineados de forma similar, pois estão amparados nos Atos legais que definem suas etapas desde a formalização da demanda até a fase final do processo de compras, efetivado com a homologação pelo representante legal da instituição.

O tema proposto neste estudo surge da premissa de que a legislação vigente estabelece as etapas do processo licitatório, sua formalização, a execução dos contratos e as sanções possíveis, no entanto, não esclarece como deve ser realizado o monitoramento do processo após a emissão e assinatura da Nota de Empenho (NE) nos casos em que não há obrigatoriedade da emissão de contrato. Rotinas como

envios de documentos, supervisão e cobrança dos prazos de entrega dos materiais e/ou realização dos serviços contratados e abertura de processos administrativos sancionadores não são claramente definidos, bem como em alguns casos, não são atribuídos a um agente específico.

Por isso fora abordado a lei 14.133/2021 buscando essas tais mudanças já aventadas em outrora. Tendo como base alguns decretos e portarias do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos administrativos. Um tema, portanto novo na seara jurídica, entretanto não impossível de abordar haja vista que sua construção se deu sob a Lei n. 13.303/2016 e a lei 12.462/2001.

2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS LICITAÇÕES

O Estado possui alto poder de compra e por meio das contratações realizadas com os entes privados, necessárias à sua manutenção, fomenta a economia. “A contratação administrativa” se evidencia como uma importante ferramenta de “implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social”¹.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu várias mudanças na estrutura do Estado, e trouxe em seu art. 37, inciso XXI a obrigatoriedade da realização de licitações, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]” (BRASIL, 1988, p. 19). Assim, salvo exceções expressamente previstas em Lei, toda contratação pública será precedida de processo licitatório.

A licitação está conceituada por vários doutrinadores, como percebe-se abaixo:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.²

Nesse sentido, ainda leciona que a licitação é um sistema composto por atos e fatos praticados pelo ente público e privado, para em conjunto estabelecerem o contrato. Para o renomado jurista Meirelles, a definição traz os princípios da eficiência e moralidade:

Licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a administração e licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos³.

Noutro giro, tem-se que a Administração Pública necessita para atender sua missão,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 12.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 368.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 375.

recorrer a terceiros para aquisição de bens e serviços, firmando parcerias ratificadas pela licitação, assim definida pelo autor:

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico⁴.

Corroborando os conceitos já apresentados, há ensinamento de que é necessário que o gestor analise a contratação como um todo, considerando quais os possíveis resultados em longo prazo, sua definição acresce a premissa da sustentabilidade:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.⁵

Conforme dissertado, as definições de licitação apresentam entendimentos similares e primam basicamente pela escolha da proposta mais vantajosa à Administração, desde que assegurados aos participantes o tratamento igualitário.

Todavia, as relações entre Estado e particulares no âmbito do processo licitatório, que se pautam pelo sopesar dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em relação aos direitos constitucionais e legais dos interessados, caminham ao lado de outra relação jurídica: aquela estabelecida entre o Estado e os agentes públicos responsáveis pela condução do processo licitatório, fundada basicamente no dever que estes têm de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade do referido processo.

Também são fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e norteados pela legalidade administrativa, sem deixar de observar ainda, dentre outros, os princípios da razoabilidade, da eficiência e da segurança jurídica na avaliação das situações concretas, os agentes públicos têm o dever de

⁴ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 240.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 11.

obedecer a um arcabouço normativo⁶.

Bem como as licitações, o contrato administrativo também é regido pela Lei 8.666/93. Observando os contratos em geral, as normas contidas nesta mencionada lei, se caracterizam como específicas, devendo-se aplicar subsidiariamente o Código Civil que regulamenta a norma geral sobre os contratos.

A doutrina complementa mencionando como características a comutatividade (os direitos e deveres são recíproco, além de serem previamente ajustados e conhecidos); e bilateralidade (pois as obrigações devem existir para ambas as partes)⁷. No tocante ao formalismo, faz-se se necessário a observação de certos requisitos externos e internos.

Assim, os contratos administrativos devem ser formalizados por meio de um instrumento escrito, exceto o de pequeno valor imediato pagamento; e por meio de termo de contrato, carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Depois de celebrados, os contratos administrativos devem ser publicados, resumidamente, no órgão oficial de imprensa para produzir seus efeitos⁸.

A licitação se constitui como um ato administrativo que tem como objeto a aquisição de um bem ou serviço pela Administração. É um procedimento administrativo por meio do qual um órgão público recruta, dentre os interessados, aqueles cuja proposta se apresenta como a mais vantajosa para a administração e celebra com o mesmo o contrato administrativo⁹.

Corroborando com esse pensamento, a doutrina também afirma que a licitação tem como objetivo alienar, adquirir bens, realizar obras para uso do bem público, atraindo para tanto interessados que submetem suas propostas com base nas regras do objeto convocatório, o edital^{10 11}.

Para regulamentar essa forma de comprar pela Administração Pública, foi editada a Lei nº 8.666/93¹² que tem como finalidade instituir normas específicas para

⁶ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Contratos administrativos na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**: julgamentos do TCU relativos aos arts. 54 a 88 da Lei nº 8.666/93. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.

⁷ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

¹² BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição

as licitações e contratos da Administração Pública. Apesar de ser muito criticada, a Lei nº 8.666/93 tem cumprido seu papel de reger as compras de forma transparente atendendo aos princípios constitucionais que ela segue.

2.1 CONCEITOS E FINALIDADES DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A Lei 8666/93 dispõe em seu artigo 22 as modalidades de licitação: (i) concorrência; (ii) tomada de preços; (iii) convite; (iv) concurso; e (v) leilão¹³. Há uma sexta modalidade, o pregão, instituído pela Lei 10520/02¹⁴ e regulamentado pelos decretos 3555/00¹⁵, na forma presencial e 5450/2005, na forma eletrônica¹⁶.

Cita-se também uma categoria diferenciada de licitação, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criado pela Lei 12462/11¹⁷ para atender especificamente licitações de aquisições, obras e serviços de engenharia em programas e órgãos ali determinados.

Explica a doutrina que a “licitação é o gênero, do qual as modalidades são espécie” desta forma as disposições comuns são aplicadas a todas as modalidades e as singulares a cada uma em específico. A competição e consequente busca dos

Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 3.555**, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília, DF. 8 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 5.450**, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 31 maio. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 04 jan. 2002.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF. 4 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

melhores preços para a Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória^{18 19} (BRASIL, 2010).

2.1.2 Concorrência

A concorrência está definida no artigo 22, parágrafo 1º da Lei 8666/93, como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”²⁰.

É utilizada geralmente para contratos de grande vulto, sendo obrigatória para contratação de obras e serviços acima de R\$ 3.300.000,00; compras e contratações de serviços acima de R\$ 1.430.000,00; e para os casos de compras e alienações de bens imóveis, neste item, observada a exceção do art. 19 do Estatuto que admite a modalidade de leilão para casos de bens oriundos de ações judiciais ou dações em pagamento. Quanto aos tipos, pode ser nacional ou internacional²¹.

Preconiza a doutrina que a concorrência possui características particulares, a saber, temos: universalidade propiciar a qualquer interessado, sem a exigência de pré-requisitos a participação no certame, ampla publicidade, realizar a divulgação com a maior amplitude possível, dados os valores e complexidade de contratação, habilitação preliminar fase inicial do processo, efetuada após a abertura da sessão, e julgamento por comissão o julgamento será realizado por comissão, composta por no mínimo 03 (três) integrantes e será analisado em duas fases, a preliminar, na etapa de habilitação e a escolha da proposta, na fase de julgamento²².

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

2.1.3 Tomada de Preço

Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Considerada menos formal do que a concorrência compreende as faixas de valores de até R\$ 3.300.000,00 para obras e serviços e engenharia e até R\$ 1.430.000,00 para compras e demais serviços. Nesta modalidade a publicidade também é obrigatória, porém os prazos são menores, 15 (quinze) dias para a regra geral e 30 (trinta) dias para contratações do tipo técnica e preços, e melhor técnica²³.

De acordo com a doutrina, o que diferencia as modalidades de concorrência e tomada de preços é exigência da habilitação prévia, por meio dos registros cadastrais previstos em Lei. Nesse sentido, a doutrina comenta sobre a importância do cadastro²⁴:

O cadastramento de fornecedores é documento de extrema importância para a Administração, de modo que os órgãos por ele responsáveis devem precaver-se contra eventuais fraudes cometidas por empresas, inclusive uma que se tem repetido algumas vezes: a empresa fica inadimplente com as obrigações fiscais, previdenciárias ou sociais e, não podendo participar de novas licitações, dá lugar a uma outra, formada pelos mesmos sócios; como é recém-criada, a nova empresa não terá problemas na exibição das certidões negativas de débitos tributários. Trata-se de fraude contra a Administração, que deve ser por esta coibida, rejeitando-se a inscrição no registro cadastral, porque, admitindo-se o cadastramento dessa nova empresa, estarão sendo violados vários princípios licitatórios, entre eles o da igualdade, já que esse fornecedor, devedor tributário com outra razão social, estará em posição de vantagem quando estiverem ao lado dos demais participantes, estes devidamente quites com suas obrigações legais²⁵.

2.1.4 Convite

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará em local apropriado, cópia do

²³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁵ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 283-284.

instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas²⁶.

Considerada como a mais simples, a modalidade convite se destina à contratação de pequenos valores: obras e serviços de engenharia, até R\$ 330.000,00 e compras e demais serviços até R\$ 176.000,00, nesta modalidade não há exigência de publicação de edital, e a convocação deverá ser realizada com no mínimo 05 (cinco) dias de antecedência no documento carta convite²⁷.

Nesse sentido, entende-se que “o ‘modus procedendi’ do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores”²⁸.

Em acordo, sobre a seleção, adverte que a escolha dos convidados deve ser realizada com parcimônia, utilizando critérios objetivos, pois ao contrário restará caracterizado o desvio de finalidade invalidando o feito²⁹. No seu entendimento, o convite realizado às empresas não cadastradas deve ser criteriosamente analisado, uma vez que a falta de cadastro demonstra o desinteresse na participação do processo e impossibilita à Administração a verificação de quesitos básicos de idoneidade.

2.1.5 Concurso

A quarta modalidade de licitação é o concurso, que se difere das demais em razão do objeto, por ser específico, e pelos critérios de contratação, uma vez nesta modalidade os valores da bonificação são previamente definidos pela Administração para entrega do trabalho já finalizado no momento da escolha do vencedor. O concurso é definido na Lei 8666/93 como “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a

²⁶ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

²⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 285.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores [...]”³⁰.

Ao concurso deverá ser dada publicidade, com a obrigatoriedade de publicação de edital com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. “É a modalidade especial de licitação, que, embora sujeita aos princípios de publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência”³¹.

Justen Filho (2012)A doutrina assegura que a Administração deve definir de forma prévia as condições de realização do julgamento, mesmo nos casos de concurso, que por suas peculiaridades pode envolver critérios subjetivos³².

2.1.6 Leilão

Leilão é a modalidade de licitação realizada para venda de bens móveis inaproveitáveis para a Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19 da Lei das licitações, o vencedor será quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação³³.

Assim, no leilão devem ser considerados dois princípios, o da publicidade, uma vez que a norma prevê a publicação de edital com antecedência de 15 (quinze) dias antes da realização da sessão; e da preservação patrimonial, visto que os bens serão previamente avaliados e serão alienados pelo maior lance³⁴.

Para a doutrina, o leilão tem como particularidade a “multiplicação” de ofertas por parte de um mesmo participante, “os interessados comparecem em data preestabelecida para o ato, formulando verbalmente suas propostas”³⁵.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 324.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

³³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

³⁴ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 2005.

2.1.7 Pregão

Instituído pela Lei 10520/2002, o pregão é a sexta modalidade de licitação. Tem como características: (i) a aquisição de bens e serviços comuns, não se aplicando às contratações de obras de engenharia, alienações e locações imobiliárias, independentemente do valor estimado para a contratação; e (ii) inversão de fases da competição, de modo que somente a documentação do fornecedor que oferecer o melhor lance será analisada (BRASIL, 2002). Pode ser realizado de 02 (duas) formas, presencial ou eletrônica.

O pregão, na forma presencial, está regulamentado pelo Decreto 3555/2000 (BRASIL, 2000). Já o Decreto 5450/2005, definiu os trâmites do processo pela internet e impôs à União a utilização desta modalidade. O normativo dispõe em seu Art. 4º “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica” (BRASIL, 2005, p. 2).

3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato administrativo é o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo Direito Público, tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público³⁶.

Os contratos administrativos, como ajustes para a que a Administração, em suas qualidades celebrante, podem ser firmados com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico³⁷.

Importante pontuar que os contratos administrativos são regidos pela Lei de Licitações 8.666/93³⁸. Destaca-se os contratos num panorama geral, as normas contidas na referida lei na qual se individualiza, devendo ser aplicada subsidiariamente o Código Civil as normas gerais atinentes a contratos.

Vale o destaque quanto às peculiaridades desses contratos, que possuem e natureza peculiar, onde podemos mencionar tais características: presença da Administração Pública como Poder Público (prerrogativas que garantem sua posição de publicação, e cláusulas necessárias); procedimento legal (estes procedimentos para a celebração de contratos são estabelecidos por lei e podem variar de uma modalidade para outra, englobando medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação); natureza de contrato de adesão e o Poder Público quem estabelece, previamente, as cláusulas contratuais); natureza *intuitu personae* (a execução cabe ao contratado que se obrigou perante a Administração, sendo permitido ao contratado, subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração, sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual - art. 72, da Lei 8.666/1993); presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade (provem de determinadas cláusulas exorbitantes)³⁹.

No tocante ao formalismo contratual, é necessário se observar certos requisitos

³⁶ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 177.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 295.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 304-320.

externos e internos. Os contratos administrativos são formalizados por meio de um instrumento escrito, exceto os de pequeno valor com pagamento imediato. E por um termo de contrato, carta contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Depois de firmados, deverão ser publicados resumidamente em diário oficial do ente Federativo respectivo para então produzir efeitos⁴⁰ (CARVALHO FILHO, 2017).

A Lei 8.666/93 (art. 55) traz em seu rol cláusulas necessária que deverão constar obrigatoriamente nos contratos: o objeto e seus elementos característicos, o regime de execução ou forma de fornecimento, detalhes e valores, as condições de pagamentos, reajustamento de preços, prazos, garantias; os direitos e penalidades cabíveis a prescrição da multa nos casos de rescisão, entre outros indispensáveis ao negócio jurídico⁴¹.

Para melhor detalhamento todos esses comandos legais e normativos aplicáveis ao modo de operação dos editais, à Advocacia Geral da União (AGU) dispõem em seu memorando oficial modelos das minutas de editais, contratos e convênios para os órgãos por ela assessorados tenham um ponto de partida para elaboração dos mesmos. Mantendo assim padrão. Estes gigante arcabouço de procedimentos licitatórios é largamente utilizados pelos gestores municipais e estaduais.

O regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições. Estas por sua vez outorgam de poderes frente à Administração, colocando-a em posição de supremacia entre o particular⁴². Enquanto as sujeições são impostas como limites da atuação administrativa, indispensáveis para garantir o cumprimento as finalidades públicas e aos direitos do cidadão.

3.1 ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O art. 58, I, da Lei n. 8.666/93⁴³ confere à administração a prerrogativa de

⁴⁰ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 368.

⁴³ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modifica-los, unilateralmente, para melhor

alterar seus contratos. Tal prerrogativa é justificada pelo dever atribuída a esta de bem tutelar o interesse público, cabendo-lhe, pois, em face de determinadas circunstâncias, realizar as necessárias adequações do contrato firmado. De acordo com pertinente lição de Marques (1998, p. 105):

O fato é que quando a Administração perfaz um ajuste administrativo, presume-se que esteja a perseguir um cometimento que é de interesse coletivo, geral, público. Dessume-se, portanto, que se no devir desta avença surgirem circunstâncias ou fatores — imprevistos, imprevisíveis, mal previstos, supervenientes, enfim — que imponham alterações no ajuste, seria absolutamente contraditório negar ao Poder Público a mudança no contrato na precisa medida necessária a contornar os óbices supervenientes⁴⁴.

As alterações dos contratos administrativos não se constituem em regra, nem tampouco algo ilimitado, as modificações devem ser exceções, cuja ocorrência pressupõe as devidas justificativas. A Administração deve ser responsável em seu planejamento inicial, realizando estudos prévios e consistentes⁴⁵. Encarecendo o entendimento de que a alteração do contrato, em face das circunstâncias do caso concreto, constitui poder-dever da administração pública, assevera que:

A modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é antieconômica, ineficaz ou inviável. Enfim, deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Logo, a modificação será obrigatória. A Administração Pública terá o dever de promovê-la. Deverá apresentar os motivos técnicos aos quais se vincula sua decisão, fundamentando-a. (...) Se a Administração deixar de exercitar seu poder estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais⁴⁶.

3.2 ALTERAÇÃO UNILATERAL

A doutrina nos atualiza que o regime jurídico dos contratos administrativos,

adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.)

⁴⁴

⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 540.

confere apenas à Administração Pública⁴⁷. Em relação a estes, a prerrogativa de modifica-los, unilateralmente para melhor adequação as finalidades públicas, tendo como base os direitos do contratado.

Ao contrário das modificações consensuais, as alterações unilaterais são as geradas pela Administração e independem da anuência do contratado. Assim sendo, o particular não terá direitos imutáveis com relação ao objeto contratado, nem tampouco com relação às cláusulas regulamentares que dispõem sobre o modo de sua execução do contrato.

Entretanto, assegurando o direito com relação ao equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, em qualquer alteração unilateral, conforme o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal⁴⁸ e inciso 6º do art. 65 da Lei 8.666/93⁴⁹, sob risco de enriquecimento ilícito da Administração.

Ou seja, a equação econômica financeira da proposta inicial deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, de modo a evitar a oneração do particular ou até mesmo da Administração. A alteração unilateral não é um ato arbitrário, mas uma obrigação quando existir a necessidade, no sentido de proteger o interesse público. Assim, as modificações sempre devem ser motivadas e justificadas, sob pena de nulidade.

Todavia, em caso de suspensão das obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e postos no local do trabalho, estes deverão ser pagos pela Administração, custos obviamente comprovados e corrigidos monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que comprovados, segundo regulamenta o artigo 65, § 4º,

⁴⁷ Cunha Júnior, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁴⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.)

⁴⁹ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá reestabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.” (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.)

disposto na Lei 8.666/93⁵⁰.

3.3 ALTERAÇÃO QUALITATIVA

De acordo com o art. 65, inc. I letra a, da Lei nº 8666/93⁵¹, as alterações qualitativas se caracterizam pela adequação técnica do objeto contratual a novas especificações, diferentemente das alterações quantitativas que são destinadas a modificar a dimensão do objeto.

Não há menção na Lei nº 8666/93 sobre os limites para as alterações qualitativas, logo não existem dúvidas a respeito das alterações qualitativas que estão dentro do limite estabelecido para as alterações quantitativas. A questão principal está na possibilidade ou não de ultrapassar estes limites, uma vez que o legislador não estabeleceu explicitamente os limites às modificações de natureza qualitativa.

Para o autor Justen Filho (2010, p. 830), as alterações qualitativas podem extrapolar os limites estabelecidos no parágrafo 1º e 2º do art. 65 da Lei de Licitações e indica o seguinte:

Se o legislador quisesse que tais limites servissem também para alterações qualitativas, ele o teria feito expressamente. Não é correto aplicar os limites preceituados nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 em relação às alterações qualitativas, o que ensejaria uma espécie de interpretação extensiva, que foge aos lindes da própria legalidade mesmo em seu sentido amplo.

Do entendimento do autor citado, evidencia-se que, quando surge uma nova

⁵⁰ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.” (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.)

⁵¹ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: [...] c) quando necessária a modificação da forma do pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.” (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021)

necessidade, a Administração poderá alterar o contrato de modo a adequá-lo à nova realidade em percentuais superiores aos limites estabelecidos para as alterações quantitativas. Mas a liberdade com relação aos limites das alterações qualitativas deve possuir parâmetros.

A fim de evitar atos abusivos e desvirtuamentos, faz-se necessário observar não só o princípio da razoabilidade, mas os demais princípios do Direito Administrativo, tais como os da proporcionalidade, economicidade, finalidade, eficiência etc. Em harmonia com os princípios, a alteração qualitativa não pode transformar o objeto de modo a alterar a sua funcionalidade básica, a identidade do objeto deve ser preservada.

4 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Considerando que, de acordo com a Lei n 8.987/95⁵², o contrato de concessão é um contrato executado por conta e risco do concessionário, que deve obter sua remuneração e amortização dos investimentos mediante a exploração dos serviços, através da cobrança de tarifas pagas pelos usuários, entende-se que as obrigações contratuais do poder concedente se restringiriam à fiscalização e supervisão do contrato, de forma a garantir que o serviço está sendo prestado de forma satisfatória.

Ainda que o poder concedente possua o poder extroverso de alterar unilateralmente sempre que o interesse público demandar, poderíamos chegar à conclusão de que as hipóteses de descumprimento de cláusulas contratuais em contratos de concessão, pela Administração Pública, seriam praticamente nulas. Afinal, sempre que o poder concedente descumprisse suas obrigações, poderia se dizer que há um motivo de interesse público a justificar a conduta e, portanto, uma janela para se alterar unilateralmente o contrato. Talvez seja por essa razão que a doutrina pouco se dedica ao estudo do descumprimento dos contratos de concessão pela administração pública.

De acordo com o art. 11 da Lei de Concessões⁵³, desde que previsto no edital, o poder publico concedente poderá garantir a concessionária a possibilidade de utilizar outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a modicidade das tarifas.

Para Marque Neto (2011), tais receitas alternativas com finalidade de se obter o valor para cumprimento contratual, são decorrentes de exploração indireta dos bens concedidos para prestação de serviço, como por exemplo, locação de espaços de loja, propagandas, outdoors e etc. o autor ainda acrescenta que o art. 11 da retro mencionada Lei, que o poder público faça arranjos em suas estruturas tarifárias que

⁵² BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. 13 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

⁵³ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.” (BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. 13 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.)

garantam o pagamento integral, parcial ou complementar, dos valores que por ventura seriam cobrados dos usuários.

Justen Filho (2003), por sua vez, afirma que admitir o pagamento integral da tarifa pelo poder concedente desnaturaria o instituto da concessão, configurando uma verdadeira contratação de prestação de serviços. Para o autor, haverá ainda concessão quando a remuneração, ainda que em parte custeada com recursos públicos, for vinculada ao desempenho do concessionário, ou seja, quando o risco do negócio for assumido pelo particular.

No entanto, com o advento da Lei das PPPs, houve uma alteração no ordenamento jurídico no que se refere ao pagamento direto de contraprestação pela administração pública em contratos de concessão comum. Isto porque, de acordo com a referida Lei, concessão patrocinada é definida como “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2º)⁵⁴. E o parágrafo 3º do referido dispositivo ainda complementa que “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.⁵⁵

Com isso, a partir do momento que uma concessão comum prevesse o pagamento de contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao ente privado, ela se enquadraria no conceito legal do art. 2º da Lei de PPP⁵⁶ e seria considerada uma parceria público-privada, a ela se aplicando o regramento da Lei n. 11.079/2004 e não mais a Lei n. 8.987/95.

Nesse diapasão, ainda que não seja possível o pagamento de contraprestação

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF. 30 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 29 jan. 2004.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF. 30 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 29 jan. 2004.

⁵⁶ “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” (BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF. 30 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 29 jan. 2004.)

em contratos de concessão comum, seria possível o descumprimento de obrigação de pagar pelo poder público, na hipótese de não pagamento dos subsídios pactuados no contrato.

A ausência de pagamento pela Administração Pública de valor pactuado – seja a título de contraprestação ou subsídio – trará efeitos nefastos para o contrato. Mauricio Portugal (2007), ao tratar do inadimplemento do poder concedente no que se refere ao pagamento de contraprestação em contratos de parceria público-privada, explica que “como os projetos são estruturados com base num fluxo financeiro regular, o desequilíbrio causado pela ausência de pagamento da contraprestação coloca em risco a continuidade e a qualidade do serviço”.

Nesta mesma lógica do autor, supramencionado, se aplica aos subsídios garantidos pelo poder concedente nos contratos de concessão: o concessionário contará com determinado valor para estruturar seu projeto e o inadimplemento do poder concedente quanto ao pagamento desse valor irá impactar todo o fluxo de pagamento das obras e a prestação do serviço em questão.

Esses subsídios podem representar uma parte substancial do projeto, de forma que o seu inadimplemento pode significar a inviabilidade de o concessionário continuar prestando o serviço. É preciso, assim, que haja um meio eficaz para a concessionária exigir do poder concedente o cumprimento das obrigações de pagar por ele assumidas.

4.1 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DAS PENAS NA SEARA ADMINISTRATIVA

Para a formalização das contratações a Administração firma acordos com particulares, nos quais são estabelecidas as regras, os direitos e deveres de cada ente. Meirelles (2008, p. 214) conceitua contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

A Lei das licitações e contratos além de normatizar as licitações disciplina o contrato administrativo, e o define como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da “Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de

vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”⁵⁷.

A doutrina aponta que contratos administrativos devem ter 08 atributos: “(i) presença da Administração Pública como Poder público; (ii) finalidade pública; (iii) obediência à forma prescrita em lei; (iv) procedimento legal; (v) natureza do contrato de adesão; (vi) natureza intuitu personae; (vii) presença de cláusulas exorbitantes; e (viii) mutabilidade”.⁵⁸

Os contratos serão celebrados após a conclusão do processo licitatório e/ou contratação direta, e deverão estar em consonância com o ato convocatório, serem claros e objetivos.

Justen Filho (2012, p. 812), ensina que a Lei confunde os termos, a forma correta a ser utilizada seria “instrumento contratual”, definido como o “documento escrito em que se consolida a vontade das partes e se sistematiza o conteúdo e a extensão da avença”. A explicação é de importância porque há na Lei das licitações situações nas quais o contrato pode ser substituído por nota de empenho, ordem de serviço, ou outros documentos simplificados que possuem a mesma funcionalidade.

Os contratos entre os órgãos públicos e particulares se diferenciam pelo respeito ao interesse coletivo, desta forma algumas cláusulas podem ser desiguais e evidenciar a supremacia do interesse público, como modificar ou rescindir unilateralmente o contrato e impor sanções ao particular⁵⁹.

Os contratos administrativos estão sujeitos às regras do Direito Público e dos princípios aplicados à Administração Pública, e apresentam características singulares:

Traços peculiares do contrato administrativo giram em torno da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público, sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado⁶⁰.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 269.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 611.

(MELLO, 2009, p. 611).

As cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos garantem à Administração, dentre outros, o poder de aplicar sanções ao particular quando detectadas possíveis infrações na execução do contrato, sobressaindo a supremacia do interesse público sobre o privado. Sobre: sobre sanção e infração administrativa:

Sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração. A infração administrativa por sua vez, configura-se como o comportamento típico, antijurídico e reprovável idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho de função administrativa.⁶¹

Na mesma percepção apresentam-se as definições do manual da Receita Federal:

Sanção administrativa: penalidade prevista em Lei, instrumento editalício ou contrato, aplicada pelo Estado no exercício da função administrativa, como consequência de um fato típico administrativo com a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantidos por meio do devido processo legal. Infração Administrativa: é o comportamento ou a omissão que viola alguma norma de natureza administrativa, podendo ou não causar prejuízos ao órgão (BRASIL, 2012, p. 10).

Conforme observado, é assegurado ao ente público o direito de promover alterações unilaterais, bem como fiscalizar a execução dos contratos, e caso seja necessário, aplicar penalidades.

Salienta-se que legislação estabelece que é dever do agente público, uma vez constatada a irregularidade, instaurar o procedimento administrativo, desde que assegurada ampla defesa. “Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar [...]” (MEIRELLES, 2008, p. 107).

Diante da possibilidade de irregularidades, falhas ou fraude serão necessárias a abertura de processo administrativo para que sejam apurados os fatos. A própria administração pode impor a realização das sanções por meio de ato administrativo.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato

⁶¹ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 93.

adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2008, p. 152).

As cláusulas exorbitantes asseguram o direito à supremacia do público sobre o privado e enseja na ocorrência de infrações por parte do contratado, na aplicação de sanções, efetivadas após o devido processo administrativo.

As sanções previstas nas Leis nº 8.666, de 1993 e 10.520, de 2002 poderão ser impostas e executadas diretamente pela Administração através do uso de atos administrativos, sem que para isso ela tenha que se socorrer a qualquer outro órgão de defesa ou regulador, ou até mesmo ao Judiciário. Este caráter auto executório, além de ser um atributo do ato administrativo, serve de instrumento para o exercício do poder-dever punitivo da Administração que foi consagrado pelo art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993: a competência para aplicar sanções confere ao contratante uma posição de supremacia em relação aos interessados na contratação, já que um dos objetivos da Administração é o de satisfazer e de zelar pelo interesse público (BRASIL, 2012, p. 34-35).

Puccetti (2010) entende que a sanção administrativa pode ser considerada como a repreensão resultante do descumprimento de regras com o propósito de desestimular a realização de conduta irregular. Pode-se acrescentar que sua aplicação tem o intuito de prevenção e objetiva impedir que o Estado e a sociedade sofressem prejuízos pela inobservância das condições pactuadas.

O procedimento de aplicação de sanções decorrente de comportamentos que resultem em infrações administrativas tem regra geral, caráter preventivo, educativo e repressivo. Outra finalidade é a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, bem como afastar um contexto de abuso de direito proveniente de entidades privadas em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção ao erário e ao interesse público (BRASIL, 2015a, p. 11).

Para que tenham validade, os processos administrativos devem ser formalizados em consonância com os princípios: (i) constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; e (ii) administrativos, explicitados no artigo 2º da Lei 9784/99 (BRASIL, 1999)⁶², que acrescentou como

⁶² “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: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação

princípios básicos: motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

É de consenso que mesmo não relacionados no artigo 37 da Constituição, podem ser aplicados demais princípios constitucionais ao rito administrativo. Barroso (2001, p. 26) leciona que os “princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”.

A fiscalização das contratações é uma faculdade do poder público. Na seara dos processos licitatórios os atos inflacionários e sanções estão convencionados nas Leis 8666/93, 10520/02 e 12462/11. A Lei 8666/93 dedica o capítulo IV, seção II, artigos 81, 86, 87 e 88 para o tema⁶³, e assinala no artigo 87 quais as possíveis penalizações:

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

oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; 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; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” (BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 26 jan. 2022.)

⁶³ “Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas. [...] 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. [...] 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. (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.)

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 aplicação⁶⁴ (BRASIL, 1993, p. 47-48).

No que se refere à modalidade de pregão, regulamentada pela Lei 10.520/02, as infrações são expressas no artigo 7º:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais⁶⁵

Método similar foi adotado na Lei 12.462/11, que criou Regime Diferenciado de contratações Públicas e concentrou os atos no artigo 47:

Art. 47. Ficarão impedidos de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei; II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; V - fraudar a

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.⁶⁶

Nas leis 10520/02 e 12462/11 não há previsão das sanções de advertência e de inidoneidade, e o prazo para impedimento de licitar e contratar foi ampliado de dois para até cinco anos. Outro diferencial da Lei do pregão é a previsão de descredenciamento do fornecedor no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). No que se refere ao pregão, é pacífico que devem ser aplicadas as sanções tipificadas na Lei 10520/02, e subsidiariamente, caso necessário, as dispostas na Lei 8666/93.

Para as contratações efetivadas por cotação eletrônica (dispensa de licitação), as sanções estão regulamentadas no diploma que a instituiu. A Portaria 306/01⁶⁷, em seu anexo II, estipulou que serão aplicadas as mesmas penalidades estabelecidas na Lei 8666/93, e definiu para as multas a aplicação de percentuais estabelecidos no próprio normativo.

Convém ressaltar que em todos os processos sancionatórios deverão ser observados os princípios constitucionais, diretrizes da Lei 8666/93 e subsidiariamente da Lei 9784/99. Justen Filho (2012) dispõe que a aplicação de punições deve ser precedida de rigoroso processo administrativo pautado na realidade dos fatos, sendo assegurado ao acusado seus direitos e garantias.

A Lei quando dispôs sobre as sanções de advertência, multa, suspensão de licitar e declaração de inidoneidade não estabeleceu critérios para sua aplicação. Relegou à responsabilidade da autoridade competente a escolha sobre qual sanção aplicar, conferindo discricionariedade ao administrador público. Há entendimento de que o poder discricionário é o privilégio atribuído aos servidores públicos, para dentre vários comportamentos, escolherem o de maior benefício para os interesses da

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF. 4 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 306**, de 13 de dezembro de 2001. Brasília, DF. 13 dez. 2001. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/portarias/p306_01.htm. Acesso em: 14 mar. 2002.

coletividade⁶⁸.

Além da discricionariedade, evocam-se na análise das infrações os princípios da tipicidade e da proporcionalidade. Sobre a tipicidade, tem-se que é de extrema importância, uma vez que condutas adotadas devem ser claras para salvaguardar o agente público e para que, quando reincidentes sejam reconhecidas⁶⁹. Deve esclarecer aos administrados quais os procedimentos aceitáveis e quais devem ser evitados, ainda, quais sanções serão aplicadas para os casos similares já conhecidos.

O agente público deve se ater estritamente aos fatos na condução do processo, precisa analisar cada caso, verificar a gravidade, reincidência e prejuízo causado, para dentre outros critérios, exercer seu poder discricionário quando a Lei não relacionar de forma clara a conduta a ser adotada.

Contudo, para que aja com parcimônia no julgamento, o servidor deve ater seus atos ao princípio da proporcionalidade, definido por Meirelles (2008, p. 94) como “princípio da proibição de excessos”, assegurando que as penalidades aplicadas sejam compatíveis com as infrações cometidas, sem excessos ou demasiadamente moderadas, apenas justas.

4.1.1 Advertência

Prevista artigo 87, inciso I, da Lei das licitações⁷⁰, a advertência é considerada uma sanção mais branda, aplicada em condutas de menor gravidade. Tem caráter educativo, uma vez que notificada a empresa, a mesma toma conhecimento de pendências na execução do contrato, que devem ser sanadas para a manutenção da relação contratual. Justen Filho confirma seus efeitos distintos:

O primeiro reside na submissão do particular a uma fiscalização mais atenta. Não se trata de alterar as exigências impostas, que continuam as mesmas. Haverá um acompanhamento mais minucioso da atividade do particular, tendo em vista haver anteriormente descumprido seus deveres. O segundo consiste na identificação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), o particular sofrerá uma punição mais severa (JUSTEN FILHO,

⁶⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

⁷⁰ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência;” (BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.)

2012, p. 1019).

4.1.2 Multa

A multa tem característica pecuniária e pode ser acumulada com as demais sanções. A Lei 8666/93 prevê dois tipos de multas: a moratória, aplicada nos casos de atraso injustificado na execução do contrato; e a compensatória, aplicada em casos mais graves de inexecução contratual⁷¹.

Guedes (2013, p. 149), define que “a multa consiste na imputação do pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo atraso ou pela inexecução da avença”. Sendo premente ressaltar que as multas em valores e/ou percentuais para serem aplicadas, devem estar previstas no instrumento convocatório.

As multas moratórias têm finalidade de punir a empresa pelo atraso, são aplicadas quando há o interesse na realização do serviço ou entrega de materiais e não resulta em rescisão contratual, já as compensatórias têm por objetivo ressarcir a Administração Pública pelos danos decorrentes da interrupção do termo.

A Lei das licitações dispõe que após o processo administrativo, as multas devem ser descontadas da garantia contratual, caso não sejam suficientes podem ser abatidas de faturas futuras e por fim, por recolhimento ao erário via Guia de Recolhimento da União (GRU); caso a GRU não seja liquidada poderá ser inscrita em dívida ativa⁷².

Mello (2009) lembra que para as multas serem válidas devem atender ao princípio da proporcionalidade, e que independente da gravidade não podem ser ‘confiscatórias’, ou seja, de valores tão altos que configurem um verdadeiro confisco.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁷² BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

4.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS EDITAIS DE LICITAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Importantes proposições legais para o deslinde do presente são extraídas do artigo 113 da Lei 8.666/93, assim redigido:

Art.113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.⁷³

Eduardo Fortunato Bim (2006) entende que o cumprimento da missão constitucional dos Tribunais de Contas de julgar a legalidade e legitimidade das despesas decorrentes dos contratos começa exatamente no julgamento da legalidade do edital de licitação.

Portanto, tal dispositivo legal, aliado ao artigo 71 da Constituição Federal⁷⁴, é o mote legitimador da atuação preventiva do Tribunal de Contas sobre os editais de licitação, objetivando, dentro dos limites de sua competência constitucional, evitar, de forma prévia, a ocorrência de ilegalidades no instrumento convocatório das licitações públicas, podendo o Tribunal suspender o procedimento licitatório e apontar as correções necessárias para a esmerada realização do certame, com base em seu poder geral de cautela, que posteriormente será detalhado.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁷⁴ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022)

Tal dispositivo é operacionalizado no âmbito das Cortes de Contas por meio das diversas previsões constantes dos Regimentos Internos daqueles Tribunais, que estatuem o procedimento a ser observado para a análise dos editais de licitação postos à sua apreciação.

Nessa linha, a título ilustrativo, é o disposto nos artigos 241, 242 e 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002)⁷⁵, bem como os artigos 220 a 225 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁷⁶.

Em suma e nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, para que a representação relativa ao edital de licitação seja conhecida é necessário o atendimento concomitante dos seguintes requisitos: que a matéria discutida seja de competência do Tribunal, que o responsável pela suposta irregularidade esteja sujeito à sua “jurisdição”, que a representação esteja redigida em linguagem clara e objetiva, contendo nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como esteja subsidiada com indícios idôneos concernentes à ilegalidade e, por fim, seja o representante legitimado para a prática de tal ato.

Como anota José Luiz Levy, mencionado em capítulo anterior:

Nunca houve dúvidas, na doutrina e na jurisprudência pátrias, de que as funções constitucionais de controle contábil, financeiro e orçamentário atribuídas aos Tribunais de Contas não se resumiam a providências a posteriori, mas também poderiam ser exercidas antes e durante a realização das despesas (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Auditoria do Tribunal de Contas em Departamento de Despesas da Câmara Municipal. RT 532/35). De modo expressivo, José Luís de Anhaia Mello sublinhava que a atuação das Cortes de Contas não consistia em “mera análise de cadáveres administrativos (O Tribunal de Contas no Novo Sistema Constitucional. RT 421/4077)”.

No mesmo sentido o entendimento de Reynaldo Sant’Anna (1991), Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Questão que, no passado, colocou-se como tormentosa, foi às diversas previsões inseridas em Leis Orgânicas ou atos administrativos de muitos Tribunais de Contas, que exigiam a remessa

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília, DF. 30 nov. 2011. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

⁷⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP. 01 jan. 2011. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/lei-organica-e-regimento-interno/regimento-interno>. Acesso em: 04 abr. 2022.

compulsória e indistinta, por parte de todo ente estatal submetido à sua fiscalização, de todos os editais de licitação, para que fossem submetidos a exame prévio pelas Cortes de Contas antes de serem publicados.

Edgar Guimarães (2002), na linha de Reynaldo Sant'Anna, defende a obrigatoriedade de análise prévia de todos os editais de licitação que representem contratações que envolvam grandes somas de recursos, em especial nos casos de licitações na modalidade concorrência, sendo, nestas hipóteses, o exame obrigatório para que o Edital seja publicado e, nas demais modalidades, mera faculdade do Tribunal de Contas.

Tal exigência, feita de forma indiscriminada, por certo causava grande entrave no exercício da atividade da Administração, que se via obrigada a aguardar, por longos períodos, a chancela prévia dos Tribunais de Contas para, então, publicar os editais de licitação de seu interesse e poder atender às necessidades públicas.

4.3 O LACONISMO DA LEI DE LICITAÇÕES 8.666/93 QUANTO ÀS NORMAS DO PAD SANCIONADOR DO CONTRATADO E DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Notadamente nos casos que envolvem possíveis penalidades frente ao contrato celebrado com Administração Pública, existe previsão legal no artigo 87 da referida lei, que suspende a empresa punida de celebrar contratos com ente público pelo prazo de dois anos. Entretanto ao verificar o artigo 7º da lei de pregão esse prazo é de cinco anos (RAMALHO, 2018).

Em igual concordância está a doutrina e o próprio Tribunal de Contas da união, que defendem a diferenciação quanto ao âmbito de sua aplicação⁷⁷. Para tanto temos suspensão temporária, que delimita as sanções ao órgão ou entidade que a aplicou. Enquanto isso tem em nosso sistema jurídico brasileiro a Lei a 10.520/2002 que direciona a penalidade e/ou impedimento de licitar ao ente federativo⁷⁸ (União, Estado ou Município).

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

Nesta mesma toada convivemos uma linha de posicionamento divergente, apenas sobre a penalidade e suspensão temporária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho se resvalam da ideia que a penalidade deve produzir efeitos a toda Administração Pública, pois o fato de permitir contratações com outros órgãos, durante o período de suspensão, inviabiliza sua eficácia necessária. Sabiamente, o STJ afirma que Administração Pública é uma, portanto seus efeitos acarretam ao licitante e a não participação em contratações futuras⁷⁹.

Há algum tempo que TCU e o STJ apresentam posições diferentes quanto ao âmbito da aplicação da penalidade de suspensão temporária. O que acaba por criar lacunas legislativas quanto à eficácia da norma, trazendo tais divergências. Medeiros (2012) aborda alguns posicionamentos recorrentes pelo Tribunal de Contas da União, considerando que já nesta época já se ventilava que o Tribunal precisava mudar de entendimento e aderindo ao STJ.

Outro aspecto controverso se dá na sua interpretação, tendo em vista o art. 7º da Lei 10.520/2002⁸⁰, se esta sanção deverá ser integrada as demais já previstas na Lei 8.666/93. É salutar pontuar que o art. 87º da Lei 8.666/93⁸¹ não trouxe um rol de hipóteses, ainda que sutilmente exemplificativa, deixando ao administrador tem o entendimento que lhe convier sobre a dosimetria da pena, deixando faltosos os tipos penais para o contrato.

A aplicação de penas diferentes em razão exclusiva da modalidade licitatório

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151.567-RJ (1997/0073248-7). Recorrente: Santhe Indústria e Comércio de Móveis LTDA. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Data de julgamento: 14 abr. 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7472339/recurso-especial-resp-151567-rj-1997-0073248-7/inteiro-teor-13107807>. Acesso em: 04 jan. 2022.

⁸⁰ “Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.” (BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.)

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

resulta na ilegalidade de poder aplicar duas penas para o mesmo crime é o que acrescenta (REIS 2005). Caminhando nesta mesma digressão, o critério utilizado para a aplicação de sanções administrativas deve ser o dano causado a Administração Pública e não a modalidade de licitação. De tal modo esta interpretação teleológica dos tais dispositivos nos permite compreender que não se aplicaria o art. 7º da Lei de Pregão de modo isolado.

4.4 MARCOS NORMATIVOS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O PAD SANCIONADOR DO CONTRATADO

A Lei de nº 8.112 de 1990⁸², regula as sanções aplicáveis aos servidores públicos da União por descumprimento dos deveres e proibições exigidos no exercício do cargo público. Embora restrito à administração federal, será tomado como principal referência em matéria disciplinar.

Este diploma legal em seu artigo 175 conceitua que o processo disciplinar revisional a prova cabe ao requerente da tal ação⁸³. Para tanto dele resulta um ato contraposto à sanção ou que a atenua, considerando elemento fático não apreciado no processo dominante. O requerente no contexto de lei é o administrado, que deve provar o ou circunstância imposta. (BACELLAR, 2014).

Ainda nesta toada o autor ainda continua pontuando que caberá à Administração Pública colher por meio de sindicância elementos de autoria e materialidade para justificar a abertura do processo disciplinar. Ademais, é exigência que o fato ilícito esteja respaldado em provas, as quais, a toda evidência, deverá ser obtida pela Administração, o que iria de encontro ao princípio constitucional de presunção inocência.

No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin, afirma que:

No processo administrativo disciplinar originário, o ônus de provar cabe que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que ad administração pública lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ele cabe o ônus de prova, na medida em que o autor de

⁸² BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. 11 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 04 fev. 2022.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. 11 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 04 fev. 2022.

qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.

Por outro lado, o servidor que assegurar o direito de acompanhar o processo, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas, contraprovas, e formular requisitos em prova pericial, a lei nada mais faz senão reconhecer a existência de ônus da defesa, pois do contrário não lhe seria facultada a prova. Não basta eleger os fatos, atribuindo à Administração o ônus da prova negativa.

Em reforço a esta programação administrativa, temos em nosso ordenamento jurídico alguns diplomas integradores, aplicados supletiva ou subsidiariamente ao processo. Ao disciplinar o exercício da pretensão punitiva do Estado, o Código de Processo Penal representa o primeiro diploma a subtrair o administrador público na disciplina punitiva⁸⁴.

No art. 156, o Código Penal apresenta disciplina similar a Lei Federal de Processo Administrativo: o ônus de provar cabe quem fez a alegação. No mais, confere alguns poderes instrutórios ao juiz, limitado a: (i) produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; (ii) realização de diligências para dirimir dúvidas sobre o ponto relevante⁸⁵.

Em posição mais contundente, Aury Lopes Júnior (2017), sustenta que a partir do momento que o imputado é presumidamente inocente, não incumbe provar absolutamente nada. Na visão do autor existe uma presunção que deve ser destituída pelo acusador, sem que o réu e muito menos o juiz tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução probatória.

O autor ora mencionado ainda é mais enfático em dizer que se afasta qualquer tipo de ônus para réu. Dessa forma, ao alegar que alguém praticou o crime, o acusador deverá demonstrar a existência de fato típico, ilícito e culpável, provando a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.

Todavia, a perspectiva acima demonstrada fragiliza-se na medida em que confunde pressuposto de fato com tipicidade, enquanto elemento meramente normativo. O réu defende-se dos fatos, cabendo esta configuração ao julgador.

⁸⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ. 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

Ademais, desconsidera que os elementos subjetivos do crime, assim como ilicitude e culpabilidade, podem ser captados de forma indireta, por meio das provas apresentadas. Caso contrário transformaria o sistema repressivo em mecanismo absolutamente ineficaz, já que a acusação ficaria sujeita à prova negativa, inclusive diante de elementos de ordem subjetiva.

5 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESGUARDADOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO

Os princípios passaram por três fases relevantes: a primeira, chamada de jusnaturalismo, a partir do século XVI, tinha como crença o direito natural, onde existiam valores e pretensões humanas não provenientes de uma norma originada pelo Estado. A segunda fase, chamada de positivismo, buscava no final do século XIX a objetividade científica para o Direito, com características similares às ciências exatas e naturais. Até a primeira metade do século XX, os princípios eram tratados apenas como orientações, sem caráter coercitivo (BARROSO; BARCELLOS, 2003; MARTINS, 2012).

Com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo jurídico a partir dos movimentos fascista e nazista, a terceira fase, chamada de “pós-positivismo” surge como uma nova teoria. Segundo Barroso e Barcelos (2003, p. 147):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

No Brasil, os princípios jurídicos presentes nas Constituições anteriores à Carta Magna de 1988 não manifestavam efetividade, tendo em vista “o não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142).

5.1 A DINÂMICA ENTRE ESTADO PODER E FORÇA

Tem-se que a palavra "Estado" pode significar: (1) coletividade que possui originariamente o poder político em um determinado território; (2) coletividade que detenha o poder político soberano em um dado território; (3) sistema de órgãos de uma coletividade que exerce o poder político no território por ela assenhoreado e (4) pessoa coletiva, que tem por órgão o governo para fins de relações jurídicas de direito

interno⁸⁶.

Juarez Cirino dos Santos (2008) afirma que a criminologia radical trabalha com o conceito de Estado como "organização política do poder das classes econômicas", sendo ele uma das bases do trabalho científico dessa criminologia, sendo visto como controlador das relações sociais "nos limites do modo de produção dominante na formação social".

Como ressalta Celso Ribeiro Bastos (2004), Estado, força, ordem jurídica, direito e poder estão intimamente relacionados e esses vínculos tornam-se ainda mais evidentes quando se observa a diferença entre força física e poder:

Toda vez que um homem ou um grupo de homens, uma classe ou mesmo a totalidade do povo assumem o controle do Estado é sinal de que eles se encontram em condições de sufocar qualquer movimento rebelde às suas ordens.

[...] quem quer que assuma o poder do Estado automaticamente o converte em direito. As ordens expendidas deixam de ser cumpridas tão somente porque vêm acompanhadas da sanção coercitiva e passam a ganhar eficácia, na verdade, porque vêm seguidas da noção de que existe um dever de obediência. A esse fenômeno dá-se o nome de institucionalização da força.

É só por ele que se entende o funcionamento do Estado em que de um incomensurável número de atos imperativos só alguns necessitam, para sua efetivação, do real exercício da força. É óbvio que se o Estado tivesse de garantir com o seu aparato policial militar todas as circunstâncias em que sua autoridade pudesse ser posta em causas [não seriam] suficientes todos os efetivos armados de que dispõe (?). Na verdade, este recurso à violência é feito em raríssimas ocasiões se levarmos em conta a atuação ampla e abrangente do Estado moderno.

O de que desfruta o Estado, portanto, não é do mero monopólio da força física, mas sim da faculdade de expedir comandos genéricos voltados a muitos destinatários, ordens estas denominadas leis. É por este recurso, portanto, pela utilização do direito, enfim, que o Estado se viabiliza. Noutra dizer, ainda, o Estado é manifestação de um poder institucionalizado.

Max Weber (1994) reforça essa idéia ao tratar da dominação legal puramente burocrática ou burocrático-monocrática que é por ele considerada, formal e experimentalmente, a espécie de dominação mais racional e que constitui "a célula germinativa do moderno Estado ocidental". Afirmou esse autor que no sistema burocrático, seja este adotado antes ou depois de uma revolução, para conhecer quem está exercendo a dominação, basta descobrir quem domina o aparelho burocrático e, destarte, também detém o poder político.

Para Marcello Caetano, poder político pode ser definido como: "[...] a faculdade

⁸⁶ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder) instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coacção”.

Destaque-se que poder político não se confunde com poder disciplinar, nem com soberania, como anota o constitucionalista português, (CAETANO, 1963):

[...] o poder político distingue-se dos simples poderes disciplinares porque estes são particularistas e cessam logo que o indivíduo se separe, ou seja, excluído do grupo social restrito a que respeitam; enquanto que o poder político é um poder de imposição e de domínio a que os indivíduos não podem subtrair-se por ser necessário e irresistível, ao menos dentro do território do Estado a que respeita. [...] A soberania significa, portanto, um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que a sociedade internacional não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.

Assim, fica claro que é sob o manto estatal que se desenvolvem instituto ligado ao controle social formal e à dinâmica do poder, em especial, o poder de polícia e o chamado *ius (ou jus) puniendi*.

Isso demanda uma análise das raízes históricas de tais institutos para que possam ser melhor compreendidos – e, por que não, reatualizados – naquilo que diz respeito às suas respectivas atuações na sociedade pós-industrial por meio do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, devendo-se, para isso, investigá-los a partir do momento histórico do Estado de Polícia.

5.2 A FORÇA NORMATIVA

A Constituição busca, por meio de sua força normativa, estabelecer ordem à realidade. Essa força está relacionada com a efetividade plena das normas impostas pela Carta Magna. Para Hesse (1991), a Constituição se torna ativa se as tarefas por ela impostas forem efetivamente realizadas, existindo a vontade da sociedade em agir de acordo com a ordem estabelecida por ela. Assim, a Constituição deve estar de acordo com a realidade jurídica do Estado e compatível com a realidade social.

A doutrina considera que a garantia da força normativa constitucional não é uma tarefa fácil⁸⁷. Porém, se o direito constitucional é direito positivo, ou seja, possui

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora

normas elaboradas por uma determinada sociedade para conduzir a vida social durante determinada época, e se a constituição vale como lei, então tanto regras quanto os princípios constitucionais devem possuir normatividade.

Hesse (1991, p.22) afirma que:

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.

A violação de um princípio é um ato grave. Quando não se obedece a um princípio, todo o sistema de comandos é descumprido e não apenas um específico mandamento obrigatório⁸⁸. Para o autor essa é uma importante forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, já que vai contra todo o sistema e denota insubordinação de valores fundamentais.

As normas são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo” (SILVA, 2005, p.91). Por um lado elas permitem a realização de interesses de pessoas ou entidades por ato próprio ou exigindo a ação ou abstenção de outrem. Por outro lado, elas submetem indivíduos ou entidades ao dever de cumprir as exigências de realização de uma prestação, ação ou abstenção a favor de outrem (SILVA, 2005).

Barroso (2009) defende que a distinção entre norma e princípio não é mais discutida pelos autores do direito, pois já se encontra superada. Segundo o autor, o debate atual está concentrado em duas categorias de normas: as normas-princípio, também referidas como princípios, e as normas-disposição, ou simplesmente regras.

Existe uma discussão no meio jurídico sobre a distinção entre regras e princípios como espécies normativas. Sousa (2011) afirma que há, na doutrina, pelo menos duas ou três posições sobre a diferenciação entre princípio e regra. Uma corrente, composta principalmente por Dworkin (2002) e Alexy (2008), defende uma distinção “forte”, onde há uma diferença de caráter lógico entre princípios e regras.

Ávila (2007) acredita em uma distinção “fraca”, onde a diferença entre regras e princípios é apenas de grau, seja de grau de fundamentalidade, abstração ou generalidade. Por outro lado, Günther (2004) assegura que não existe uma diferença

Almedina, 2003.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

estrutural entre princípios e regras. Neste artigo, a definição de regra e de princípio assumida é aquela considerada como distinção “forte”, apresentada por Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos (ALEXY, 2008, p. 90).

Barroso (2009) afirma que a interpretação constitucional deve sempre ser iniciada pela identificação do princípio maior que rege o assunto a ser observado, começando pelo mais genérico até chegar à norma mais específica, ou seja, na regra concreta. Porém, o autor declara que não existe hierarquia entre princípio e regra, isto é, encontram-se no mesmo plano. Destaque-se:

[...] embora a Constituição possa ser uma “unidade dividida” [...] dada a diferente configuração e significado material de suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez⁸⁹.

Não se discute aqui os graus de eficácia social (sucesso) de cada norma, pois a análise dessa natureza de efeitos depende da verificação dos requisitos fáticos de cada objeto normativo e sua aplicação concreta. Quando se fala em função eficácia ou mesmo eficácia dos princípios, faz-se referência à eficácia técnico-normativa (jurídica) dessas normas, e não a sua eventual eficácia social.

As classificações das espécies de eficácia técnico-normativa dos princípios variam de autor para autor. O estudo dessas formas de produção dos efeitos visa a auxiliar na própria extração do mandamento de otimização que decorre do núcleo duro da norma-princípio: A identificação do efeito pretendido pela norma é, provavelmente, o momento mais importante na construção de sua imperatividade (KARL ENGLISH, 2001).

Em consequência do que se expôs, não restam dúvidas de que os princípios podem ser utilizados como parâmetro normativo para controle de legalidade (tanto em

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

seu sentido lato quanto stricto sensu) pelo Poder Judiciário, sendo decorrência direta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CRFB).

Essa ampliação de parâmetros normativos (de um conceito de legalidade estrita a uma ideia de legalidade ampla) ocorre a partir da consolidação da força normativa da Constituição, após o abandono da ideia de que a CRFB serviria apenas para fins programáticos. Há relação direta com a fase pós-positivista delineada por Bonavides, em que se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (bonavides, 2004).

Sobre essa evolução Moreira Neto, aduz:

O Direito Administrativo, com efeito, se tem constitucionalizado não apenas porque a Lei Maior venha incorporando cada vez um maior número de normas voltadas à atividade tipicamente administrativa do Estado, o que é fato, mas, principalmente, porque, com as novas características desenvolvidas no constitucionalismo contemporâneo, uma especial sobre-eficácia reconhecida nas normas constitucionais revestiram-nas de uma carga de energia que era desconsiderada ou, pelo menos, nem sempre reconhecida, no constitucionalismo clássico ou tradicional.

De fato, tanto as regras quanto os princípios constitucionais passam a assumir força normativa direta (ou força preceptiva das normas constitucionais), incidindo concretamente mesmo sem a complementação de normas infraconstitucionais: o princípio da legalidade estrita é substituído pela legalidade ampla, também chamada de princípio da juridicidade (MOREIRA NETO, 2014).

5.2.1 Os Princípios Administrativos

Os princípios fundamentais que orientam todas as atividades desempenhadas pela Administração Pública estão explícitos ou implícitos na Constituição de 1988 e em leis esparsas. São doze itens de observação obrigatória e permanente para toda a Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência (LIMPE), Razoabilidade, Proporcionalidade, Ampla Defesa, Contraditório, Segurança Jurídica, Motivação e Supremacia do Interesse Público. Os cinco primeiros são citados explicitamente no artigo 37, caput, da Lei Maior⁹⁰. Os demais se

⁹⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

encontram implícitos na Constituição ou na legislação — principalmente na Lei n.º 9.784/1999, que trata dos processos administrativos⁹¹ (BRASIL, 1999; MEIRELLES, 2016).

Assevera-se que os princípios administrativos são premissas fundamentais que influenciam o modo de agir da Administração Pública, em outras palavras, são norteadores da conduta do Estado quando este executa ações administrativas⁹². O artigo 4º da Lei n.º 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê que todos os agentes públicos devem obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (BRASIL, 1992)⁹³.

É importante destacar que o princípio da eficiência não é citado no artigo, pois a lei de improbidade é anterior à Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, a qual deu origem ao novo princípio. Dessa forma, o disposto no artigo demanda pleno cumprimento, ou seja, impõe aos agentes públicos o dever da estrita observância dos princípios constitucionais da Administração Pública⁹⁴.

5.2.2 Legalidade

O princípio da legalidade é um dos fundamentos do Estado de Direito e configura como uma garantia fundamental de todo indivíduo. Esse princípio surgiu nas Revoluções que aconteceram no fim do século XVIII e seu objetivo era de estabelecer limites aos governantes da época e assegurar liberdades individuais para o povo (AITH, 2004).

O princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição vigente:

Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022)

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 26 jan. 2022.

⁹² CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF. 2 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 04 fev. 2022.

⁹⁴ FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2016, p.93).

A Administração Pública é subordinada ao princípio da legalidade. Ela deve tão somente aceitá-lo e colocá-lo em prática. Todas as atividades dos agentes públicos, desde o Presidente da República até o mais modesto dos servidores, deverão estar de acordo com as disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo⁹⁵.

Meirelles (2016) afirma que na Administração Pública não existe liberdade e muito menos vontade pessoal. Na administração particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Entretanto, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Nas palavras do autor, “a lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, 2016, p.93).

Resoluções, portarias, deliberações e instruções normativas são consideradas fontes administrativas de observância obrigatória na esfera do ente público ou da atividade pública que rege, pois elas moldam a legalidade. Esses documentos devem cumprir obrigatoriamente as regras preestabelecidas em normas superiores. Obviamente, eles devem respeitar as normas preestabelecidas em fontes superiores, expedidas pelo Legislativo⁹⁶.

5.2.3 Impessoalidade

Quanto ao Princípio da Impessoalidade, intrinsecamente ligado ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, este pode ser entendido como aquele em que a Administração Pública, direcionada a atender aos ditames legais e, essencialmente, aos interesses coletivos, se afasta dos interesses pessoais e da conveniência de individualidades (seja de pessoa física ou jurídica).

Em suma, consoante sustenta Miragem (2011, p. 94): “dado o caráter público do Estado- Administração, sua atuação deve ser presidida de modo a não privilegiar interesses particulares ou de terceiros”.

Assim, a Administração Pública deve sempre pautar sua atuação pela

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

⁹⁶ MARRARA, T. As fontes do Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 1, n. 01, p. 23-51, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561>. Acesso em: 08 set. 2021.

objetividade e imparcialidade, atendo-se à vontade da lei e à finalidade pública a que se propõe (interesse social).

Segundo Oliveira (2017), tal princípio possui duas acepções: a primeira no sentido de igualdade, ou isonomia, uma vez que “a Administração Pública deve dispensar tratamento impessoal e isonômico aos particulares, com o objetivo de atender a finalidade pública”, e a segunda no sentido da proibição de promoção pessoal, em conformidade com o art. 37, § 1º, da CF/1988.

5.2.4 Moralidade

A constante queda do absolutismo na Europa promoveu uma mudança significativa na estrutura do poder do Estado. A vontade do soberano, até então intacta, oferece lugar à vontade do povo, dono do poder, consoante a ideia legitimada pelas constituições. Após a Revolução Francesa, a Europa começa a vivenciar um movimento que possuía como objetivo a limitação do poder supremo do soberano, tendo como instrumento uma constituição.

Esse movimento sofre influência da Magna Carta inglesa de 1215 e o Bill of Rights de 1689, e mais tarde vai se consolidando com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. A limitação do poder, como forma de impedir seu abuso, é a tônica do Estado moderno.

Segundo Norberto Bobbio (2000, p. 24), há teorias políticas modernas que buscam o remédio necessário contra o abuso de poder, as quais podem ser divididas em três grupos. O primeiro é o das teorias dos direitos naturais, ou jusnaturalismo. De acordo com essas teorias, o Estado encontra um limite externo, entendido como direitos naturais do indivíduo, devendo, assim, serem respeitados.

O segundo grupo é o das teorias da separação dos poderes, que defendem, especialmente, a distribuição do poder entre várias pessoas, para que não haja concentração em uma só pessoa. O terceiro grupo é o das teorias da soberania popular ou democracia.

Segundo essas teorias, o único remédio para combater o abuso de poder concentra-se na mudança incondicional de seu titular, ou seja, o poder deve estar fundamentado no consenso popular. Dessa forma, o poder será atribuído à vontade do povo que, por sua natureza, não poderá abusar dele, pois o povo não irá exercer seu poder contra si mesmo.

É neste contexto de busca pela limitação do poder estatal que surge o Direito Administrativo, sendo pensado e desenvolvido pelo Conselho de Estado francês. O pioneiro no estudo do que hoje chamamos de moralidade administrativa foi o francês Maurice Hauriou, juiz do Conselho de Estado francês. Em 1903, esse juiz começou a tentar enfrentar os abusos que os administradores cometiam em atos legais, contudo, viciados em suas causas, o que se passou a ser chamado de desvio de poder.

Segundo Hauriou (1903, apud BARBOZA, 2002, p. 90), seria desvio de poder o fato de a autoridade administrativa exercer seus poderes de acordo com a letra da lei, mas visando uma finalidade distinta daquela para qual eles lhes foram conferidos. Tendo em vista essas premissas, a ideia de moralidade administrativa começa a ser moldada em obras de Hauriou (1927, apud BARBOZA, 2002, p. 92-93), como a “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”. O autor sugere que o poder administrativo não se subordina unicamente à noção de legalidade, devendo ser limitado, inclusive, pelos motivos de agir.

A moralidade seria o “espírito da lei”, e o desvio de poder a violação a esse espírito. Em síntese, o pensamento do pioneiro jurista francês, esboçando a tese da moralidade administrativa, pretende controlar e possibilitar a anulação de atividades do administrador em atos discricionários que, embora pareçam revestidas de legalidade, não estejam em consonância com a finalidade regular do ato.

Segundo Mazza (2015, p. 109-110), é possível observar três teorias que buscam explicar a relação entre normas morais e normas jurídicas: a teoria do mínimo ético, a teoria dos círculos independentes e a teoria dos círculos secantes. A teoria do mínimo ético, defendida pelo inglês Jeremias Bentham e Georg Jellinek, afirma que o Direito seria parte de um complexo de regras sociais que pertencem à Moral.

Para Mazza, o erro dessa teoria está em acreditar que todas as regras jurídicas são morais. A teoria dos círculos independentes, de Hans Kelsen, propõe a separação total entre Direito e Moral. Deste modo, o legislador não deveria combinar as regras jurídicas com a moral existente no seio social.

Já a teoria dos círculos secantes, de Claude Du Pasquier, é apresentada por Mazza (2015, p. 110) como a que mais se aproxima da realidade, pois defende que há pontos de concordância entre o Direito e a Moral, não havendo, no entanto, coincidência total naquilo que os mesmos exigem.

Alexy (1945, p. 289), em consonância com a terceira teoria, afirma que “existe uma conexão necessária entre direito e moral, em relação à qual o positivismo jurídico

falha enquanto teoria abrangente”, sendo dessa forma pertinente distinguir moralidade comum do conceito de moralidade administrativa, antes de expor este último. Há o entendimento de Maurice Hauriou, demonstrando que a moral jurídica, neste caso, a moral administrativa, não se confunde com a moral comum. Aquela pode ser entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração"⁹⁷.

Nesse sentido, o agente administrativo deve ter sua atuação pautada na distinção entre o Bem e o Mal, o honesto e o desonesto, atuando sem deixar de lado o elemento ético em sua conduta. Assim, não basta apenas escolher entre o legal e o ilegal, o oportuno e o inoportuno, mas, para, além disso, o honesto e o desonesto.

Helly Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho (2016, p. 94), escrevendo sobre o tema, afirmam que:

Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licethonestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

O francês Henri Welter (1929, apud MEIRELLES e BURLE FILHO p. 94), estudioso do tema, expressa que:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Na tentativa de explicar a diferença entre a moralidade social e a moralidade jurídica, a moralidade social tem como objetivo diferenciar o bem do mal e o certo do errado segundo o senso comum da sociedade⁹⁸. Diferente disso, a moralidade jurídica está relacionada ao conceito de bom administrador, o qual atua visando o bem-estar da coletividade e o interesse público.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 147.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 74.

O mesmo autor, para ilustrar a diferença e pôr fim a possíveis dúvidas, cita o exemplo de um servidor público que foi penalizado por estar mantendo relações sexuais na repartição pública. A demissão desse sujeito pode ser aplicada por incontinência de conduta, noção que decorre da moralidade comum, social. No entanto, se um servidor é flagrado desviando verbas do Estado para contas pessoais, sua conduta viola a moralidade jurídica, administrativa.

Meirelles e Burle Filho (2016, p. 95) afirmam que a moralidade do ato administrativo, bem como sua legalidade e finalidade e a conformação com outros princípios constituem os pressupostos de validade que garantem a legitimidade da atividade pública. Amparados nas lições do português Antônio José Brandão, os administrativistas destacam que o ato administrativo deve, além de obter o máximo de eficiência, ser honesto, não prejudicar o outro e dar a cada um o que lhe pertence.

Dessa forma, a moralidade administrativa será violada nos casos em que o administrador atuou para fins imorais ou desonestos e quando procura obter vantagem indevida, desviando o fim institucional, que é o bem da coletividade. Consoante Franco Sobrinho (1974, p. 11), a moralidade administrativa está intimamente relacionada ao conceito de “bom administrador”, sendo esse, aquele que “usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”.

O bom administrador, assim, deve entender as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos efeitos de sua atuação. O autor defende ainda, citando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que a legalidade ou legitimidade de um ato não está apenas em sua conformação com a lei, mas também com a moral administrativa e o interesse coletivo.

A noção de bom administrador faz lembrar a noção de boa administração, iniciada pelo Conselho do Estado francês, do qual fazia parte Hauriou (1903, p. 575). Nas palavras do jurista francês:

O que é então essa “boa administração”? É uma noção puramente objetiva, que se dá ao juiz administrativo apreciar soberanamente, a partir das circunstâncias, do meio, do momento, ela é o equivalente da noção comum de boa-fé no comércio jurídico privado à qual se refere o legislador alemão. O Conselho de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; ela tem uma função a cumprir, e quando os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos. Ora, se concebe como esses “fins gerais da função” são elementos concretos, objetivos, que o juiz recolhe na constatação dos fatos. Notemos, de passagem, que o Conselho de Estado

está melhor colocado que qualquer outro para delinear essa moralidade, pois que é ele mesmo o conselho administrativo mais elevado e mais esclarecido.

Nesse sentido, a boa-fé estudada pelo Direito Civil, relacionada à lealdade, ética e confiança, ganha força nas relações que estão no âmbito do Direito Administrativo. Ocorre que na doutrina administrativista o que mais recebe importância é a boa-fé objetiva. Como defende Mazza (2015, p. 113), para o Direito Administrativo, o que interessa é a atitude e não a intenção, sendo irrelevante fazer a investigação dos motivos subjetivos e psicológicos que levaram o agente a praticar a conduta censurável.

O princípio da moralidade administrativa representaria o dever de a Administração agir de acordo com valores éticos, objetivando não praticar atos ilícitos, para não incorrer na invalidação do ato⁹⁹. Destaque-se:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e honestidade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.¹⁰⁰

Haverá violação ao princípio da moralidade administrativa quando a atuação da Administração ou do administrado ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, bem como a ideia comum de honestidade, ainda que o ato esteja em conformidade com a lei¹⁰¹.

A respeitada jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 191) relaciona o princípio da moralidade com a conduta daquele que está agindo em nome do Estado ao afirmar que o referido princípio será acatado pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente em determinada situação. Para a jurista, é possível observar a virtuosidade do comportamento do agente quando ele age em conformidade com a natureza do cargo por ele ocupado, com os fins buscados, com a coerência ao Direito e com os meios utilizados para atingir os fins.

Consoante Ives Granda da Silva Martins (1996, p. 354), o princípio da

⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 109-110.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 149.

moralidade é o mais relevante e o que se destaca de forma absoluta entre os princípios administrativos fundamentais, de modo que o administrador público deve ser um exemplo para os administrados. O autor firma ainda que a moralidade não se vincula apenas à obediência a lei, mas também à preocupação de não produzir problemas para os administrados.

Noutra visão, tem-se que a ideia de supremacia do princípio da moralidade, defendendo que este confere legitimidade à legalidade, como também impõe a observância da impessoalidade e da publicidade dos atos administrativos como reflexos da moralidade¹⁰².

Na visão do constitucionalista Uadi Lammêgo Bullos (2002, p. 578), a observância do princípio da moralidade é de caráter obrigatório, uma vez que possui reconhecimento do constituinte de 1988, e está sujeita ao controle judicial. Tal autor, em uma visão mais detalhada, demonstra quatro aspectos que, segundo ele, pertencerem ao vetor da moralidade administrativa em um sentido amplíssimo, acepção ampla, em densidade e em expansão:

Em fundamento porque, num sentido amplíssimo, a moralidade administrativa equivale ao conjunto de preceitos tirados da estrutura interna da Administração, os quais têm em vista a moral profissional, isto é, a conduta honesta, proba e honrada do “bom administrador” (Hauriou). Em grau, porquanto, numa acepção ampla, evidencia o comportamento zeloso, sério, dedicado, isento dos vícios e das mazelas humanas, as quais comprometem o espírito público do mandatário de uma coletividade. Em densidade, porque o pórtico da moralidade administrativa, estritamente tomado, é algo que equivale à boa-fé e à lealdade, não como categorias que se confundam com ela, mas em oposição à astúcia, à malícia e à dissimulação. Em expansão, posto que, num campo muito restrito, o administrador é aquele que equaciona a receita e a despesa, tratando com lisura e decência as finanças públicas, sem desvirtuar os dinheiros do Estado, zelando pelo erário, ao invés de causar-lhe danos, através de atos eivados de improbidade.

5.2.5 Publicidade

Segundo o artigo 1º da Constituição Federal Brasileira, tem-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que todo poder emana do povo¹⁰³. Logo, o Estado

¹⁰² ALVARENGA, José E. Parcerias público-privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 02, maio/jul. 2005, p. 02. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022

brasileiro é fundado na democracia e participação popular, tendo o povo como detentor do poder e eleitor de seus representantes. A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu texto, um rol de direitos fundamentais, dentre os quais estão, no artigo 5º, o direito de acesso à informação (inciso XIV) e o direito de receber informações dos órgãos públicos (inciso XXXIII)¹⁰⁴.

Quanto à informação, de acordo com José Afonso da Silva (2009, p. 117):

A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição (...).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, juntamente com a modernização e a reforma do Estado, trouxe à discussão a transparência dos atos estatais. A democracia tem um de seus alicerces no controle dos atos político estatais pela população, que é a detentora legal e legítima do poder. Para Norberto Bobbio “pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder” (BOBBIO, 1986, p. 10).

Dessa forma, se a população é detentora do poder, não restam dúvidas de que todos os atos estatais devem estar ao alcance da supervisão da mesma. Além do mais, segundo Bobbio, uma das razões para que a democracia seja superior em relação aos Estados absolutos “funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao ‘poder sem máscara’” (BOBBIO, 1986, p. 29).

A Administração Pública tem como uma de suas atribuições, a manutenção da transparência de seus atos. O autor Hely Lopes Meirelles, citado por José Afonso da Silva (2006), assegura que:

(...) a publicidade, como princípio da Administração Pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.

como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.

O princípio tem relação com direito à informação que é garantia fundamental estabelecida pelo inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado¹⁰⁵.

O princípio da publicidade tem ligação intrínseca com o princípio da moralidade, pois os atos estatais só se legitimam moralmente com a aprovação e acompanhamento dos detentores do poder: os cidadãos. A partir disso, segundo Hely Lopes Meirelles, citado por José Afonso da Silva, a publicidade não é um requisito de forma do ato administrativo, “é requisito de eficácia e moralidade” e, acrescenta que “os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”. (SILVA, 2006, p. 670).

Segundo a Lei 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação, uma das diretrizes da administração pública no fornecimento de informação é a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”¹⁰⁶. Ainda, além do princípio da publicidade e do conhecimento da necessidade da sua máxima efetivação, é preciso cientificar-se das exceções existentes na Constituição Federal. As informações “sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988) ficarão sob a guarda e cuidados dos órgãos públicos competentes até cessar o perigo ou até o tempo de sigilo necessário transcorrer.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF. 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.

Há, nesse sentido, divergências entre os autores na interpretação do princípio da publicidade. Gustavo Feitosa e Fernando Linhares (2008), por exemplo, acreditam que em contraponto ao princípio da publicidade, existe o princípio da privacidade: há uma ressalva quanto ao tema e à divulgação de informações de cunho pessoal e relativas à honra dos cidadãos. Estas serão resguardadas, em respeito ao direito fundamental da intimidade e da privacidade, presentes no inciso X do art. 5º da Carta Magna¹⁰⁸.

Se o princípio da publicidade é efetivamente cumprido pelos órgãos públicos e o cidadão brasileiro exerce seu direito de fiscalizar, a ocorrência de atos ilícitos restaria dificultada na Administração Pública. Conforme Mariana de Carvalho Delgado Silva (2011, p.4), “quanto mais efetiva e ampla a publicidade dos atos e gastos do governo, maior a eficiência da máquina pública e menor os riscos de corrupção, tendo em vista o caráter inibidor que a transparência possui”.

Nesse diapasão, segundo a cartilha “Rumo a uma cultura de acesso à informação”, disponibilizado em curso EAD fornecido pela Controladoria Geral da União (CGU, 2014):

Com acesso às informações públicas, os cidadãos têm mais condições de monitorar as decisões de interesse público. Pessoas e instituições se tornam corruptas quando não há avaliação pública sobre o que eles fazem. A corrupção prospera no segredo.

A efetividade do princípio da publicidade, combinada com o exercício da cidadania, é a grande aliada na luta contra a corrupção. Assim, a corrupção é uma patologia coletiva que afeta grande parte dos países, em especial, os latino americanos e se dá quando existe a coincidência de um governo forte e um povo passivo. Desse modo, um governo corrupto é um governo violador dos direitos mais fundamentais ao homem (LLACA, 2005).

Para Llaca (2005), pouco vale a vigilância, o acesso à informação e à transparência na luta contra a corrupção se o povo não participa. Tão importante quanto à previsão do princípio da publicidade é o interesse do cidadão em buscar o que lhe é de direito acessar. Os documentos públicos, as informações sobre obras, funcionários e projetos do país devem ser de interesse geral da população. A CGU

¹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.

(2014), quanto ao estímulo ao controle social, traz que:

O acompanhamento da gestão pública pela sociedade é um complemento indispensável à fiscalização exercida pelos órgãos públicos. O acesso às informações públicas é fundamental para que o controle social seja exercido com eficácia, fortalecendo também a cidadania.

Desse modo, verifica-se que o princípio da publicidade é um primeiro instrumento ao controle social, essencial em uma sociedade democrática. Norberto Bobbio, parafraseando o antigo ditado político “quem custodia os custódios?”, lança a indagação: “quem controla os controladores?” (BOBBIO, 1986, p. 31). Se não for possível obter uma resposta, a democracia, como governo visível, está perdida.

É preciso, então, que a cultura de fiscalização e controle seja instaurada na sociedade, o que tem se tentado mediante promulgação de leis que propiciam acesso a informações públicas. Sendo assim, o próximo tópico para debate será sobre tais leis e como elas empoderam o cidadão para que este possa realizar o controle social dos atos da administração pública.

5.2.6 Eficiência

O princípio da eficiência administrativa ganha espaço nos debates nacionais administrativistas na década de 1970, em virtude da crise de eficiência institucional dos Poderes Públicos (GABARDO, 2012). Nesse período, dá-se a desaceleração da economia nos países de capitalismo central, permeada por questionamentos acerca da legitimidade de mecanismos de redistribuição de riquezas e da eficiência de políticas públicas típicas do Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência (FREITAS, 2009).

Na ocasião, inicia-se uma redefinição do papel do Estado no Brasil, mediante transição do modelo burocrático para o gerencial, focado na descentralização administrativa, na delegação de autoridade e de responsabilidade ao gestor público, no rígido controle de desempenho, na otimização dos gastos públicos e na utilização de procedimentos mais flexíveis (BATISTA; MALDONADO, 2008).

Logo, a previsão expressa da eficiência administrativa na Constituição Federal de 1988 dá-se em meio à reforma administrativa, com a Emenda Constitucional (EC)

nº 19, de 04 de junho de 1998¹⁰⁹. O propósito dessa transformação propõe a superação do modelo de administração burocrática, voltado para controles estritamente formais de processos administrativos e gerenciais, com vistas à implementação de uma administração descentralizada, centrada no controle sistemático de resultados (BATISTA; MALDONADO, 2008).

Por outro lado, é também em meados de 1970, no Brasil, que ganha espaço a valorização do local como instância privilegiada para executar políticas públicas que associam a dimensão econômica com a esfera política. A partir de então, é possível identificar a priorização de instrumentos e estratégias focadas em políticas públicas locais (CALDAS; NONATO, 2013) como mecanismo de combate à crise econômica subjacente.

Nessa perspectiva, destacam-se a promoção da participação efetiva da comunidade e as estratégias de alternativas econômicas capazes de reduzir as despesas da família (descompressão orçamentária), com vistas a garantir um aumento real da renda familiar (agricultura urbana, aproveitamento de alimentos, etc.), de 1976 a 1988. Entre 1989 e 1992, a despeito de não terem sido identificadas experiências inovadoras no contexto dos municípios brasileiros, é possível observar o fortalecimento institucional desses entes federativos (CALDAS; NONATO, 2013).

É certo que os controles estritamente formais e vazios dos processos, característicos do modelo burocrático, perdem espaço. Por outro lado, ganha a administração uma maior flexibilidade em termos de gestão da coisa pública, sem descuidar do fato de que a obrigatoriedade de licitar e os atos processuais dos certames devem obedecer, simultaneamente, aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Essa determinação recai sobre obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹¹⁰.

¹⁰⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. 04 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

¹¹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,

O procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 290).

Para apreciar a eficiência das contratações públicas é preciso considerar, a priori, quais são as finalidades/resultados que se estima alcançar por meio dos processos licitatórios.

Todavia, identificar e compreender os resultados não são suficientes, é preciso pensar o processo. Isso porque um processo marcado por etapas independentes e ineficientes conduz, por via de consequência, a resultados igualmente ineficientes. Desta feita, adota-se uma concepção sistêmica de processo licitatório, partindo-se do pressuposto de que a maneira como as diversas partes encontram-se integradas no todo é até mais importante do que as próprias partes (CAPRA, 2012). Por esse motivo, propõe-se investigar o conceito de eficiência nas compras públicas a partir de uma visão sistêmica da realidade.

As compras públicas consistem em um pilar essencial a qualquer instituição pública, por sua relevância estratégica, uma vez que é por meio delas que os recursos orçamentários existentes são direcionados a diferentes setores produtivos da sociedade. Isso se dá por intermédio da efetivação dos processos licitatórios. Entre eles, é a gestão de suprimentos, a partir das compras, aquisição e guarda de materiais, bens e serviços, que viabiliza a realização dos escopos de uma instituição (BATISTA; MALDONADO, 2008).

A análise da eficiência das compras públicas pressupõe uma prévia apreciação dos parâmetros estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), para os processos licitatórios, no século XXI. Nesse sentido, a CRFB/1988 determina que os certames públicos, deflagrados por meio de edital, nos termos da lei, devem observar os seguintes parâmetros: i) garantia de igualdade de

nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.)

condições a todos os concorrentes, à exceção dos casos previstos na legislação; ii) previsão de cláusulas acerca das obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei; iii) restrição das exigências de qualificação técnica e econômica àquelas classificadas como indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹¹¹ (inciso XXI, do art. 37, CRFB/1988).

Logo, as etapas desses processos devem resguardar a igualdade de pontos de partida, a moralidade administrativa e a legalidade; a publicidade e a transparência dos atos administrativos; e a impessoalidade. Nessa perspectiva, não se vislumbra a eficiência como parâmetro processual das compras públicas, mas sim como princípio constitucional voltado para os resultados obtidos por meio dos processos licitatórios realizados.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), encarrega-se de enumerar as modalidades de licitação de que trata a Constituição. São elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (art. 22, incisos I a V)¹¹². Há ainda mais duas modalidades, criadas posteriormente, por leis distintas: i) o pregão, instituído por meio da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002¹¹³; e ii) o Regime Diferenciado de Contratação, estabelecido pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011¹¹⁴.

Cumpra ressaltar, contudo, que os artigos 23 e 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos enumeram exceções à obrigatoriedade de licitar, que são

¹¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022

¹¹² BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹¹³ BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF. 4 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

conhecidas como as hipóteses de contratação direta pelo Poder Público¹¹⁵. Tratam-se das dispensas e inexigibilidades de licitação, que não se submetem ao regular processo licitatório em decorrência de previsão expressa nesse sentido.

Em todo caso, a escolha da modalidade depende de circunstâncias específicas reguladas por lei e impacta diretamente nos critérios de julgamento e desempate das propostas, que devem ser definidos com clareza no edital correspondente. Como regra, o julgamento deve ser objetivo e alinhado com os critérios e demais fatores previstos no ordenamento jurídico e no ato convocatório, além de compatível com o tipo de licitação correspondente.

Com isso, os próprios licitantes e os órgãos de controle podem avaliar a escolha do licitante vencedor pela administração pública, no caso concreto¹¹⁶. Nessa perspectiva, a apreciação do conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa no âmbito das licitações públicas passa, obrigatoriamente, pela identificação das modalidades de licitação mais utilizadas no panorama brasileiro de contratação pública.

5.2.7 Proporcionalidade

Consideramos, assim como Renato Khamis (2013), que a proporcionalidade não é uma norma jurídica. Ao contrário, ela é uma técnica de resolução de conflito entre princípios, especialmente direitos fundamentais, e decorre da exigência de que os órgãos decisores, principalmente o Poder Judiciário, atuem de modo racional e justificado na restrição ou promoção dos direitos. Dessa forma, ela seria um imperativo do próprio Estado Democrático de Direito, que exige que o Poder Público atue de forma pautada pela lei, motivando seus atos e atuando apenas quando é necessário, de maneira proporcional.

A técnica da proporcionalidade é a ferramenta à disposição dos intérpretes dos direitos fundamentais para conciliar princípios em colisão. No mesmo sentido, Gilmar

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

Mendes afirma no HC 82.424/RS, que:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um 'limite do limite' ou uma 'proibição do excesso' nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...]¹¹⁷

Embora seja questionável a equivalência da técnica da proporcionalidade com a cláusula do devido processo legal, observa-se que a proporcionalidade serve para impedir que restrições a direitos fundamentais interfiram de modo excessivo no âmbito de proteção desses direitos. A fixação desses "limite dos limites", como afirma Gilmar Mendes, deve ser feita in concreto, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso. Pode-se dizer que cada direito fundamental possui, sim, um núcleo essencial, mas que esse núcleo essencial não existe a priori. Ele é determinado caso a caso, conforme se resolve o conflito com os outros direitos fundamentais.

A proporcionalidade não pode ser utilizada para resolver conflitos entre regras, mas apenas conflitos entre princípios. Isso decorre justamente do fato de que as regras já possuem um conteúdo definido (direitos estabelecidos de forma definitiva). Os conflitos entre elas são, portanto, apenas aparentes, porque já foram resolvidos anteriormente. Ao contrário, no caso dos princípios, a definição do conteúdo só ocorre depois que o intérprete concilia os diferentes princípios no caso concreto.

O objetivo da proporcionalidade, então, como técnica, é possibilitar essa harmonização. Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva:

[...] objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos proporcionais tome dimensões desproporcionais. Para alcançar este objetivo, a ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Os exames que compõem a proporcionalidade não são unanimidade entre a

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator do acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data de julgamento: 17 set. 2003. Data de publicação: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 04 abr. 2022.

doutrina. A maioria das obras, como a citação anterior de Virgílio Afonso da Silva, aponta uma estrutura trifásica, formada pelos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Há, porém, autores que apontam uma estrutura de quatro fases, inserindo, como primeiro teste, a apreciação da legitimidade dos fins.

Apresenta-se a seguir a estrutura da proporcionalidade mais difundida, conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. O exame da adequação é uma apreciação da relação entre a medida e a finalidade que se deseja obter com ela. Se uma medida não é apropriada para atingir, ou, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva, ao menos fomentar a consecução de um objetivo, mas restringe a promoção de outro princípio, então ela deve ser proibida por reduzir as condições fáticas de realização do outro princípio. Então, a força normativa do princípio restringido serve como obstáculo para a validade da medida (eficácia bloqueadora).

5.2.8 Razoabilidade

Reiterando o fato de que o princípio da proporcionalidade não teria o condão de interferir no critério discricionário do administrador, apenas sendo aplicável quando se configurasse o excesso de poder. Especialmente tratando da análise do processo disciplinar, a doutrina nomeia o princípio da proporcionalidade, alternativamente, de adequação punitiva, sendo garantia do Agente Público contra abusos de autoridade¹¹⁸.

Faz uma conexão, também, entre a proporcionalidade do ato sancionatório e a imposição da sanção em sua dosimetria justa, respeitando-se a isonomia entre aqueles que cometeram o mesmo ato, da mesma forma, bem como, diferenciando as penas para condutas com graus de reprovabilidade diversos. Ideia semelhante é assim colocada:

O princípio da proporcionalidade radica o seu conteúdo na noção segundo a qual deve a sanção disciplinar guardar adequação à falta cometida. [...] Além do que, destaque-se que o princípio da finalidade, sinalizando no sentido de que não pode a Administração impor medida punitiva mais severa da que seja necessária para atingir o seu finalismo, não deixa de salpicar ponderáveis efeitos na quadra jurídica indicativa da imprescindibilidade da dosimetria da

¹¹⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 1009.

pena¹¹⁹.

Independentemente de tomarmos um viés mais tendencioso a ampliar o alcance do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, considerando sua capacidade, inclusive, de ser justificador para controle do mérito administrativo, ou, que entendamos que os princípios em estudo são apenas parâmetros a serem seguidos, é indiscutível sua importância como sedimentador do comportamento do Administrador Público.

Dentro do direito administrativo sancionador, especificamente, este princípio baliza, desde a abertura do procedimento apuratório até a aplicação da sanção prevista em lei, devendo-se verificar o grau de reprovabilidade do ato, a possibilidade e exigibilidade de o agente agir de forma diversa, e o atingimento das finalidades da sanção com a aplicação da pena – tanto para os que acreditam no caráter retributivo, quanto para os que creem na supremacia do caráter preventivo da pena.

6 OS IMPACTOS DA LEI DE LICITAÇÕES 14.133/2021 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A lei 14.133/2021 trouxe algumas modificações aos contratos administrativos. Disposta nos artigos 89 e 95 da referida lei¹²⁰. De acordo com a nova legislação, é nulo todo e qualquer contrato verbal perante administração pública, salvo em algumas hipóteses. Na lei anterior a 8.666/93 limitava-se as pequenas compras de pronto pagamento no limite máximo de 4.000,00 reais, em compras feitas sob-regime de aditamento¹²¹.

Na lei sancionada podemos verificar uma maior flexibilização quanto a este quesito de 4.000,00 para 10.000,00 reais. O que acaba por estender a gastos de prestação de serviços. É o que se extrai deste novo diploma legal no §2º do artigo

¹¹⁹ COSTA, Ângelo A. O fundo garantidor de parcerias (FGP): estrutura, função e (in)compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional. *In*: SAPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata P. (Coord.). **Intervenção do estado no domínio econômico e no domínio social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 64-65.

¹²⁰ BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

95¹²². O que deixa de ser uma exigência compras feita em regime de adiantamento, o que representa outra flexibilização dos estreitos contratos verbais frente administração pública.

Um contra ponto levantando pelo legislador nesta lei tange, aos aditivos contratuais, como condição para prestação do serviço, para Isaac Kofi Medeiros (2020), esta é se não uma das mais importantes mudanças. Para o citado autor, se esta modalidade nova embalar, evita judicialização e insegurança jurídica do particular contratado. É o que denota a redação do artigo 132 da lei 14.133/2021:

Art. 132. A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês¹²³.

Empecilhos e imprevistos por questões de ordem técnica são bem comum em obras de grandes proporções, essas questões precisam ser levadas em conta durante a execução de uma obra. Logicamente isso demanda um custo. Assim pequenos e médios ajustes são contemplados. Daí que entra o artigo 132, citado acima. Sem grandes distorções o dispositivo se tornou uma via de mão dupla. Ou seja, a administração pública pagará apenas aquilo for formalizado em contrato acabando as improvisações.

O legislador se preocupou com engessamento do artigo 132 assegurando também a antecipação dos efeitos dos termos aditivos, contando que esta seja formalizado no prazo de 1 (um) mês, justificando o porquê do aditamento. Entretanto havendo necessidade de uma grande modificação, tornando impraticável a continuação do contrato este será ajustado pela execução extracontratual e o particular prestador, será devidamente pago. Devidamente relatado os fatos que levaram as exceções conforme prevê artigo 132.

¹²² “Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: [...] § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).” (BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.)

¹²³ BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

Para tanto a Lei 14.133/2021 dá um passo importante no que tange a modernização da administração pública. Permitido a celebração contratos eletrônico/digitais, conforme prescreve o a § 3º do artigo 91 da lei¹²⁴. A medida por sua vez ainda faz parte do processo de modernização administrativa do século XXI, ainda que com atrasos, porém em consonância com os mais diversos degraus do ordenamento jurídico brasileiro. A começar pelo princípio da eficiência administrativa exposto no rol do artigo 37 da Carta Magna.

No entanto Isaac Kofi Medeiros (2020) pontua que a lei deixou de mencionar como se dará o uso da forma eletrônica nos casos de aditamento contratual quando houver. Para tanto temos o ordenamento jurídico que oferece alguns caminhos até que este caminho seja possível pela lei em questão. Mas a exemplo disso dispomos da lei 14.063/2020, versa sobre assinaturas digitais com entes públicos o que a administração direta, autárquica e fundacional pertencentes a todos os poderes e órgãos constitucionalmente autônomos¹²⁵.

Outra novidade elencada pela nova lei de licitação é a consulta de cadastros nacionais. Uma base de dados em que coleciona a vida fiscal e administrativa da empresa ora licitante, buscando boas práticas para um desenvolvimento contratual. Essa base de dados fora consolidada em 2013 com a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), em que o ente administrativo é obrigado a emitir certidões negativas de inidoneidade, de impedimentos e débitos trabalhistas, juntando-as ao processo administrativo respectivo¹²⁶.

De acordo com a Lei 8.666/93 era imprescindível a publicação no diário oficial do extrato do contrato, como condição para a eficácia e transparência nas obrigações firmadas. Entretanto com advento da nova lei ficou desobrigado sutilmente em larga

¹²⁴ “Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial. § 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.” (BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.)

¹²⁵ BRASIL. **Lei nº 14.063**, de 23 de setembro de 2020. Dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos: e altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Brasília, DF. 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.063-de-23-de-setembro-de-2020-279185931>. Acesso em: 04 abr. 2022.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF. 01 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

medida essa postagem diário oficial, apostando todas as fichas no Portal Nacional de Contratações Públicas, criado no artigo 174 da mesma lei, onde será centralizada a divulgação dos atos exigidos pelo novo diploma legal¹²⁷.

À medida que o legislador buscou adotar, é de unificar os processos. Segundo o artigo 94 a divulgação deve ser feita em 20 dias úteis em caso de contratação precedida de procedimento licitatório, e 10 dias em na hipótese de contratação direta, ambos os prazos a contar da sua assinatura¹²⁸.

Cabe salientar que, em caso de obras, a Administração também divulgara em sítio eletrônico oficial, em 25 dias úteis a contar da assinatura do contrato, os quantitativos e preços unitários totais que contratar em 45 dias úteis após a conclusão do contrato, as quantidades e os preços praticados.

Contudo a nova legislação tentou inovar, trazendo a desvinculação dos contratos ao exercício orçamentário, conforme a dicção expressa do artigo 105:

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro¹²⁹.

A medida é vista de modo louvável resolvendo muito o dia adia do gestor público. Antes poderiam até ser prorrogados, mas num período de sessenta meses, precisando ser firmados os aditivos dentro do exercício financeiro atual para o ano seguinte. O que acabava se tornando mesmo atraente aos negócios a certos segmentos do mercado ora procurado.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 dez. 2021.

6 OS IMPACTOS DA LEI DE LICITAÇÕES 14.133/2021 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1 REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De tudo o que foi exposto, Bandeira de Mello (2006) aduz que o devido processo legal, no sentido material, é o processo de justificação adequado, correto, válido, capaz de produzir prescrições administrativas adequadas, corretas, válidas. Afirmamos que todos os vícios do exercício da discricionariedade podem ser divididos em vícios do processo ou do resultado e que os vícios do resultado, em todo caso, são vícios do processo. Isso precisa ser esclarecido um pouco mais.

Pensamos que não em todos os casos. Adotando a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006 para os pressupostos de validade, o sujeito e a formalização (excluída a motivação, que para nós deve ser posta no conteúdo, como elemento do ato) são pressupostos cuja infração não recai nem no processo nem no conteúdo). Essa conclusão, no entanto, não chega a infirmar o que dissemos sobre os vícios dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa.

Tomemos por exemplo à questão da competência ou, para ser mais exato, do pressuposto subjetivo do ato administrativo. Se o agente público não era competente, ou estava mentalmente incapacitado, ele não tinha discricionariedade.

Note-se que o processo de cognição, volição e argumentação pode ser inteiramente adequado, assim como o resultado. A questão é a de que faltava ao sujeito o título jurídico para decidir no caso. Logo, não se exerceu discricionariedade, pois não se dispõe daquilo que não se tem. Uma argumentação semelhante vale para a formalização, se excluída de seu âmbito – como entendemos – a motivação (FIORINNI; 2005).

6.1.1 Os Critérios Determinados Para A Aplicação De Penas Na Nova Lei De Licitações.

Conforme estabelecido pela nova legislação licitatória, ficam estabelecidos alguns regimes para irregularidades que por ventura venham ameaçar a legitimidade das licitações. As atividades sancionatórias em contratações públicas mantêm-se sobre os pilares de poderes exorbitantes, atribuídos à Administração como instrumento de noção de supremacia do interesse público.

A nova Lei traz um regime de infrações e sanções seguindo o mesmo trilho das legislações anteriores, no entanto o texto legal veio permeado de novas nuances com propósito de aclarar no inste momento das assinaturas do contra e das punições. O artigo 155 da referida lei dedicou- se a definir quais crimes são esses.

Para Cauê Vecchia Luzia (2020), o legislador optou pelo modo mais fácil de aplicação e pormenorizando essas tais punições. Os tipos são os mesmo previstos na lei 12.462/2011¹³⁰ que trata do regime diferenciado de contratação, com duas pontuais: a primeira é a cisão da hipótese de inexecução parcial do contrato em duas condutas, uma genérica e outra quando houver grave dano à Administração Pública, serviços ou interesse público; e a segunda consiste na remissão às condutas/práticas previstas no artigo 5º da Lei 12.846/2013¹³¹.

6.1.2 Os Parâmetros Normativos Para O Processo Administrativo Sancionatório Na Lei De Licitações Nº 14.133/2021

O Caput do artigo 156 ainda prescreve ponto a ponto as quatro espécies de sanções, a saber:

- I - advertência;
 - II - multa;
 - III - impedimento de licitar e contratar;
 - IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.
- § 1º Na aplicação das sanções serão considerados:
- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
 - II - as peculiaridades do caso concreto;
 - III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
 - IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
 - V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle¹³².

¹³⁰ BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF. 4 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF. 01 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

¹³² BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

De plano atrai logo atenção à declaração de idoneidade que pode implicar restrições ao direito de licitar ou contratar. A rigor o texto legal a sanção pode implicar restrições ao direito de licitar ou a direito de contratar. A sanção não pode abranger ambas, mas apenas uma das prerrogativas do particular, o que tem implicações práticas e significativas.

Importante pontuar que o direito de licitar não se confunde com o de contratar, principalmente em seus aspectos teóricos. E mesmo na prática, ainda que possa haver uma conexão lógica entre eles, pois, afinal, o contrato deriva do pedido de licitação, há circunstâncias em que sua divisão tem utilidade. Vejamos por exemplo, as hipóteses de contratação direta (dispensa de inexigibilidade de licitação e licitação dispensada), nas quais o particular não precisa engajar-se em processos licitatórios para a celebração contratual. De plano em espécie se resumem a isto conforme, assevera (LUZIA; 2020).

7 CONCLUSÃO

Observa-se, nas análises efetuadas, que a probabilidade de o indivíduo ter conhecimento sobre a lei que trata sobre a improbidade administrativa sofre influência da percepção que ele possui acerca da prática dos princípios da impessoalidade e da moralidade no ambiente de trabalho. Essa mesma interferência é observada na avaliação da auto percepção dos servidores sobre o cumprimento dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

A cerca da prática dos princípios LIMPE tem relação direta com o conhecimento acerca da lei de improbidade administrativa, pois o servidor que afirma atuar de acordo com os princípios tem grande chance de ter conhecimento sobre a lei de improbidade administrativa.

Algumas características também influenciam positivamente a chance de o servidor ter conhecimento acerca da lei 8.492 de 1992, são elas: possuir maior idade, ter mais tempo trabalhado na Instituição, ser mulher, trabalhar como Técnico-Administrativo em Educação e exercer alguma função de gestão.

É bem verdade que nova lei de licitações veio com finalidade de simplificar todo esse sistema de contratação, deixando evidentes quais sanções serão impostas em casa de descumprimento.

Mas há uma contradição posta na mesa com relação ao trâmite processual, posto pelo Código de Processo Civil estipulando que os processos sejam analisados em forma cronológica e a nova lei 14.133/2021 prescreve sobre a prioridade na fila processual, o que caba ferindo a isonomia processual, bem como muitos desses processos são situações corriqueiras.

Atualmente é visto como uma benesse a prioridade no trâmite processual, tanto pelo legislador como pela doutrina majoritária. Mas ficou a dúvida se em caso o licitante terá a mesma atenção frente aos tribunais, nesse sentido considera-se ampla a incidência dos dispositivos “procedimento judiciais” em que se discute aplicação do disposto.

Importante dizer que o Tribunal de contas da União é uma instituição indispensável no controle das contas públicas da esfera federal. Não esquecendo os tribunais regionais que tomam conta também das finanças municipais. Cada país possui seu órgão fiscalizador, mas para o Brasil o TCU exerce um papel fundamental no aperfeiçoamento das finanças públicas, bem como na construção de resoluções,

jurisprudências que dão norte aos entes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando D. M. de. Comentários ao art. 5º. *In*: DAL POZZO, Augusto; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André L. (Coord.). **Parceiras público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 71-90.

ALVARENGA, José E. Parcerias público-privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 02, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 18 set. 2021.

ANDRADE, Letícia Q. de. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. *In*: SUNDFELD, Carlos A. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 274-297.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. 2010. 285f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto N.; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei 12.362/11): aspectos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./out./nov./2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BONAVIES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, W. M. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BORDA, Daniel S. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. *In*: **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**. FILHO, Marçal Justen (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 367-399.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil: com referência ao CC de 16 e ao NCC**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BRASIL, Franklin. A arte e a técnica de identificar riscos. *In*: PAULA, Marco A. Borges de; CASTRO, Rodrigo P. A. de (Coord). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CASTRO, Rodrigo P. A. de; GONÇALVES, Francine S. P. **Compliance e gestão de risco nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

COSTA, Ângelo A. O fundo garantidor de parcerias (FGP): estrutura, função e (in)compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional. *In*: SAPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata P. (Coord.). **Intervenção do estado no domínio econômico e no domínio social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
Cunha Júnior, Dirley da. Curso de direito constitucional / Dirley da Cunha Júnior. Salvador : JusPODIVM, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Contratos administrativos na jurisprudência do Tribunal de Contas da União: julgamentos do TCU relativos aos arts. 54 a 88 da Lei nº 8.666/1993. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.

MARRARA, T. As fontes do Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 1, n. 01, p. 23-51, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561>. Acesso em: 08 set. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, vol. 1, n. 5, ago./2001.

MERLO, Roberto Aurélio. **Configuração de um sistema de informações para a gestão econômica financeira de uma universidade comunitária: um estudo de caso da Universidade do Oeste de Santa Catarina**. 2001. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MULBERT, Ana Luísa. **Proposta de um sistema de informações para a gestão acadêmica de cursos de graduação: o caso da UNISUL**. 2001. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: EF Editora Fórum, 2011.

NUNES, Rhuan Felipe Lima. O princípio da publicidade na Administração Pública. **Jusbrasil**, maio/2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28626/o-principio-da-publicidade-na-administracao-publica>. Acesso em: 22 out. 2022.