

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel

**Acordos substitutivos de atividade sancionatória unilateral em contratos da
administração pública**

Belo Horizonte

2021

Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel

**Acordos Substitutivos de atividade sancionatória unilateral em contratos da
administração pública**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

D184a Daniel, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci
Acordos substitutivos de atividade sancionatória unilateral em contratos da administração pública [manuscrito] / Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel. - 2021.
453 f.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
1. Direito administrativo - Brasil - Teses. 2. Contratos administrativos - Teses. 3. Sanções administrativas - Teses. I. Silva, Cristiana Maria Fortini Pinto e. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.
CDU: 35.077.2 (81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE ATIVIDADE SANCIONATÓRIA EM CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FELIPE ALEXANDRE SANTA ANNA MUCCI DANIEL

Tese submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de PósGraduação em DIREITO, como requisito para obtenção do grau de Doutor em DIREITO, área de concentração DIREITO E JUSTIÇA, linha de pesquisa Poder, Cidadania e Desenvolv. no Estado Democ. de Direito.

Aprovada em 25 de outubro de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof(a). Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - Orientador UFMG

Prof(a). Florivaldo Dutra de Araujo Universidade Federal de Minas Gerais

Prof(a). Maurício Zockun PUC-SP

Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias UFMG

Prof(a). Juliana Bonacorsi de Palma FGV - SP

Belo Horizonte, 12 de julho de 2022.

SECRETARIA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



Documento assinado eletronicamente por **Marlon Bruno Cordeiro Schabuder, Assistente em Administração**, em 12/07/2022, às 10:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1592822** e o código CRC **BA3C04D9**.

Em memória daqueles que partiram antes que esse sonho se tornasse realidade...

Minha avó, Adélia da Conceição Santa Anna, que se foi quando eu ainda iniciava os estudos do doutoramento. Grande responsável por minha formação humana. Ela, como na poesia de Adélia Prado, achava o estudo “a coisa mais fina do mundo”. Partiu orgulhosa, sabendo que o doutorado já havia iniciado. Também ela ensinou-me que, na verdade, a coisa mais fina do mundo é o amor.

Meu pai, Antônio Mucci Daniel Sobrinho, que partiu no apagar das luzes da escrita desta tese... Acompanhou, orgulhoso e atento, a trajetória do mestrado e doutorado, quebrando as barreiras dos meus afastamentos involuntários dos tempos de dedicação aos estudos com sua presença alegre e festiva... Em nossa curta, porém profunda trajetória juntos, ensinou-me a importância da família, da reconciliação, do trabalho duro e digno, e de que é preciso saber viver cada momento como se fosse o último...

O abraço que não poderá ser dado será substituído pela saudade e eterna gratidão pelos valorosos ensinamentos. De onde estiverem, saibam que a semente plantada já brotou...

AGRADECIMENTOS

O ato de escrever é, antes de tudo, solitário. Exige-nos o isolamento social. Na escrita desta tese, esse isolamento foi potencializado quando, no auge de minha produção acadêmica, o mundo foi surpreendido por uma pandemia apocalíptica. Esta tese se desenvolveu justamente quando as portas se trancaram e o medo predominou na vida de todos, principalmente dos brasileiros. Não obstante as dificuldades inerentes a este grave momento mundial, com o fechamento das bibliotecas, das livrarias e de todo refúgio de que deve dispor um solitário pesquisador, ainda assim, foi possível concluir, graças à generosidade daqueles que me apoiaram nesta trajetória.

Dirijo meus primeiros agradecimentos a Deus, que manteve segura minha saúde física e mental, mesmo quando tudo parecia girar em sentido contrário. Quando saí de minha cidade, a saudosa Dom Silvério, no interior de Minas Gerais, e fiz a difícil travessia rumo ao desconhecido, ouvi em minha alma uma voz que dizia: “Eu estarei contigo todos os dias de sua vida.” E a promessa se fez verdade...

À minha mãe, Marília de Souza Santa Anna. A ela, que acreditou em meus sonhos mesmo quando eles pareciam grandiosos demais para serem realizados... Que viu minha trajetória passar da reta à curva, do choro ao riso, do voo ao pouso. Na pessoa dela, dirijo também meus agradecimentos à minha família materna, tios e primos, que guardam com eles a história da minha vida.

Às minhas irmãs, Schirley, Patrícia, Fabiana e Pollyana, sobrinhos e cunhados que me ajudaram a quebrar o isolamento dos incontáveis finais de semana dedicados aos estudos para me trazerem alegria. É muito bom dividir essa realização com vocês que, agora, representam para mim a presença de meu pai no plano terreno.

À minha orientadora, professora Cristiana Fortini, companheira de tantas batalhas. Ela, que foi minha primeira professora de Direito Administrativo; que publicou comigo o primeiro artigo acadêmico, quando o sonho do mestrado ainda parecia impossível; que acreditou no meu potencial e me acionou para o mundo acadêmico e profissional. Nas palavras de Cora Coralina, você é “aquela mulher que fez a escalada da montanha da vida, removendo pedras e plantando flores”. Meus sinceros agradecimentos.

À professora Maria Tereza Fonseca Dias, que me ensinou os primeiros passos na metodologia da pesquisa jurídica, ainda no primeiro período da Faculdade de

Direito. Com ela aprendi a respeitar a técnica da pesquisa e a admirar o espaço acadêmico. Agradeço também pelas valorosas contribuições nas duas bancas de qualificação desta tese.

Ao professor Florivaldo Dutra de Araújo, que reconheceu em mim a vocação para o magistério. Em uma manhã de intervalo de aulas na pós-graduação, numa cafeteria da Rua Guajajaras, ao lado da Faculdade de Direito, recebi dele o convite para me ingressar como estagiário de docência na graduação da UFMG. De lá para cá, nunca mais deixei a sala de aula. Seu rigor metodológico e sua profundidade acadêmica me inspiram, a cada dia, a ser um pesquisador melhor.

À professora Daniela Mello Haikal e ao professor Marcelo Andrade Féres, que contribuíram de forma relevante para o desenvolvimento deste trabalho ao participarem das bancas de qualificação.

Ao professor Luciano Ferraz, que conduziu meus primeiros passos na pós-graduação, como orientador do meu mestrado acadêmico, permanecendo como referência pessoal e profissional para minha vida.

Aos amigos conquistados no exercício do magistério, na UFMG e no Centro Universitário UNA, especialmente Maria Fernanda Pires, Tatiana Camarão, Alessandra Mara, Karina Pinheiro e Taciana Pieroni. Ao lado de vocês, tenho experimentado a alegria de ver frutificar o objetivo de transformar vidas por meio da educação.

Às queridas amigas, que permaneceram para a vida depois de minha trajetória no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: Maria Leonor de Almeida Barbosa (Malô), Raquel Lott, Elizabeth Rezende Barra e Eliana Galuppo. Vocês testemunharam e colaboraram na transformação de garoto sonhador em um profissional do Direito Público.

Aos amigos conquistados na Prefeitura de Belo Horizonte, no exercício do cargo de Diretor Jurídico da Superintendência de Desenvolvimento da Capital, aos quais cumprimento na pessoa do Superintendente Henrique Castilho, do Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura, Josué Valadão, do Procurador-Geral do Município, Castellar Modesto Guimarães Filho e do Controlador-Geral do Município, Leonardo Ferraz. O exercício da gestão pública tem sido um grande desafio no Brasil, mas desempenhá-lo ao lado de vocês, com seriedade e com o objetivo de promover o bem comum, torna nossa função gratificante para nós, gestores públicos, e muito valorosa para a sociedade.

Aos meus queridos amigos, família que Deus me permitiu escolher. Gostaria que todos se sintam contemplados, não podendo deixar de citar aqueles que estão sempre presentes: Cynthia Pedra, Mônica Lino, Andréa da Conceição, Suelene Valadares, Eliana Viana, Juliana Lima, Luiz Fernando Pena Martins, Ricardo Teixeira e Imaculada Rocha.

Aos meus alunos, de ontem, de hoje e de sempre. Que Deus permita que eu possa ensinar-lhes mais que lições de Direito Administrativo, e que minha trajetória pessoal sirva de inspiração para que vocês saibam que a maior revolução que o ser humano pode fazer é adquirir conhecimento e praticá-lo.

A todos que, mesmo não nomeados aqui, sabem o quanto colaboraram para que esta trajetória fosse possível.

Muito obrigado!

RESUMO

A pesquisa se desenvolve a partir da análise crítica do regime jurídico administrativo, baseado no ato administrativo unilateral, e defende que esse modelo está em superação, devendo prevalecer no Estado Social Democrático de Direito a atuação consensual da Administração Pública. Nesse contexto, o objeto principal da pesquisa é analisar as hipóteses em que é possível a substituição de sanção unilateral decorrente de infrações contratuais pelo acordo administrativo, bem como o processo decisório da Administração para escolha entre o acordo ou o ato unilateral sancionatório. Para tanto, realiza-se análise dos contratos administrativos no Brasil e a substituição do ato administrativo unilateral pela bilateralidade. Também se investiga a natureza das sanções administrativas, sua finalidade e os princípios a elas aplicáveis, bem como os aspectos discricionários e vinculados do ato administrativo sancionador. Após a definição dos referidos pressupostos, será analisada a existência de autorização no Direito brasileiro para a substituição da atividade sancionatória unilateral, no âmbito dos contratos administrativos, por acordos, bem como a natureza e o regime jurídico da decisão que opta pelo acordo ou pela sanção unilateral. Em seguida, serão apreciados os critérios balizadores que devem ser utilizados pela Administração para decidir entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção administrativa unilateral em caso de ocorrência de infrações administrativas contratuais. Ao final, será investigado o grau de vinculatividade desses critérios balizadores da decisão no caso concreto e a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, bem como a existência de direito público subjetivo do particular ao acordo.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Sanções Administrativas. Acordos substitutivos.

ABSTRACT

The research is developed from the critical analysis of the administrative legal regime based on the unilateral administrative act, and argues that this model is being overcome, and the consensual role of the Public Administration should prevail in the State of Social and Democratic Law. In this context, the main object of the research is to analyze the hypotheses in which it is possible to replace a unilateral sanction resulting from contractual infractions by the administrative agreement, as well as the decision-making process of the administration to choose between the agreement or the unilateral sanctioning act. Therefore, an analysis of administrative contracts in Brazil and the replacement of the unilateral administrative act by bilaterality is carried out. It also investigates the nature of administrative sanctions, their purpose and the principles applicable to them, as well as the discretionary and related aspects of the sanctioning administrative act. After defining these assumptions, the existence of authorization under Brazilian law for the replacement of unilateral sanctioning activity within the scope of administrative contracts by agreements will be analyzed, as well as the nature and legal regime of the decision that opts for the agreement or sanction unilateral. Next, the guiding criteria that must be used by the Administration to decide between entering into the agreement or applying a unilateral administrative sanction in the event of contractual administrative infractions will be analyzed. At the end, it will be investigated the degree of binding of these guiding criteria of the decision in the concrete case and the possibility of control by the Judiciary, as well as the existence of the private subjective public right to the agreement.

Keywords: Administrative Contracts. Administrative Sanctions. Substitute Agreements.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AGU	Advocacia-Geral da União
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
art.	Artigo
arts.	artigos
Berd	Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CGU	Controladoria Geral da União
CMSP	Companhia do Metropolitano de São Paulo
CPTM	Companhia Paulista de Trens Metropolitanos
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DAB	<i>Dispute Adjudication Boards</i>
DRB	<i>Dispute Resolution Boards</i>
g.n.	Grifo nosso
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ME	Ministério da Economia
MPU	Ministério Público da União
PPP	Parceria Público-Privada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
Sege	Secretaria de Gestão
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Súm.	Súmula
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
1.1 Contextualização do objeto de estudo.....	14
1.2 Delimitação do objeto de estudo	25
1.3 A metodologia da pesquisa e o plano de investigação	31
2 MEIOS CONSENSUAIS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO	40
2.1 Classificação dos meios consensuais de atuação da Administração Pública: contratos e acordos administrativos	40
2.2 Contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração: diferenças e similitudes	45
2.3 Regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil.....	57
2.4 Acordos substitutivos de atos unilaterais da Administração.....	73
2.4.1 Análise dos acordos substitutivos de atos unilaterais da Administração e sua compatibilização com o princípio da indisponibilidade do interesse público	78
3 TEORIA GERAL DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS..	87
3.1 O Direito Administrativo Sancionador e as sanções administrativas contratuais.....	87
3.1.1 Conceituação de Direito Administrativo Sancionador e sua relação com o direito penal	87
3.1.2 Sanções administrativas e outras figuras afins.....	100
3.1.3 Espécies de sanções administrativas e as sanções contratuais.....	106
3.2 Finalidades da sanção administrativa.....	110
3.3 Regulação responsiva e as alternativas à sanção administrativa.....	116
3.4 Finalidade da sanção administrativa contratual no Direito brasileiro.....	125
3.5 Regime jurídico das sanções administrativas contratuais no direito brasileiro.....	129

3.5.1	Diferenciação entre sanções e demais medidas aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos no Brasil	131
3.5.2	Espécies de sanções contratuais na legislação brasileira	143
3.5.2.1	Advertência.....	144
3.5.2.2	Multa	147
3.5.2.3	Penalidades restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração.....	149
3.5.3	Garantias constitucionais do Direito Administrativo Sancionador na aplicação de sanções contratuais.....	159
4	TIPICIDADE E DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	172
4.1	Princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador.....	172
4.2	Tipicidade flexível e as chamadas normas penais em branco no Direito Administrativo Sancionador	179
4.3	Análise da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo Sancionador e a incidência do controle.....	188
4.3.1	Discricionariedade, vinculação e os elementos do ato administrativo	189
4.3.2	Discricionariedade administrativa e conceito jurídico indeterminado	201
4.3.3	Controle de juridicidade dos atos administrativos e discricionariedade	214
4.3.3.1	Controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários a partir da teoria da autovinculação administrativa.....	223
4.4	Instrumentos de garantia de segurança jurídica da atividade sancionatória contratual e discricionariedade administrativa.....	230
5	REGIME JURÍDICO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE ATIVIDADE SANCIONATÓRIA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	244
5.1	Evolução do tema dos acordos substitutivos de sanção administrativa no direito brasileiro.....	244
5.2	Meios alternativos na solução de conflitos em contratos administrativos no Brasil	251
5.3	Os acordos substitutivos de sanção administrativa em contratos administrativos	258

5.3.1 Os acordos de leniência em contratos administrativos	259
5.4 Os acordos substitutivos de sanção e a autorização geral para a contratualização da sanção decorrente de contratos administrativos ...	264
5.4.1 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a autorização geral para a celebração de acordos em substituição à sanção	269
5.4.1.1 Dos argumentos contrários à utilização do acordo substitutivo de sanção administrativa no âmbito dos contratos administrativos.....	273
5.4.2 A previsão legal de acordos substitutivos de sanção no âmbito dos contratos administrativos	277
5.5 Justificativa para a celebração de acordos em matéria de sanções administrativas: por que contratualizar a sanção?	281
5.6 O conteúdo do acordo substitutivo da sanção administrativa: o que negociar?.....	292
5.7 Regime jurídico dos acordos substitutivos de sanção administrativa ...	301
5.8 As dificuldades enfrentadas na implementação dos acordos substitutivos de ato administrativo no Brasil	306
6 CRITÉRIOS PARA A DECISÃO ADMINISTRATIVA entre o acordo e a atividade sancionatória unilateral: discricionariedade, vinculação E O EXERCÍCIO DO CONTROLE DA FORMAÇÃO DA DECISÃO ESTATAL	311
6.1 Celebração dos acordos substitutivos de sanção administrativa: vinculação ou discricionariedade da Administração?	311
6.1.1 A decisão pela celebração do acordo substitutivo da sanção é uma decisão discricionária?.....	315
6.1.2 O direito público subjetivo e a decisão entre o acordo e o ato administrativo unilateral	319
6.2 Critérios balizadores para a decisão administrativa entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção.....	326

6.2.1	O critério da preferência pelo acordo e o princípio constitucional da eficiência.....	331
6.2.2	O critério da proporcionalidade: a compatibilidade entre o acordo e a gravidade da infração	340
6.2.3	O critério da autovinculação: a isonomia e a análise dos precedentes administrativos.....	344
6.2.4	O critério da manutenção dos pactos administrativos e a decisão de substituir a sanção pelo acordo	348
6.3	Os direitos dos particulares ao requerimento de substituição da sanção administrativa unilateral em contratos administrativos pelo acordo e os requisitos para a decisão da Administração	352
6.4	O controle judicial da decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção.....	355
7	CONCLUSÃO	365
	REFERÊNCIAS.....	373

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se desenvolveu a partir da análise crítica do regime jurídico administrativo baseado no ato administrativo unilateral e defende que esse modelo está em superação, prevalecendo no Estado Social Democrático de Direito e a atuação administrativa consensual. Nesse contexto, a pesquisa abordou os contratos celebrados pela Administração e as sanções administrativas deles decorrentes, bem como as novas formas de resolução de conflitos oriundos desses contratos e seus reflexos na relação entre Administração Pública e empresa contratada.

1.1 Contextualização do objeto de estudo

Ao longo do tempo, diversas teorias foram elaboradas para estabelecer a relação entre Estado e sociedade e os modos do exercício do poder estatal. Embora seja possível identificar referências ao princípio da legalidade em períodos mais antigos, somente a partir das revoluções liberais do século XVIII e XIX que este princípio passou a regular e a limitar o exercício do poder estatal, sendo um dos pressupostos estruturantes da instauração do Estado de Direito Constitucional.¹

O Direito Administrativo, a partir de então, passou a regular as relações jurídicas estatais, submetendo o exercício do poder ao crivo da legalidade. Erigida à categoria de princípio fundamental do Estado de Direito Constitucional, a legalidade apresentou-se como o limite à atuação do Estado.

O Direito Administrativo, tal como atualmente o conhecemos, nasce com o Estado de Direito. A submissão do Estado ao princípio da legalidade é o primeiro passo para que a atuação daqueles que exercem a função administrativa seja pautada pela concretização da vontade geral ditada pelo Poder Legislativo.² Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, a legalidade é, em Estados cuja estrutura é inspirada

¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45-46.

² "(...) Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 85.

pelas ideias da Revolução Francesa, “princípio regulador da conduta dos órgãos de mando.”³

Não obstante a importância do princípio da legalidade para o início do Direito Administrativo, a análise aprofundada do fenômeno do surgimento do Estado de Direito na França pós-revolucionária expõe suas raízes autoritárias. Ao contrário do que muito se propagou quanto à origem do Direito Administrativo como garantidor dos direitos dos cidadãos, em um primeiro momento o Direito Administrativo serviu muito mais à proteção das decisões estatais do que aos direitos dos cidadãos.⁴

Ao lado do princípio da legalidade, a teoria da separação de poderes foi, também, estruturante para o desenvolvimento do Estado de Direito Constitucional. Nesse aspecto, a interpretação francesa a respeito dessa teoria teve forte influência nos primórdios do Direito Administrativo e na compreensão da vinculação ao princípio da legalidade. Conforme explica Maria João Estorninho, a Assembleia Constituinte Francesa rejeitou, desde o início, que a jurisdição comum julgasse os litígios administrativos. Justificou-se com base no princípio da separação de poderes, entendeu-se que “julgar a Administração é ainda administrar”. Com base nessa ideia é que se inspirou a criação do Conselho de Estado Francês, órgão responsável por julgar os litígios relacionados ao Poder Executivo, alijando-se as decisões administrativas do controle dos Tribunais Comuns.⁵

Ao tratar da gênese do Direito Administrativo, Paulo Otero empreende esforço histórico para desmistificar a ideia de que o Direito Administrativo nasceria como um direito de garantias em favor dos cidadãos. Segundo o autor, o que inspira o surgimento do Conselho de Estado, na verdade, é a fuga do Poder Executivo do controle do Poder Judiciário. Os revolucionários da época buscavam afastar o controle da Administração Pública em relação aos juízes. Isso inspirou a criação de um contencioso próprio para a Administração, o chamado contencioso administrativo, com o objetivo de escapar a esse controle do Poder Judiciário. Nesse sentido, o surgimento do Conselho de Estado é marcado muito mais por um viés autoritário do que de garantias para os cidadãos.⁶

³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 17.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais: Democracia e Constitucionalização. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 10-11.

⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 24.

⁶ “A invocação do princípio da separação de poderes foi um simples pretexto para que, visando um objetivo político concreto de garantir um efectivo alargamento da esfera de liberdade decisória da Administração Pública, tornando a sua actividade imune a qualquer controlo judicial, se construísse um modelo de contencioso em que a Administração se julgaria a ela própria: há aqui uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no Acien Régime, pois, tal como Tocqueville afirmava, ‘nesta matéria apenas encontramos a fórmula; ao Antigo Regime pertence a ideia’.” OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 275.

Assim, pode-se dizer que a Administração, que surgiu inicialmente inspirada por ideias liberais e sujeita à legalidade, acabou se tornando forte e centralizadora, atuando eminentemente por meios autoritários. Outrossim, o ato administrativo unilateral foi a principal forma de atuação da administração em seus primórdios, então considerada autoritária e agressiva.⁷

Neste sentido, Eurico Bittencourt Neto destaca que inicialmente o controle dos atos da administração por parte do chamado contencioso administrativo foi exercido por órgãos da Administração. Somente com a criação de órgãos jurisdicionais independente é que se surgiram as garantias dos cidadãos em relação aos atos administrativos.⁸

De igual modo, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva afirma que esse modelo de administração, surgida no Estado Liberal, foi moldado com a centralidade do agir da Administração no ato administrativo. O autor identifica duas fases de evolução do conceito de ato administrativo: uma primeira fase, em que o ato administrativo é excluído da fiscalização dos tribunais judiciais e exercida apenas internamente. Nesta fase, identifica-se a garantia do cidadão apenas com base no princípio da legalidade; uma segunda fase, em que se percebe a efetiva criação do contencioso administrativo, com sua plena jurisdicionalização; neste momento, o conceito de ato administrativo já se coloca como mais voltado à garantia dos cidadãos.⁹

Percebe-se, então, que o conceito de ato administrativo se volta primeiro para a proteção da Administração para, somente depois, se apresentar como garantia dos cidadãos.¹⁰

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também destaca o aspecto autoritário da Administração Liberal. Segundo o autor, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, nos primórdios do Estado de Direito, foram inspirados pelos princípios liberais, buscando tornar efetivas as liberdades, direitos e garantias conquistados pelos cidadãos. Já o Poder Executivo não apresentou atuação similar, formulando institutos como poder de império, atuação discricionária, executoriedade, autotutela e exclusão do cidadão do processo decisório.¹¹

⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e Organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 39.

⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e Organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 41.

⁹ SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 44-45.

¹⁰ Idem, p. 45.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

Esse modelo de Administração Liberal autoritária que tinha como base o princípio da legalidade foi objeto de transformação durante o século XX. Os primeiros sinais de mudança podem ser observados no período do Pós-Segunda Guerra. É certo que no início do século XX surgiram Constituições com perfil social, como a Constituição do México, de 1917, e de Weimar, de 1919. Porém, nesse período, ainda se fazia muito presente o viés autoritário do Estado, convivendo-se, inclusive, com diversos governos ditatoriais. É no segundo pós-guerra que o Estado Social Democrático de Direito constrói suas bases.¹²

Destaca-se que a influência do Estado Social no Direito Administrativo não representa o abandono das premissas básicas do Estado de Direito (princípio da legalidade e separação de poderes). Porém, a profunda mudança do modelo de Estado impõe a releitura de diversos institutos até então consagrados.

Segundo Paulo Otero, a superação desse modelo de Administração Liberal autoritária ocorre principalmente por dois fatores: “(a) a profunda evolução do significado e do valor da Constituição; (b) a radical mudança do modelo de Estado.”¹³

É possível identificar que a constituição ganha novo papel de centralidade a partir de então, o que também se reflete para o Direito Administrativo. Nesse período, observou-se a passagem de modelos de constituições flexíveis para o modelo de constituições rígidas. Enquanto no âmbito das constituições flexíveis a lei ocupava o vértice do sistema normativo, agora ela se coloca no papel de subordinação. Além disso, o papel da constituição deixa de ser o de neutralidade econômica (típico do Estado Liberal), havendo um aumento das atribuições do Estado perante as normas programáticas. Com isso, há um estreitamento da liberdade do legislador com a sua subordinação a um elenco de imperativos que lhe são impostos. Assim, pode-se destacar a subordinação hierárquica-normativa das leis à constituição, com a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. Esses fatores se reverteram para uma compreensão do Direito Administrativo baseada na constituição, deixando de estar vinculada apenas ao princípio da legalidade.¹⁴

Quanto à mudança do modelo de Estado, percebe-se a transformação do Estado Mínimo do período liberal para um modelo de Estado incumbido da

¹² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p.63.

¹³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 154.

¹⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 154-156.

implementação de novos direitos sociais: o Estado-providência.¹⁵ O indivíduo passa a uma condição de maior dependência em relação ao Estado, havendo uma maior reclamação em relação à intervenção estatal. Desse modo, a participação do indivíduo nas decisões estatais passa a ser uma verdadeira condição para a existência, conforme defende Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva.¹⁶

Eurico Bitencourt Neto elenca as mudanças dos elementos constitutivos do Estado de Direito com o surgimento dessa nova ordem social: transformação da legalidade em juridicidade; o abandono do Estado Mínimo para que ele possa assumir funções no campo econômico e social; novo elenco de direitos fundamentais; a ampliação da participação política. Esse último aspecto, especialmente relevante para a teoria do Direito Administrativo, atinge a Administração no que se refere à ampliação da participação democrática e dialógica do cidadão no processo de tomada de decisões por parte do Estado.¹⁷

O Estado Social Democrático de Direito do século XX traz para a Administração Pública, portanto, esse novo cenário de expansão de atribuições e a incorporação de prerrogativas superiores àquelas verificadas no período do Estado Liberal. Ao mesmo tempo, a democracia meramente representativa e a sustentação das decisões estatais com base no princípio da legalidade deixaram de ser justificações suficientes para legitimar a atuação da Administração, surgindo, então, novos paradigmas para sustentar as relações entre Estado e particulares.¹⁸

Na verdade, o processo legislativo formal tradicional passou a não responder mais no tempo necessário para atuação dessa nova administração interventora surgida com o Estado de Direito Social. A partir daí, ganham destaque novos espaços de atuação a Administração Pública, antes totalmente regulada pela legalidade. Patrícia Baptista destaca, nesse aspecto, o recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas de conteúdo vago como consequência desse novo modelo de Estado.¹⁹ Essa ampliação da atuação da Administração, para espaços que a legalidade não alcançava plenamente, impõe a necessidade de novos fundamentos para legitimar a atuação administrativa.²⁰

¹⁵ Idem, p. 157.

¹⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

¹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.p. 79.

¹⁸ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

¹⁹ Idem, p. 101.

²⁰ Idem, p. 112.

O paradigma que surge a partir dessa mudança é a legitimidade democrática pela participação do cidadão no processo de tomada de decisão do Estado. Segundo Eurico Bitencourt Neto, a lei passa a não ser capaz de, isoladamente, legitimar as decisões estatais em um Estado de Direito Democrático e Social.²¹ Nesse sentido, defende-se a legitimação da Administração Pública pelo procedimento, devendo ser buscado o consenso no processo de formação da vontade estatal.²²

Nesse sentido, é no contexto deste Estado-providência do pós-guerra que se localiza o paradigma da democracia participativa, o qual amplia as formas de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões pelo Estado. Passa-se a legitimar a atuação da Administração não mais apenas com base na Lei, mas também nos princípios constitucionais (juridicidade)²³ e no procedimento participativo.

Embora o ato administrativo tenha continuado como o meio mais importante de ação administrativa, a Administração passou a utilizar outros institutos, inclusive do Direito Privado, como forma de agir e de se organizar.²⁴

É bem verdade que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social não encerra a atuação da Administração por meio de atos administrativos unilaterais. Porém, a mudança de paradigma impõe que o conceito autoritário de ato

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa**: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 91.

²² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa**: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 93.

²³ Sobre a incorporação da ideia de juridicidade no âmbito do Estado Social Democrático de Direito: “Neste sentido, feliz me parece ser a fórmula do Código de Processo Administrativo, que consagra precisamente esta acepção ampla do princípio da legalidade ou da juridicidade, referindo-se à subordinação da Administração à lei e ao direito (art. 3º, nº 1 do Código de Procedimento Administrativo). Conforme se escreve em anotação ao referido artigo (da responsabilidade da Comissão que elaborou o Código), o princípio da legalidade aparece aqui na sua acepção mais ampla, abrangendo quer poderes discricionários quer vinculados e implicando não a mera submissão à lei em sentido formal ou material, mas a todo o direito. O princípio da legalidade deixa, assim, de ter uma formulação unicamente negativa (como no período do Estado liberal) para passar a ter uma formulação positiva, constituindo o fundamento, o critério e o limite de toda a actuação administrativa. Por outro lado, a submissão ao direito vai muito além de um entendimento positivista da ordem jurídica, implicando a submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de carácter regulamentar, a actos constitutivos de direitos, etc.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 2003. p. 85.

²⁴ Neste sentido é a exposição de Luísa Cristina Pinto e Netto: “A passagem para o Estado Social e o alargamento e diversificação da atividade estatal, com destaque para a atividade administrativa, permitem identificar sensíveis alterações nas formas de atuação administrativa e na sua disciplina. O maior contato entre particulares e Administração e a maior dependência daqueles em relação a esta trouxeram à tona a necessidade de uma ‘abertura da Administração’, ou de uma progressiva democratização do agir administrativo, o que não é indiferente para o tema da procedimentalização. Junte-se a isto a debilitação crescente da clássica representação política, que foi tornando patente a necessidade de incrementar outras formas de participação dos cidadãos nas atividades estatais. Neste contexto, o ato administrativo continuou a ser importante meio de atuação administrativa bem como a aparecer como relevante forma jurídico-administrativa na dogmática administrativa, mas passou a dividir a cena com outras figuras”. PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Participação administrativa procedimental**. Natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52-53.

administrativo seja reformulado, ao lado do surgimento de novas formas de atuação estatal.²⁵

Ao tratar dessa mudança de perspectiva do ato administrativo, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva sustenta que o Direito Administrativo necessita de um novo conceito central, o qual possa fazer frente à nova realidade vivida a partir do Estado Social Democrático de Direito. Seguindo a orientação dogmática dominante na Alemanha, o autor defende a adoção do conceito de relação jurídica. Descreve, porém, que a doutrina italiana adota o procedimento como o novo conceito central do Direito Administrativo, desenvolvendo-se o relacionamento entre a Administração e o particular no bojo desse procedimento.²⁶

Fato é que seja por se adotar a corrente que defende que o novo conceito central do Direito Administrativo é o procedimento (doutrina italiana) seja a relação jurídica (doutrina alemã), o ato administrativo perde o protagonismo no Direito Administrativo, passando à centralidade os conceitos de relação jurídica e procedimento.

O aludido autor explica, também, que o Estado Liberal deu origem a uma administração agressiva que adotava modelo de ato administrativo autoritário. Já o Estado Social, baseado numa administração prestadora, criou a figura do ato administrativo favorável. E o Estado Pós-social, por sua vez, fez surgir o ato administrativo “multilateral ou de eficácia em relação a terceiros”, que está inserido em uma administração conformadora ou de infraestrutura. Não se trata da substituição de um por outro, uma vez que todos eles convivem na realidade atual do Poder Público.²⁷

Na verdade, a mudança do ato administrativo agressivo do Estado Liberal, assim considerado aquele com características autoritárias, para o ato administrativo

²⁵ “A passagem do Estado liberal para o Estado social com a consequente alteração do ‘ambiente político-jurídico’, teve como consequência a necessidade de mudança de paradigma da Ciência do Direito Administrativo. A mudança do modelo de Estado representou o fim da ‘idade de ouro’ do conceito clássico de acto administrativo, obrigado agora a defrontar-se com realidades diferentes daquelas para as quais tinha sido criado. Desaparecido o modelo liberal de Estado, desmoronado o sistema jurídico em que assentava, perdido o seu paradigma teórico, o conceito autoritário de acto administrativo vai ainda conseguir sobreviver algum tempo num ambiente completamente diferente, mas já não era mais, como fora antes, um instrumento jurídico flexível e adequado para a resolução dos novos problemas com que se defrontava a moderna Administração. Ironizando, sou levado a dizer que, com o fim do modelo de Estado e do sistema jurídico em que se assentava, o conceito clássico de acto administrativo adquire uma espécie de rigidez ‘post mortem’”. SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 71.

²⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 120-121.

²⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 445.

favorável do Estado Social decorre do fato desse último necessitar de fazer acordos com os particulares para a execução das prestações a que se propõe fazer. Desse modo, não poderia mais o Estado concentrar-se apenas na ideia de imperatividade do ato administrativo. O ato administrativo mantém sua natureza unilateral, porém perde sua dimensão autoritária. Daí a ideia de ato administrativo favorável, assim conhecidos como os atos constitutivos de direitos, ou seja, aquele que “cria ou confirma algum direito ou uma vantagem juridicamente relevante” para o particular.²⁸

A necessidade de adoção de fórmulas menos autoritárias contribui para mudança na forma de decidir da Administração. Percebe-se, com isso, o crescimento da consensualidade nos atos administrativos, assim entendida de maneira ampla, logo que consenso não implica, apenas, acordo ou contrato.²⁹ Assim, de um lado o fenômeno da consensualidade na Administração fez com que fosse ampliada a utilização de fórmulas contratualizadas. De outro lado, mesmo quando utilizam fórmulas unilaterais de decisão (ato administrativo unilateral), tais atos terão como base o consenso, assim, entendido não apenas como acordo/contrato, mas como pacificação do conflito e aceitação da regra pelo particular o qual, ao participar do processo decisório, anui ao resultado (ato administrativo), ainda que seja ele unilateral.

A respeito da utilização de “meios não autoritários” para o exercício das atividades administrativas, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva destaca como características desta administração, surgida com o Estado Social, a privatização, a contratualização e a tecnicização, sendo esses os “principais pontos de fuga da administração do ato administrativo”.³⁰

Quanto ao fenômeno da privatização, destaca o autor a utilização, cada vez mais ampla, pela administração de instrumentos jurídicos do direito privado para satisfação do interesse público. Esse fenômeno se manifesta tanto no que se refere

²⁸ Ibid, p. 449.

²⁹ “É por isso que a necessidade de fórmulas menos autoritárias (de actuação da Administração Pública) adquire, cada vez mais, o valor de uma evidência (Rivero). De autoritária e agressiva, a Administração habitua-se a procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, quer pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais. Existe aqui, como escreve RIVERO, a procura de uma factor de obediência à regra diferente da simples coação: a adesão dos atingidos pela aplicação da decisão tomada, quer dizer, a participação na sua elaboração” Ibid., p. 467. As distinções entre consensualidade e contratualização serão tratadas naseção2 desta tese, quando será feito o aprofundamento dos estudos a respeito dos contratos administrativos

³⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 103.

ao modo de agir da Administração, quanto no que se refere à sua forma de organização, utilizando, cada vez mais, entidades com formatos próprios do direito privado, tais como as sociedades empresariais criadas pelo Estado.³¹

A “tecnicização” da atividade administrativa se refere à regulação feita pelo poder público que, a partir de então, passa a ser regido por normas técnicas. Tem influência em relação às escolhas da Administração que deixam de se basear numa discricionariedade “pura”, para serem orientadas por parâmetros técnicos. Desse modo, as decisões administrativas, tecnicamente orientadas, deixam de se basear apenas no critério de autoridade a partir de sua motivação técnica. Essa redução do âmbito de discricionariedade das decisões, por via de consequência, acaba por ocasionar o alargamento do controle jurisdicional.³²

Quanto aos três pontos de fuga do ato administrativo destacados pelo autor, interessa mais propriamente ao presente trabalho a figura da contratualização. Com base nela, justifica-se o giro hermenêutico que se deu, saindo de uma centralidade do agir da Administração no ato administrativo unilateral, para a criação de novos métodos de decisão que levam em conta a participação do particular em um procedimento administrativo, o que incluem as técnicas de consensualidade e de acordo.

Nesse sentido, ainda que se trate de decisão unilateral tomada com base em ato administrativo, o que se busca é uma decisão consensual que conte com a participação do cidadão no processo de resolução. Por meio das técnicas de consenso, objetiva-se ouvir os interessados e promover sua participação. Citando Luhmann, o autor descreve que a dogmática moderna busca, no procedimento administrativo e na participação, uma nova legitimação da atividade administrativa.³³

Eurico Bitencourt Neto destaca, ainda, o papel do movimento chamado “*New Public Management*”, iniciado na Europa e disseminado em todo o mundo, para a progressiva utilização da contratualização pela Administração Pública. O referido movimento estabelecia o uso de técnicas privadas de gestão na Administração

³¹ Idem, p. 103-104.

³² Idem, p. 107-108.

³³ “A Administração concertada manifesta-se, além disso, na procura constante da aceitação e da consensualidade, mesmo quando sejam utilizadas formas de atuação unilateral. Busca do consenso que implica a existência de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados na formação das decisões administrativas, e que faz da regulação do procedimento administrativo uma preocupação da dogmática moderna, interessada na obtenção de uma nova ‘legitimação da atividade administrativa pela via do procedimento’ (N. LUHMANN). Assim, quer se trate de uma decisão unilateral, quer de uma decisão contratual, a participação dos particulares no procedimento administrativo é a garantia de uma maior ponderação de todos os interesses envolvidos e de uma decisão administrativa mais correcta e eficaz, porque mais facilmente aceite pelos destinatários.” Idem, p. 106-107.

Pública, tais como: o aumento do foco no controle de resultados; a remuneração variável de servidores públicos; maior autonomia para entidades descentralizadas e utilização de instrumentos contratuais em detrimento de atos unilaterais. A partir desse movimento é que, nos Estados Unidos da América, houve o aumento das estratégias de atuação negociada e contratual por parte da Administração na década de 1990.³⁴ É, portanto, desse modo que o Estado Social Democrático de Direito abre as portas da Administração Pública para a consensualidade. O ato administrativo não perde o seu papel, porém passa a conviver, cada vez mais, com institutos que se baseiam na ideia do consenso e da participação.

No mesmo sentido, José Manuel Sérvulo Correia destaca o incremento da atuação da Administração por meios contratuais como decorrência do alargamento do intervencionismo econômico do Estado e o novo estilo de administração, marcado pela “maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões.”³⁵

Segundo Patrícia Baptista, esse modelo de consensualidade traz nova legitimação para a Administração Pública, permitindo maior estabilidade às decisões administrativas e aumento da segurança jurídica.³⁶ A autora salienta, também, as vantagens da consensualidade nos atos praticados pela Administração: maior agilidade e adaptabilidade aos interesses do Poder Público; aumento da transparência das atividades administrativas; maior estabilidade para as decisões e segurança jurídica para as partes envolvidas.³⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar da proposta de mudança de paradigmas do Direito Administrativo em seu livro *Mutações do Direito Administrativo*, sustenta a superação da unilateralidade pelo paradigma da consensualidade. Defende a transição do modelo hierárquico baseado na autoridade para um modelo dialógico, composto por relações “lateralizadas ou de baixo para cima”.³⁸ Segundo o autor, a atuação da Administração pela via da consensualidade se torna cada vez mais

³⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 141.

³⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 353.

³⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 267.

³⁷ Idem, p. 266-267.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 15.

importante nas democracias contemporâneas, já que contribui para o aprimoramento da governabilidade e tornam as normas “mais aceitáveis e facilmente obedecidas.”³⁹

O referido autor coloca, ainda, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, devendo ser usada sempre que não for necessário aplicar o poder coercitivo.⁴⁰ Ou seja, a atuação “não consensual” da Administração passa a ser uma forma de agir subsidiária e excepcional, somente devendo ser utilizada quando não for possível recorrer à consensualidade.

Onofre Alves Batista Júnior, por sua vez, destaca a importância de se ofertarem à Administração Pública novos mecanismos de negociação que viabilizem o aprimoramento da eficiência na tomada de decisões. Além disso, associa a busca pelo consenso com o aumento da eficiência do Estado com a participação dos cidadãos no processo decisório.⁴¹

Ao tratar dessa contratualização da Administração Pública, neste trabalho baseia-se em conceito mais amplo que ultrapassa os contratos administrativos e privados tradicionais. É toda a forma de agir da Administração baseada no consenso como alternativa ao ato administrativo unilateral. Trata-se, conforme leciona Eurico Bitencourt Neto, da “opção por vias concertadas de atuação administrativa, em busca da adesão aos objetivos e finalidades da atuação estatal”.⁴²

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26-27

⁴⁰ “Em suma, a consensualidade, posta como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex: poder de polícia)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 41.

⁴¹ “Na busca de novos mecanismos e instrumentos para a formatação de um Direito Administrativo que propicie uma atuação administrativa mais eficiente, em uma sociedade pluralista mutante, decisiva se torna a abertura do procedimento à participação dos administrados, mesmo no processo decisório, possibilitando o desenho de uma “administração pública consensual”, mais democrática e, sobretudo, mais eficiente. Nesse contexto, o Direito Administrativo deve poder ofertar à Administração Pública mecanismos que possibilitem o cumprimento de suas funções e a realização de suas atividades mediante negociação, consenso e acordo com os particulares. Trata-se da necessidade de abertura ao exercício negociado do poder público administrativo, ou seja, da possibilidade de gestão negociada de assuntos e interesses públicos, da contratualização de algumas das relações jurídicas entre Administração e administrado. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007. p. 17.

⁴² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 144.

Conforme leciona Cristiana Fortini, é preciso que o Estado encontre novos mecanismos aptos a viabilizar a atuação moderna da Administração, de modo a se ajustar a uma nova ordem mundial. Trata-se da era do Direito Administrativo consensual, “cujo enfoque escapa do ato administrativo para concentrar-se nos ajustes com o setor privado”.⁴³

Este é o pano de fundo com base no qual esta tese será desenvolvida. O Direito Administrativo atual está inserido num cenário em que a regra é a consensualidade em lugar da imperatividade, em que se privilegiam o consenso e o procedimento administrativo participativo em detrimento do ato administrativo unilateral, em que a técnica e não a escolha “pura” do administrador, é que motiva os atos administrativos. Tais ideias surgem a partir do Estado Social Democrático de Direito e ainda estão em desenvolvimento, inspirando os novos institutos que surgem no Direito Administrativo, com base na consensualidade e na participação.

A partir desses conceitos de consensualidade e democracia participativa serão analisados os acordos celebrados pela Administração em substituição às sanções administrativas decorrentes de contratos administrativos no Brasil.

1.2 Delimitação do objeto de estudo

A partir da instituição do modelo consensual oriundo do Estado Social Democrático de Direito, vários institutos foram sendo adaptados, viabilizando, em diversas situações, a substituição do ato administrativo unilateral por acordos. Até mesmo no âmbito da atuação unilateral típica foram ampliadas as discussões a respeito da substituição do ato administrativo pelo acordo consensual, o que inclui a atividade sancionatória da Administração.

No direito administrativo brasileiro, o desenvolvimento da consensualidade se deu a passos lentos.⁴⁴ Juliana Bonacorsi de Palma explica que, apesar de já se ter a previsão de institutos de consensualidade há mais tempo, como é o caso dos acordos em processo de desapropriação previsto no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de

⁴³ FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**: franquias, concessão, permissão e PPP. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 5.

⁴⁴ Neste sentido, leciona Patrícia Baptista: “No Brasil, ainda é tímido o desenvolvimento da consensualidade. A unilateralidade persiste como a principal característica da atividade administrativa no país, não obstante o muito de tinta que se tem gastado para enaltecer as virtudes do consenso e do chamado “terceiro setor” na assunção de tarefas públicas”. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 287.

1941,⁴⁵ somente a partir da segunda metade da década de 1990 é que o assunto passou a ser discutido no Brasil de forma mais aprofundada.⁴⁶

A Constituição da República de 1988, em seu preâmbulo, estabelece como um dos fundamentos da sociedade brasileira a “solução pacífica das controvérsias”, no âmbito interno e internacional.⁴⁷ Também o art. 4º da Constituição de 1988 prevê como fundamento da República Federativa do Brasil no âmbito internacional a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII).⁴⁸ Há clara referência, portanto, a esse ideal de negociação na resolução dos conflitos que envolvam o Estado Brasileiro, tanto na ordem interna quanto na internacional.

Uma das primeiras alternativas para solução pacífica de conflitos que demandam processos punitivos no Brasil foi o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), inserido na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei que Institui a Ação Civil Pública) pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Prevê o art. 5º, § 6º da citada norma que os órgãos legitimados para proposição da Ação Civil Pública podem, ao invés de ajuizá-la, celebrar compromissos de ajustamento de conduta (conhecidos como Termo de Ajustamento de Conduta), a fim de resolver o problema detectado no âmbito de investigações civis.⁴⁹

A finalidade do instituto é buscar a solução extrajudicial do conflito, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Trata-se de instrumento bilateral, em que se privilegia o consenso. A parte investigada adere a determinadas imposições postas pelo órgão investigador, enquanto a parte que tem a prerrogativa de recorrer ao Poder Judiciário com objetivo de solicitar a aplicação da sanção e ressarcimento ao erário

⁴⁵ “Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.” BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 17 abr.2021.

⁴⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 238.

⁴⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 jul.2019.

⁴⁹ “Art. 5º (...) § 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <https://legislação.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 09 jul. 2020.

deixa de adotar medidas judiciais, com a condição do cumprimento de metas e ressarcimentos acordados.

No âmbito do processo penal também há previsão de solução consensual de conflitos em processo punitivo. A Lei nº 9.099, de 1995 (Lei que instituiu os Juizados Especiais) estabelece em seu art. 89 a possibilidade de suspensão condicional do processo nas hipóteses em que faculta sua utilização (crimes em que a pena mínima é igual ou inferior a um ano).⁵⁰

A Lei nº 12.850, de dois de agosto de 2013 instituiu, também no âmbito criminal, os chamados Acordos de Colaboração Premiada (também conhecidos como delação premiada).⁵¹ Embora já se tratasse de instrumento presente há mais tempo na legislação penal brasileira, ele ganhou notoriedade no Brasil com a atuação do Ministério Público nos casos da Operação Banestado e no caso do Mensalão, influenciando o surgimento da referida Lei em 2013 e a ampliação dos acordos de leniência, os quais se destacaram na operação de combate à corrupção apelidada de “Lava Jato”.⁵²

No âmbito das Agências Reguladoras também tem sido comum a criação de instrumentos que admitam a celebração de acordos substitutivos da sanção. A Lei nº 9.656, de três de junho de 1998, criou, em seu art. 29, o “Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta” na fiscalização dos planos e seguros privados de saúde. Com base nesse termo, admite-se a suspensão do processo administrativo de penalidade quando a operadora assume determinados compromissos previstos em Lei.⁵³

⁵⁰ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).” BRASIL. Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, 1995. Disponível em:

<https://legislação.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 02 jul.2020.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 17 abr.2021.

⁵² ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 315-318.

⁵³ “Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. § 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: (...)” BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 02 jul.2019

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a Lei nº 12.529, de trinta de novembro de 2011 (chamada Lei antitruste) instituiu o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Ela prevê em seus arts. 86 e 87 o “programa de leniência”, por meio do qual se permite ao Cade celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de uma dois terços da pena.⁵⁴

Na tentativa de buscar decisões negociadas nos conflitos envolvendo a Administração Pública, foi editada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Nela há a previsão da possibilidade de conflitos envolvendo a Administração Pública serem dirimidos por meio da mediação. Além de tratar da mediação entre particulares, aborda também a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, tratada de forma apartada e em capítulo próprio pela Lei.

A referida Lei prevê, em seu art. 32, a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, que terão competência para “dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública”, “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição” e “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.⁵⁵

A Lei nº 12.846, de primeiro de agosto de 2013 (conhecida como lei anticorrupção), por sua vez, trouxe a previsão da utilização do acordo no processo de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção. No art. 16 a Lei prevê o chamado acordo de leniência, instituto aplicável no âmbito administrativo, o qual poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção contra o Estado. O referido dispositivo estabelece que poderá ser celebrado o acordo de leniência quando a empresa colaborar efetivamente “na identificação dos demais envolvidos na infração, quando houver” e “obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

Ainda na linha do que se discute neste trabalho, quanto à substituição dos atos administrativos unilaterais pelos acordos, foi publicada a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que fez significativas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), trazendo novas

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 20 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em: 02 jul.2019.

⁵⁵ “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 08 jul. 2019.

luzes aos métodos interpretativos do Direito Público. Dentre as alterações promovidas, está a previsão do art. 26, o qual prevê a possibilidade de a Administração celebrar acordo (compromisso) com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.⁵⁶

A publicação das alterações da LINDB trouxe importante inovação no que se refere à celebração de acordos substitutivos de atos administrativos para o Brasil. Diferentemente das demais leis, descritas anteriormente, as quais se aplicam a determinada área de atuação da Administração (especialmente a regulatória), a LINDB traz previsão da celebração de acordos pela Administração de forma ampla, em suas mais diversas áreas de atuação. A propósito do assunto, Luciano Ferraz defende que a norma possa ser considerada cláusula geral de aplicação à Administração em todos os níveis, inclusive na esfera controladora e judicial.⁵⁷

Assim, atualmente, percebe-se intensa atividade legislativa no que se refere à substituição de atos unilaterais por acordos, especialmente no âmbito da atividade sancionatória da Administração. O presente trabalho se concentrará na análise dos acordos substitutivos de atividade sancionatória no âmbito dos contratos administrativos.

Os acordos substitutivos de sanção administrativa podem ser destacados como expressão máxima da consensualidade, já que representam hipóteses em que a Administração possui a capacidade de resolver o conflito de forma unilateral, mas opta pela celebração de acordo. No espaço da atividade sancionatória, essa relevância é ainda mais evidente, haja vista que o poder de sancionar sempre foi considerado a expressão da imperatividade e da verticalidade da relação da Administração com os particulares.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de quatorde setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁵⁷ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 167-169.

⁵⁸ Neste sentido: “Sem embargo da existência de outros instrumentos consensuais postos à disposição dos agentes administrativos, cujos aspectos gerais foram apresentados no curso da dissertação, entende-se que estes ajustes adquirem especial relevância. Assim se passa porque, em casos tais, a Administração dispõe de poderes para impor ao particular determinada situação jurídica, mas escolhe atingir o resultado almejado por meio de uma solução consensual, convencionando com o cidadão-administrado o modo de exercício de sua competência. Conseqüentemente, o acordo de vontades acarreta a substituição da decisão administrativa unilateral e imperativa por uma convenção, permitindo que as partes definam, em conjunto e à luz do caso concreto, as bases da ordem a que pretendem se submeter”. LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 240. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09102020-154953/publico/9171561_Dissertacao_Parcial.pdf Consulta em: 05 ago. 2021.

Recentemente foi publicada a Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, a qual revoga a Lei nº 8.666, de 1993, tornando-se a Lei Geral de Licitações e Contratos no Brasil.⁵⁹ Embora a lei antiga ainda permaneça vigente por dois anos, a contar da promulgação da nova, é preciso que o este trabalho já se debruce também sobre a análise dos novos institutos trazidos pela Lei nº 14.133, de 2021. Nela, há previsão de métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito de contratos administrativos.

A nova Lei traz em seu art. 151 a possibilidade de “utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.” Quanto ao âmbito de incidência desses meios alternativos, o dispositivo destaca, em seu parágrafo único, a utilização para controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, e exemplifica com “restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

A partir dessa contextualização da temática de determinados debates a que o presente trabalho se propõe, são formuladas algumas indagações centrais a que pretende se responder por intermédio desta tese:

a) Quais são as hipóteses em que é possível se admitir, no Brasil, a substituição da atividade sancionatória no âmbito dos contratos administrativos por acordos?

b) Qual é a natureza da decisão em que se escolhe entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção? Os elementos dessa decisão situam-se na órbita da discricionariedade ou da vinculação?

c) Quais elementos dessa decisão, em que se opta pelo acordo ou pela sanção unilateral, estão sujeitos a controle pelo Poder Judiciário? É possível identificar direito público subjetivo do particular contratado ao acordo substitutivo de sanção unilateral no Brasil?

Assim, o objetivo geral da investigação será analisar se, no Brasil, já há autorização genérica para a celebração de acordos substitutivos de sanções

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

administrativas, no âmbito dos contratos administrativos. Para tanto, é necessário fazer a distinção entre a utilização da Lei nº 12.846, de 2013, voltada para a punição de atos relacionados à Administração Pública, em que há prática corruptiva e para a qual, inegavelmente, a regulamentação para a celebração do acordo já existe, das demais hipóteses de sanção administrativa decorrente de contratos administrativos.

Quanto à celebração dos acordos em substituição à sanção administrativa, embora o recurso à consensualidade seja tema muito prestigiado no Direito Administrativo, o afastamento do ato administrativo unilateral e a utilização da consensualidade ainda são considerados uma opção discricionária do administrador no Brasil.⁶⁰ Nesta investigação busca-se analisar se essa discricionariedade, entre fazer o acordo ou aplicar a sanção, no âmbito de contratos administrativos, é uma mera faculdade da Administração ou se há limites jurídicos à liberdade de escolha da Administração, os quais tornam o acordo obrigatório. Para tanto, no trabalho analisam-se os elementos desta decisão e sua natureza de vinculação ou discricionariedade, bem como a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, da decisão da Administração entre celebrar ou não o acordo e a existência de direito subjetivo do particular contratado ao acordo em substituição à sanção. Ou seja: poderia o particular obter provimento jurisdicional favorável à celebração do acordo, quando a Administração o tenha rejeitado no âmbito administrativo?

O tema da discricionariedade, seus limites e suas formas de controle é objeto de intensas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A existência de discricionariedade administrativa, na aplicação de sanções administrativas e sua substituição, ou não, por acordos desperta a preocupação com a segurança jurídica de tais atos. Isso porque a margem de liberdade de escolha deixada ao administrador pode gerar tratamento de desigualdade por parte da Administração. Nesse sentido, objetiva-se analisar a existência de parâmetros objetivos que possam nortear a decisão administrativa e garantir segurança jurídica às partes envolvidas.

1.3 A metodologia da pesquisa e o plano de investigação

O objetivo principal desta pesquisa é analisar a possibilidade de substituição da sanção pelo acordo em contratos administrativos, bem como o processo decisório

⁶⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 27

da Administração de contratualizar a sanção. Para tanto, se busca-se analisar a existência de parâmetros que possam balizar a tomada de decisão pela Administração, bem como a possibilidade dessa decisão ser submetida a controle judicial e, ainda, se há direito subjetivo público do particular contratado a esse acordo, ou seja, se é possível que judicialmente seja alcançado o direito ao acordo.

O objetivo geral, portanto, é construir uma tese que garanta segurança jurídica à relação jurídica entre particular-contratado e Administração-contratante na decisão a ser tomada sobre a substituição da sanção administrativa pelo acordo. Busca-se, ainda, estabelecer critérios que possam balizar o controle judicial a ser exercido, em relação à decisão da Administração, entre celebrar o acordo e aplicar a sanção. Observa-se, ainda, se a possibilidade de controle gera para o particular-contratado direito subjetivo ao acordo substitutivo da sanção administrativa.

Para alcançar o objetivo geral proposto, esta pesquisa busca os seguintes objetivos específicos:

a) analisar a evolução do entendimento a respeito dos contratos administrativos, sua relação com o princípio da consensualidade, suas distinções em relação aos contratos regulados pelo direito privado, bem como os princípios que regem tais relações;

b) avaliar meios alternativos de solução de conflitos, no âmbito dos contratos administrativos, e sua relação com o princípio da consensualidade, bem como os acordos substitutivos de sanções administrativas;

c) entender a natureza jurídica das sanções administrativas, suas finalidades e os princípios que regem a tomada de decisões da Administração Pública em processos sancionatórios;

d) investigar os conceitos de vinculação, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados e os seus impactos nas decisões em processos sancionatórios no âmbito de contratos administrativos;

e) analisar os aspectos da decisão administrativa, seja ela vinculada seja discricionária, em processos sancionatórios no âmbito de contratos administrativos que podem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário;

f) observara natureza da decisão submetida ao acordo substitutivo de sanção administrativa e o controle dessa decisão pelo Poder Judiciário.

Os problemas em investigação e os objetivos postos levam à formulação de algumas proposições iniciais como hipóteses para esta pesquisa.

Inicialmente, é possível identificar que há, na legislação brasileira, previsão da substituição da sanção pelo acordo, no ambiente dos contratos administrativos, no art. 16 da Lei nº 12.846, de primeiro de agosto de 2013. Porém, tal hipótese se restringe às situações em que a infração que seria objeto de sanção administrativa é oriunda de prática corruptiva. Quanto às demais hipóteses de aplicação de sanção administrativa, em relação às quais não há prática corruptiva constatada, entende-se que é possível a substituição da atividade sancionatória em contratos administrativos por acordos, por duas razões: (1ª) a finalidade da atividade sancionatória em contratos administrativos não é a aplicação do binômico infração-castigo, mas sim evitar que a irregularidade ou ilegalidade se repita ou se perpetue, mantendo-se a regular execução do contrato administrativo; (2ª) os princípios constitucionais e as normas gerais que tratam de acordos substitutivos de atos administrativos, no direito brasileiro, dão suporte à celebração de acordos em substituição à sanção, em especial as previsões do art. 26, da Lei nº 13.655, de 2018 e artigos quinto e 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Quanto à natureza da decisão administrativa de substituir a sanção pelo acordo, formulou-se, inicialmente, a hipótese de que tal decisão seria discricionária, mas a negativa do acordo deve ser devidamente motivada. A hipótese sofreu alterações ao longo do desenvolvimento da pesquisa e, embora não tenha sido totalmente refutada, foi adaptada aos resultados alcançados. A hipótese inicial de que existiria direito público subjetivo ao acordo, de forma apriorística e genérica, foi refutada no desenvolvimento da pesquisa.

A hipótese levantada, portanto, é que há, no direito brasileiro, princípios e regras que impõem a preferência pelo acordo em detrimento da sanção. O afastamento do acordo, quando a legislação o oferece como possibilidade, não se trata de uma decisão baseada meramente em conveniência e oportunidade da Administração, devendo ser definidos parâmetros para que essa decisão seja tomada.

Destacam-se duas variáveis principais que colaboram no desenvolvimento da presente pesquisa. A primeira variável independente diz respeito à análise da

natureza e finalidade das sanções administrativas no Estado Democrático de Direito. Tal variável propiciará a análise da aplicabilidade dos acordos em substituição à sanção em contratos administrativos, já que a natureza e a finalidade da sanção são fatores determinantes para direcionar a decisão entre aplicar a sanção ou realizar o acordo.

A segunda variável independente da pesquisa é a caracterização do controle da decisão administrativa discricionária e vinculada. Essa variável auxilia na indagação da existência de liberdade administrativa nas hipóteses de substituição da sanção por acordos no âmbito de contratos administrativos e o controle pelo Poder Judiciário.

Quanto ao marco teórico, este estudo se fundamenta no modelo de atuação administrativa baseada no consenso em superação ao ato administrativo unilateral, tal como exposto na seção 1.1 desta tese. Assim, parte-se da premissa de que o atual Direito Administrativo busca prestigiar o consenso em detrimento da unilateralidade, a partir do paradigma de democracia participativa surgido com o Estado Social Democrático de Direito.

O modelo de administração pública concertada ou contratualizada, adotado como referencial teórico da presente pesquisa, estabelece que a decisão administrativa por acordos deve ser, preferencialmente, adotada em detrimento do ato administrativo unilateral. Não se trata do abandono da unilateralidade, mas da utilização do consenso como regra geral para as decisões administrativas. Adota-se, como marco teórico da pesquisa, a definição de contratualização da Administração utilizada por Eurico Bitencourt Neto, em que se denota o surgimento na Administração Pública atual de um conceito abrangente de contratualização, com a criação de uma “cultura contratual”:

Se a contratualização conhece grande expansão na atualidade, em que se privilegia o acordo e a persuasão em detrimento do comando e da imposição, deve-se ressaltar que tal fenômeno não se dá sem que se verifique um esbatimento na noção tradicional de contrato, com um esmaecimento nas balizas que separam o mesmo dos atos unilaterais e de meios menos formais de cooperação: o contrato passa a remeter, para além de um específico instrumento jurídico, a “um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade. Trata-se, em outras palavras, de uma “cultura contratual”.

A contratualização, nesse sentido alargado, que inclui, para além dos tradicionais contratos administrativos e privados, outros meios de consenso de feições menos definidas, passa a funcionar como instrumento de concertação, em inúmeros campos de atuação estatal: por exemplo, na

regulação econômica, na administração da justiça, com as chamadas medidas alternativas no campo penal (plea-bargaining modelo norte-americano, ou composição penal, no francês) e fiscal; a expressão contratualização passa a caracterizar não apenas o recurso ao clássico contrato, mas a opção por vias concertadas de atuação administrativa, em busca da adesão aos objetivos e finalidades da atuação estatal.⁶¹

Assim, esse conceito alargado de contratualização e consensualidade na Administração Pública é que norteará a análise que ora se propõe. A visão da pesquisa estará sempre voltada para a preferência do acordo em detrimento da unilateralidade.

Com base na citada teoria da consensualidade e contratualização da Administração, este estudo parte da premissa de que o indivíduo deve ser partícipe, enquanto sujeito de direitos, das decisões tomadas pelo Estado, sendo necessária a criação de instrumentos que garantam o consenso e a participação na Administração Pública. A unilateralidade deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que a bilateralidade se mostre inviável, e utilizada como exceção e não como regra na Administração Pública.

No que se refere, especificamente, à sanção administrativa contratual, utiliza-se como marco teórico a tese de Maria João Estorninho a respeito da função da atividade sancionatória. A autora defende a natureza dissuasória e instrumental da sanção para compreender que sua finalidade não é propriamente compensar a Administração, mas de obrigar o particular-contratado a cumprir o que foi contratualizado:

A ideia generalizada na doutrina tem sido a de que as sanções típicas do direito contratual privado seriam insuficientes para assegurar as especificidades do contrato administrativo, pelo que a Administração teria sido dotada nesta matéria de significativas prerrogativas exorbitantes. A função principal da sanção nos contratos administrativos é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato.⁶²

Quanto aos setores de conhecimento que compreendem este estudo, trata-se de pesquisa interdisciplinar, pois busca realizar uma coordenação entre o Direito

⁶¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 144.

⁶² ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128.

Administrativo e o Direito Constitucional, tomando como base o regime jurídico administrativo, a partir da Constituição da República de 1988.

No que tange aos processos de estudo, a pesquisa se desenvolve a partir de uma perspectiva crítico-metodológica, tendo como vertente teórico-metodológica de argumentação a dogmático-jurídica.

Quanto aos tipos de investigação, é dada à pesquisa ora proposta abordagem jurídico-descritiva e jurídico-propositiva. É jurídico-descritiva pois busca o aprofundamento e a interpretação do problema proposto em seus diversos níveis teóricos. Ao mesmo tempo, é jurídico-propositiva pois tem como objetivo apontar novos parâmetros de controle do acordo substitutivo da sanção administrativa em contratos administrativos.

Além disso, a pesquisa parte da legislação brasileira atual, porém não se limita a ela. Por isso, seu caráter propositivo, na medida em que seus resultados poderão ser utilizados para balizar interpretações de novos instrumentos de consensualidade, que ainda possam surgir, referentes à substituição da sanção pelo acordo no âmbito das contratações públicas.

Os dados utilizados na pesquisa são, em sua maioria, de natureza secundária, com consulta a fontes bibliográficas, buscando a compreensão do tema a partir de outras pesquisas já feitas. Para tanto, fez-se a seleção de pesquisas que abordam o tema a partir do marco teórico escolhido, a saber, o princípio da consensualidade e da contratualização da Administração Pública. Buscou-se, sobretudo, analisar pesquisas desenvolvidas no Direito Europeu sobre o tema da contratualização da Administração Pública. Já no que tange ao tema da sanção administrativa e sua substituição pelo acordo, buscaram-se estudos baseados na Escola de Oxford sobre acordos de leniência.

O desenvolvimento da tese se dará em sete seções, sendo a primeira esta introdução.

Na seção 2, será analisada a evolução das teorias dos contratos administrativos e o fenômeno da contratualização da Administração, bem como o surgimento dos meios alternativos de solução de conflitos contratuais na Administração Pública. Será feita a análise de como é o tratamento atual da doutrina a respeito das distinções entre contratos administrativos e contratos regidos pelo Direito Privado, bem como da atual regulação dos contratos administrativos no Brasil.

Ainda na seção 2, será analisada a compatibilidade do princípio da indisponibilidade do interesse público com a contratualização da sanção administrativa.

Na seção 3 será abordada a teoria geral das sanções administrativas, a finalidade da sanção e sua aplicação nas sanções administrativas decorrentes de infrações em contratos administrativos. Será feita abordagem sobre a finalidade das sanções administrativas, a teoria da regulação responsiva e a aplicação destes conceitos ao regime jurídico das sanções administrativas no Brasil. Também serão analisadas as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo sancionador no Brasil e sua aplicação às sanções decorrentes de infrações em contratos administrativos.

Na seção 4 serão analisados os princípios da legalidade e da tipicidade das sanções administrativas e a problemática da flexibilização dessa tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, bem como sua comparação com as normas penais em branco. Além disso, serão feitas análises dos conceitos de discricionariedade, vinculação e conceitos jurídicos indeterminados na aplicação das sanções, bem como a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário. Serão analisadas as sanções administrativas nos contratos administrativos e a sua finalidade, bem como o regime legal dessas sanções no Brasil. Nesta seção, serão abordadas, ainda, as discussões mais recentes a respeito da vinculação dos atos administrativos à legalidade, os espaços de escolha deixados ao administrador e os limites de tal discricionariedade. A análise da discricionariedade faz parte do eixo central da pesquisa, já que se discute a respeito da existência de seu alcance na celebração de acordos substitutivos da sanção.

Na seção 5, serão analisados os acordos substitutivos de atividade sancionatória em contratos administrativos. Para tanto, será feita uma breve abordagem dos diversos acordos substitutivos de sanção no Brasil para, então, se analisar a legislação pátria a respeito dos acordos substitutivos de sanção em contratos administrativos: hipóteses em que é possível essa substituição; princípios e legislação que lhe dão suporte e o método como se dá esse processo decisório. Será analisado, também, se é possível identificar, no Brasil, uma autorização geral para a celebração de acordos em substituição ao ato administrativo unilateral e à sanção administrativa, à semelhança do que ocorre em outros países, como Itália e Espanha. Também serão analisadas as justificativas que levam à opção pelo acordo, em substituição à sanção unilateral, bem como o conteúdo do acordo, analisando-se o

que deve ser objeto de negociação quando a Administração resolver substituir a sanção pelo acordo. Será abordado, ainda, o regime jurídico desses acordos substitutivos de sanção e as dificuldades que se enfrenta na celebração desses acordos, em especial a resistência de parte da doutrina em admiti-los.

Os acordos substitutivos da sanção existem em diversas outras áreas do direito, em especial no Direito Penal com a chamada “delação premiada”. Também no âmbito do Direito Público há exemplos de acordos substitutivos da sanção administrativa, como é o caso dos acordos substitutivos de sanções disciplinares dos servidores públicos, acordos substitutivos, no âmbito do direito regulatório, conforme já se expôs anteriormente. No presente caso, os esforços foram concentrados no estudo dos acordos substitutivos da sanção administrativa, no âmbito dos contratos administrativos, como corte metodológico necessário para o desenvolvimento do estudo, para que, então, pudessem ser definidos os princípios e as normas à luz dos quais deve ser feita a análise pela Administração Pública.

Já na seção 6, será analisada a decisão que opta por celebrar o acordo ou por aplicar a sanção unilateral, para verificar, com base nos parâmetros traçados ao longo da tese, se essa é uma decisão discricionária ou vinculada. Nesta seção será analisado, também, o conceito de direito público subjetivo e sua existência na opção feita pela Administração entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção administrativa. Além disso, serão abordados os critérios que podem balizar a tomada de decisão pela Administração, em especial o princípio da eficiência, da proporcionalidade, a autovinculação da Administração aos precedentes administrativos e o critério da preservação dos pactos administrativos. A partir dessas definições e critérios, serão analisados os direitos dos particulares nesse processo de substituição do ato administrativo unilateral sancionador pelo acordo, bem como a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário desta decisão administrativa.

Enfim, na sétima seção, serão apresentadas as conclusões da pesquisa. O resultado do estudo aponta a existência de parâmetros para a Administração no processo de tomada de decisão entre o acordo e a sanção unilateral. Na linha do marco teórico escolhido, o resultado conclui pela preferência do acordo substitutivo de sanção administrativa, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, em matéria de contratos administrativos e a possibilidade de controle, por parte do Poder Judiciário, quando não forem observados os parâmetros adequados para o processo de tomada de decisão.

O tema dos acordos administrativos e o controle das decisões da Administração Pública estão na linha de frente dos debates no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Enfrentá-los de forma conjunta impõe a necessidade de constante aprimoramento das conclusões apresentadas, o que demonstra a incompletude do trabalho que se apresenta. Pretende-se, no entanto, lançar luzes para se garantir maior segurança jurídica para ambas as partes, Administração e particulares contratados, bem como atendimento ao interesse público no processo de escolha do melhor caminho a ser seguido quando da ocorrência de infrações administrativas contratuais.

2 MEIOS CONSENSUAIS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

2.1 Classificação dos meios consensuais de atuação da Administração Pública: contratos e acordos administrativos

Conforme mencionado na seção 1, o desenvolvimento da ideia de consensualidade é paralelo ao incremento dos métodos de participação do cidadão nas decisões administrativas.⁶³ Essa constatação se insere no contexto da democracia participativa que se desenvolve no bojo do Estado Social Democrático de Direito. De igual modo, a resolução dos conflitos de forma negociada surge em contraposição ao modelo de Administração Pública imperativa e unilateral do Estado Liberal.

Fala-se, inclusive, em uma nova Administração Paritária, por intermédio da qual se busca superar a ideia de “mais valia” jurídica em favor do Estado. Segundo Pedro Machete, no âmbito do Estado de Direito tanto Administração Pública quanto cidadãos se submetem à lei e ao direito, sendo que o Estado somente pode exercer os poderes que lhe tenham sido concedidos pelo ordenamento jurídico. Ou seja, Administração e cidadãos estão, de igual modo, submetidos à lei e ao direito. Isso não significa afirmar que a Administração esteja em situação de equilíbrio com o particular, com faculdades idênticas, mas sim que ela só possui as prerrogativas que lhes sejam outorgadas pela Lei, não havendo em seu favor uma “omnipresente supremacia”.⁶⁴

Segundo o entendimento de Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, pode-se dizer que o aludido princípio da consensualidade e, portanto, o comportamento consensual e concertado da Administração é o gênero dentro do qual estão inseridos tanto atos administrativos unilaterais quanto contratos e acordos.⁶⁵ O

⁶³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266.

⁶⁴ “A ideia de uma paridade jurídica cidadão-Estado não deve suscitar equívocos. O que está em causa é a diferença entre a perspectiva autoritária em que o cidadão se encontra sistematicamente numa posição e subordinação à Administração, entendida esta como uma realidade dotada de uma “mais-valia” jurídica – justamente a natureza de poder – que legitima a supremacia das suas decisões, de tal modo que, por princípio, aquelas valem por si mesmas; e uma perspectiva de legalidade democrática em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos; aquela e estes estão, todos, e em igual medida, subordinados à lei e ao direito”. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 457- 458.

⁶⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 467.

ato, ainda que unilateral, quando é produto de negociação e concordância entre as partes, também pode ser considerado consensual.

No mesmo sentido, Frederico Nunes de Mattos defende que consensualidade é conceito amplo, dentro do qual se inserem várias formas de atuação concertada da Administração, em especial a contratualização da Administração. A consensualidade, por ser forma de atuação mais ampla da Administração, engloba, também, outros meios de colaboração do cidadão nas decisões administrativas, incluindo “todas as manifestações jurídicas que buscam, de alguma forma, afastar a unilateralidade e o autoritarismo da atuação administrativa.”⁶⁶ Assim, entre as atividades consensuais “não unilaterais” da Administração estão os acordos e os contratos.

Antes de avançar no estudo pormenorizado dos dois fenômenos de manifestação do princípio da consensualidade, objeto deste trabalho (contratos administrativos e acordos substitutivos de sanções administrativas), é preciso destacar as classificações e definições atuais, dadas pela doutrina, do que se classifica como sendo contrato administrativo e acordo. Conforme alerta Fernando Dias Menezes de Almeida, a nomenclatura não tem o condão de mudar a natureza das coisas, mas é necessário que se definam, claramente, os conceitos para que se faça uma “comunicação coerente” e se possa entender os efeitos jurídicos que advêm de uma ou outra classificação.⁶⁷

Patrícia Baptista discorre sobre a diferença entre acordos consensuais e contratos, especialmente no que se refere ao caráter patrimonial das obrigações. Enquanto o contrato possui essa característica, nos acordos elas não são essenciais. Os acordos decorrentes do consenso são uma “técnica de administração”, e não, necessariamente, um “intercâmbio de relações patrimoniais”.⁶⁸ Apesar dessa

⁶⁶ MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 30.

⁶⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 202.

⁶⁸ Destaca-se que para Patrícia Baptista a consensualidade não se confunde com contratualização. Embora sejam figuras vizinhas, que se situam no âmbito das parcerias celebradas pela Administração, são institutos diferentes. Nesse sentido: “Entre as formas de consenso e os contratos existem algumas diferenças sensíveis, que justificam o desenvolvimento de uma categoria específica para as primeiras. Ao contrário dos contratos, não é essencial nos acordos, por exemplo, o caráter patrimonial das prestações avençadas. Os acordos estabelecidos em relações consensuais prescindem de preocupação negocial ou econômica, o que não significa que as repudiem, mas apenas que não necessariamente o consenso deva envolver matéria de interesse patrimonial ou econômico. Os acordos, assim, representam muito mais uma técnica de administração, ‘no sentido jurídico desta expressão’, do que uma forma de intercâmbio de prestações patrimoniais”. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 274.

característica distintiva, a autora também aponta que ambos (contratos e acordos) possuem em comum a ausência de igualdade entre as partes. A Administração, como tutora do interesse público, permanece detentora de prerrogativas que lhe são outorgadas pela Lei, como a autotutela, que lhe coloca em situação de desigualdade em relação ao parceiro privado. Por não se tratar de uma relação sinalagmática, a regulação de ambas (contratos e acordos consensuais) encontra amparo no Direito Público.⁶⁹

No mesmo sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida, ao tratar da influência do modelo francês de contratos administrativos no Direito Italiano destaca a diferença na Itália entre acordos e contratos administrativos. Com base na teoria de Sabino Cassese, o autor destaca a utilização do termo “acordo” como gênero e como espécie. Como gênero, abrange todo tipo de “módulos convencionais” da Administração. Todavia, como espécie, ele se diferencia do contrato pela existência, nesse último, da relação jurídica patrimonial. O acordo, por outro lado, se caracteriza “pelo envolvimento de um aspecto diverso do patrimonial, importando exercício de poderes administrativos sobre ‘bens subtraídos da circulação jurídica comum’”.⁷⁰

A diferença entre contratos e acordos, segundo o autor, também é destacada por Sabino Cassese:

Segundo Baptista, acordos (em sentido estrito) e contratos se diferenciam por três elementos principais: a) contrato é produto do exercício do poder negocial da Administração; já os acordos tratam de objetos subtraídos à livre circulação, sujeitos a um regime funcional público; b) no acordo, o interesse público é intrínseco ao seu objeto; já no contrato, não se pode afirmar que o interesse público seja a causa do negócio em si considerado; c) no contrato, ressalta-se o sentido de “lei entre as partes” e de “pacta sunt servanda”, ainda que com eventuais exceções por força de leis específicas (ex: quanto à rescisão unilateral); já o acordo pressupõe a discricionariedade da decisão administrativa envolvida em “uma determinada comparação e ponderação dos interesses públicos e privados em jogo” e, sendo próprio do poder discricionário sua “inexauribilidade”, abre-se a possibilidade da alteração ou mesmo da rescisão unilateral do acordo, ressalvada a indenização por eventuais prejuízos à parte privada (Lei n. 241/90, art. 11, 4)⁷¹

Nesta pesquisa, a utilização dos termos “contrato administrativo” e “acordo administrativo” serão utilizados na mesma linha proposta por Patrícia Baptista e Fernando Dias Menezes de Almeida. Serão tratados como contratos administrativos os instrumentos destinados a regular relações patrimoniais (tratados na seção 2.2),

⁶⁹ Idem, p. 277.

⁷⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.196.

⁷¹ Idem, p. 196.

reservando-se a denominação “acordos administrativos” em sentido estrito àqueles instrumentos que regulam relações que não estão disponíveis à circulação comum, nisso se enquadrando os acordos substitutivos de ato administrativo (tratados na seção 2.4).

Fernando Dias Menezes de Almeida promoveu sistematização dos meios consensuais de atuação da Administração no Direito Brasileiro. De início, o autor esclarece sobre a utilização da expressão “módulos convencionais” em lugar de contratos, para que se possa reunir num só gênero os contratos tradicionais e os novos tipos contratuais, conforme pontificam Sabino Cassese e Odete Medauar.⁷² Assim, o gênero “módulos convencionais” admite algumas espécies:

Os verdadeiros módulos convencionais podem abranger tanto (i) casos em que uma nova situação jurídica (subjéctiva ou objectiva) é criada, necessariamente a partir do acordo de vontade das partes envolvidas; como (ii) casos em que a Administração teria poder unilateral de decisão para criar uma nova situação jurídica, independentemente do acordo de vontades, mas decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades.⁷³

Quanto aos **módulos convencionais que criam situação jurídica nova** a partir do acordo, o autor os subdivide em: módulos convencionais de cooperação; módulos convencionais de concessão e módulos convencionais instrumentais.

Os módulos convencionais de cooperação têm como elemento essencial a inexistência de prestações contrapostas. São exemplos desses módulos de cooperação os convênios, os consórcios públicos, os contratos de repasse, os termos de parceria entre outros.

Os módulos convencionais de concessão, por sua vez, abrangem os chamados contratos de concessão, englobando as concessões e permissões de serviço público (regidas no Brasil pela Lei nº 8.987, de 1995); as parcerias público-privadas (regidas pela Lei nº 11.079, de 2004); as concessões urbanísticas, bem como as concessões de uso ou de exploração de bem público.⁷⁴ Para o autor, esses contratos são os que possuem maior incidência do Direito Público, logo que o serviço público é inerente à ideia de Estado e está excluído da titularidade privada.⁷⁵

⁷² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012., p. 198.

⁷³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 238.

⁷⁴ Idem, p. 261-262.

⁷⁵ Idem, p. 241.

Já os módulos convencionais instrumentais são aqueles utilizados para as contratações instrumentais (atividade-meio) para a realização da finalidade pública, assim considerados os contratos: de obras, de serviços, de compras, de alienações, de locações, atualmente regidos pela Lei nº 8.666, de 1993 e, mais recentemente, pela Lei nº 14.133, de 2021;⁷⁶ gestão de bens públicos; contratos de direito privado da Administração; contratos de prestação de atividades econômicas pela Administração e os contratos de trabalho.⁷⁷ Segundo o autor, os objetos desses contratos são os que menos se aproximam da matéria própria do Direito Administrativo e deveriam receber tratamento semelhante ao do Direito Civil.⁷⁸

Por fim, o autor trata dos **módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração**. O objetivo desse módulo convencional é o de pacificação das relações a partir “do respeito à confiança e à palavra dada”, bem como garantir agilidade na solução do conflito. Nesse caso, há a criação de uma “situação jurídica subjetiva” que cria obrigações para a Administração Pública e para o particular. Como se trata de acordo para substituição do ato unilateral, restando frustrada a negociação, caberá à Administração valer-se do respectivo ato administrativo unilateral.⁷⁹

A sistematização feita pelo autor deixa clara a existência de um gênero “módulo convencional” que corresponderia a todo acordo de vontades de que a Administração Pública faz parte. Desse, decorrem as espécies apresentadas. Os acordos substitutivos de ato administrativo estão, portanto, inseridos dentro do gênero “módulos convencionais”, enquadrando-se como acordo de vontades entre Administração e particulares, mas apartados dos contratos administrativos propriamente ditos (módulos convencionais criadores de situação jurídica nova, a saber, módulos convencionais de cooperação, de concessão e instrumentais).

A presente tese enfrenta o tema dos acordos substitutivos de sanção administrativa decorrente de inadimplemento de contrato administrativo. Portanto, dos módulos convencionais destacados pelo autor, cumpre analisar nesta seção os módulos convencionais instrumentais e os módulos convencionais de concessão,

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago.2021.

⁷⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 284.

⁷⁸ Idem, p. 285.

⁷⁹ Idem, p. 297-298.

espécies de contratos administrativos nas quais nascem relações jurídicas que podem dar origem à aplicação das sanções administrativas a serem substituídas pelo acordo. Da mesma maneira, buscar-se-á situar nesse contexto os acordos substitutivos de ato administrativo unilateral como espécie de módulos convencionais, assunto que será abordado com mais profundidade nas seções 5 e 6, visto se tratar do objeto central da tese. Não serão analisados, exceto para situá-los no contexto do estudo, os chamados “módulos convencionais de cooperação.

Portanto, nesta seção será feita a análise, de forma separada, dos módulos convencionais de atuação da Administração, abordando, inicialmente, os contratos administrativos (módulos convencionais instrumentais e módulos convencionais de concessão) para, na sequência, analisarem-se os acordos substitutivos de ato administrativo unilateral (ou módulos convencionais substitutivos de ato administrativo unilateral).

A sistematização é necessária para que se possa distinguir a natureza de cada um dos módulos convencionais. Ambos representam uma forma de atuação convencional, contratualizada ou consensual da Administração. Porém, os módulos convencionais instrumentais e de concessão estão na definição restrita de contratos, os quais assim se qualificam pela natureza patrimonial. Já os módulos convencionais substitutivos de atos administrativos regulam relações que não estão disponíveis à circulação comum.

A sistematização não tem como objetivo apartar regimes jurídicos dos módulos convencionais. Busca-se somente enquadrar cada instrumento consensual de acordo com sua finalidade. Nesse sentido, a falta de regulamentação do regime jurídico dos acordos substitutivos de sanção pode atrair muitas das regras aplicáveis aos contratos administrativos, conforme se verá nas seções finais, em que se abordará o tema de forma mais aprofundada.

2.2 Contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração: diferenças e similitudes

A atuação do Estado foi historicamente marcada pela predominância da unilateralidade dos atos administrativos, conforme já descrito. A opção pela bilateralidade e pela atuação consensual surge, de maneira mais expressiva, no período do Estado Social ou Estado Providência, momento em que a celebração de

parcerias com o privado se torna essencial para o desenvolvimento das políticas públicas e de infraestrutura. As soluções contratualizadas passam a ocupar espaços antes reservados unicamente ao ato administrativo. Nesse sentido, Eurico Bitencourt explica que o Estado Social promoveu intensa contratualização da atividade administrativa.⁸⁰ Isso fez com que a Administração passasse a adotar métodos mais flexíveis de “coordenação e harmonização” em muitas de suas áreas de atuação.⁸¹

Segundo Maria João Estorninho, essa ideia de associação entre Estado e particular só se desenvolveu, verdadeiramente, a partir do século XIX. A pactuação da Administração com particulares surge quando ela necessitava de obras e de fornecedores e, não podendo fazer por si mesma, teve que recorrer ao mercado.⁸² Após esse período, conforme destaca a autora, a Administração jamais deixou de contar com a participação do particular na busca pela satisfação das necessidades coletivas.⁸³

Os contratos são institutos utilizados de maneira difundida no direito privado, espaço em que predomina a ideia de bilateralidade e de relação jurídica sinalagmática. Ao encampar a figura contratual, o Direito Administrativo enfrenta o desafio de compreender se, sendo a Administração parte subjetiva do contrato, será ele regido pelo direito público ou pelo direito privado.⁸⁴

No Brasil, segue-se a linha do Direito Administrativo Francês, fazendo-se a distinção entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos.⁸⁵ Os primeiros são assim estabelecidos pela legislação como contratos mais próximos ao direito privado e que, por isso, baseiam-se de forma mais

⁸⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa. **Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 140.

⁸¹ Ibid, p. 147.

⁸² ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53.

⁸³ Idem, p. 54.

⁸⁴ “Entramos em seguida no estudo detido dos dois tipos contratuais da Administração que temos caracterizado em primeiro lugar no parágrafo anterior, os chamados contratos administrativos e os contratos privados da Administração, com um e outro, como já temos advertido, a Administração atua no mercado de bens e serviços, intercambiando prestações com os administrados e com empresas especializadas, mas a primeira questão a examinar é o porque dessa distinção de duas figuras contratuais diversas; o qual remete a considerar o sentido da categoria de ‘contrato administrativo’ como distinta e singular com respeito à utilização pela Administração dos esquemas contratuais comuns, regulados no Direito Civil.” ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 597.

⁸⁵ “Conforme a tradição francesa, os autores brasileiros usam distinguir, no gênero contratos da Administração, ou contratos celebrados pela Administração, as espécies contratos administrativos propriamente ditos (de Direito público) e contratos de Direito privado.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 226.

intensa nos seus princípios. Já os contratos administrativos possuem regramento próprio, estabelecido pelo direito público e que garante à Administração determinadas prerrogativas denominadas cláusulas exorbitantes.⁸⁶ Dentre essas prerrogativas, incluem-se as sanções administrativas, objeto de estudo desta pesquisa. Embora as sanções também sejam comuns em contratos entre particulares, o que as torna exorbitantes nos contratos administrativos é sua previsão unilateral, visto que, em favor dos particulares, não são estabelecidas prerrogativas similares.

A questão que agora se coloca se refere à medida dessa exorbitância e se poderia a Administração, também na seara dos contratos administrativos, atuar sob a inspiração de princípios do direito privado, inclusive na celebração de acordos.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que, diferentemente de países que trataram os contratos celebrados pela Administração como contratos comuns, submetidos à jurisdição comum, França e Espanha optaram por distinguir dois tipos de contratos da Administração: (1º) os que seriam submetidos à jurisdição comum e, portanto, seriam regidos pelo direito privado; e (2º) os contratos que seriam submetidos à jurisdição do contencioso-administrativo e, portanto, seriam regidos pelo Direito Administrativo substantivo.⁸⁷

A partir dessa diferenciação, Maria João Estorninho questiona as bases históricas do surgimento da classificação binária entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos. Para a autora, essa distinção não passou de acaso histórico relacionado à divisão, na França, entre contencioso administrativo e jurisdição comum (jurisdição dual). Os autores franceses classificaram os contratos administrativos como aqueles julgados pelo contencioso administrativo e que seriam interpretados conforme os princípios próprios do direito público. Já os contratos de direito privado seriam aqueles submetidos à jurisdição comum e interpretados de acordo com princípios do direito privado.⁸⁸

⁸⁶ “Dentre eles, distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente: a) contratos de Direito Privado da Administração; b) contratos administrativos. Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 572 - 573.

⁸⁷ ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 598.

⁸⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

A autora entende que não há características substanciais que possam sustentar a distinção entre contratos de direito privado e contratos administrativos. A conclusão é no sentido de que a Administração Pública, ao celebrar contratos, possui prerrogativas especiais que lhe são outorgadas pela legislação, não havendo qualquer diferença quando a legislação outorga prerrogativas a uma das partes no direito privado. Ou seja, havendo previsão legal para a presença de cláusulas que outorguem à Administração Pública prerrogativas especiais, não haveria qualquer incompatibilidade com o regime jurídico de direito privado que, por vezes, também outorga a particulares prerrogativas nesse sentido na celebração de contratos. Assim, a existência de prerrogativas especiais outorgadas por lei a uma das partes não justifica a dualidade até então defendida, em especial pelos franceses.⁸⁹

Ao defender a similitude entre contratos administrativos e contratos de direito privado, a autora sustenta que é perfeitamente possível a imposição unilateral de poderes de um dos contratantes a outro até mesmo no direito privado. Explica que o Direito Civil admite diversas hipóteses nesse sentido e, mesmo que não haja previsão expressa, é possível que essa regra seja pactuada entre as partes. Se os poderes unilaterais advêm da lei ou do pacto, não haveria nenhuma diferença marcante para os contratos administrativos. Somente quando tais poderes existirem independentemente de previsão legal é que se poderia reconhecer alguma diferenciação, o que deve ser, todavia, evitado.⁹⁰

⁸⁹ “Colocada a questão desta forma é fácil concluir que só em relação a este último aspecto se verificam divergências entre o regime jurídico privado e o do contrato administrativo. O único aspecto que pode ainda eventualmente ser considerado exorbitante, em relação ao Direito Privado, já não é a possibilidade de introduzir modificações às cláusulas contratuais, nem sequer a faculdade de o realizar de forma unilateral, mas apenas o facto de a Administração o poder fazer independentemente de previsão legal ou acordo das partes. A este problema voltarei posteriormente, mas quero, desde já, chamar a atenção para o facto de a doutrina associar sempre este ‘jus variandi’ aos contratos administrativos de colaboração subordinada e de longa duração. Afirmando que é com fundamento nesse pacto de colaboração do particular e devido ao facto de a execução do contrato ser prolongada no tempo e, assim, sujeita às mais variadas vicissitudes, que se justifica a atribuição à Administração de tal prerrogativa. Ora, é precisamente nesses mesmos casos, de contratos de execução prolongada no tempo e nos quais uma das partes se compromete a colaborar com a outra através de um pacto de subordinação, que a própria lei civil também prevê a possibilidade de imposição unilateral de modificações às cláusulas contratuais.” ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 138.

⁹⁰ Todos esses autores partem da ideia de que quanto ao conteúdo, os poderes da Administração não diferem do dos particulares e que o que é específico é o facto de ela os poder exercer de forma unilateral e executória. Entende-se que é compatível com o Direito Privado o exercício unilateral desses poderes por um dos contraentes, impondo a sua vontade ao seu parceiro contratual. Há normas de Direito Civil que, especificamente, contemplam essa possibilidade e, nos demais casos, isso é perfeitamente admissível ao abrigo da autonomia privada das partes. O que me parece específico é apenas o facto de a Administração ser dotada dessa possibilidade independentemente de previsão legal. Curiosamente, a tendência parece ser a de evitar essa situação e negar, nos casos duvidosos, tal poder à Administração.” *Ibid.*, p. 147.

No mesmo sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez sustentam que a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado é exclusivamente processual e não possui transcendência no plano material ou substancial.⁹¹ Todavia, foi essa atribuição de competência aos tribunais de contencioso-administrativo que iniciou o processo de substantivação do contrato administrativo, que passa a ser previsto como categoria especial e regida pelo Direito Administrativo.

Os autores destacam que essa substantivação prevalece até a atualidade no Direito Administrativo Francês e Espanhol. Aplicam-se aos contratos administrativos regime de Direito Público, dando-lhes tratamento singular e distinto dos contratos de direito privado. Como consequência, outorgam-se prerrogativas à Administração contratante (cláusulas exorbitantes), as quais são consideradas, até mesmo, implícitas na falta de previsão expressa, bem como submete-se o contrato à jurisdição do contencioso administrativo.⁹²

Advertem, porém, que continua sendo objeto da crítica revisionista a prevalência da teoria que preconiza a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado.⁹³ Segundo os autores, a autonomia dos contratos administrativos que se baseia em uma suposta “singularidade radical” do Direito Administrativo, não se sustenta.⁹⁴ No Direito Administrativo aplicam-se as instituições jurídicas gerais, com as adaptações necessárias para a Administração Pública. O que se deve perquirir é a respeito das modulações necessárias, decorrentes da presença subjetiva da Administração Pública, e não a existência de institutos radicalmente diferentes do direito privado.⁹⁵

⁹¹ ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 598.

⁹² Ibid, p. 602.

⁹³ Ibid, p. 603.

⁹⁴ A propósito, nesta mesma linha de que o direito administrativo não deve ser tratado como radicalmente oposto ao direito privado, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva defende que nem mesmo o ato administrativo deve se escorar em pretensas qualidades de “executoriedade”, “imperatividade” ou “obrigatoriedade”. Para o autor, tais efeitos decorrem do exercício de poderes unilaterais de decisão, outorgado pela legislação, o que sequer é exclusivo da atuação administrativa, sendo possível encontrar correspondentes no direito privado. Mais à frente, reforça que o ato administrativo, apesar de unilateral, é em regra partilhado com os particulares. Isso porque as ações administrativas são tomadas no bojo de um procedimento participativo, em que é possível a participação dos privados no processo decisório. Além disso, é o ato administrativo apenas uma das formas de atuação da Administração, ao lado do regulamento e do contrato administrativo. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 569.

⁹⁵ Ibid, p. 603.

Assim, tal como Maria João Estorninho, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que essa distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração tem carácter puramente pragmático. Isto porque os ditos “contratos administrativos”, por possuírem modulação mais intensa dos preceitos de direito administrativo, submetem-se ao contencioso administrativo em virtude de sua especialidade, enquanto os “contratos de direito privado da Administração” permanecem no âmbito da jurisdição comum por não carecerem da especialização própria dos tribunais administrativos.

De igual modo, Agustín Gordillo, ao descrever a evolução da doutrina dos contratos da administração pública, explica que, inicialmente, se interpretava os contratos celebrados pela Administração como contratos submetidos ao direito privado, não havendo que se falar em uma categoria nova de contratos.⁹⁶

Na sequência, o autor destaca o surgimento da teoria que defende a dicotomia entre contratos de direito privado e contratos administrativos. Descreve que os critérios para se estabelecerem as distinções são variados, porém parte-se da ideia implícita de que o contrato civil é o normal e o contrato administrativo a exceção. A excepcionalidade se deve ao fato de que o contrato administrativo se submete, primordialmente, a normas de direito administrativo, sendo que na hipótese de utilização de interpretação analógica, se recorre primeiro ao direito administrativo e somente depois ao direito privado.⁹⁷

O autor aponta a existência de três critérios para que se considere o contrato como administrativo: (1º) determinação da lei; (2º) vontade das partes e (3º) interesse público dos usuários afetados. Segundo ele, o critério da determinação legal é o predominante nos ordenamentos jurídicos atuais, embora tenha restrição espacial e temporal de acordo com a aplicação da respectiva lei.

Já quanto ao critério da vontade das partes, haveria a defesa de que havendo a previsão de cláusulas exorbitantes no contrato, poderia se pressupor que elas seriam acordadas entre as partes, mesmo quando outorguem direitos “exorbitantes” à Administração Pública.

Pelo critério do interesse público dos usuários afetados, o contrato celebrado pelo Estado pode ser considerado administrativo mesmo que não seja submetido a

⁹⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-9

⁹⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-10

uma lei que outorgue a ele poderes especiais e, nem mesmo, que esses poderes tenham sido inseridos por vontades das partes. Porém, ele será considerado contrato administrativo por ter sido a ele entregue a gestão de um determinado serviço público.⁹⁸

Na sequência, Gordillo se posiciona no sentido de que não há apenas duas categorias de contratos da Administração Pública, subdivididos entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos, como entende a doutrina tradicional. Há, na verdade uma gama de contratos, com níveis diferenciados de influência de normas de direito público:

Em suma pensamos basicamente que não há duas categorias de contratos, civis e administrativos, senão toda uma gama, suscetível de classificação, que contempla desde: a) contratos celebrados pela administração em um ritual mais de igualdade jurídica com outro sujeito de direito público ou privado, ou mesmo, b) em situação de desvantagem; ou c) com ligeiras notas de direito público a favor da administração e, por fim, d) contratos em que aparece um aumento de poderes e privilégios estatais. Teríamos assim: a) no primeiro caso, a compra e venda de imóveis; b) em segundo caso, o contrato de crédito externo; c) em terceiro, o subsídio, a subvenção; d) em quarto caso, locação e concessão ou permissão de uso do domínio privado ou público do Estado, contrato de fornecimento e de obra pública, relação de emprego público, concessões de obras públicas, concessões e licenças de serviços públicos, contrato de empréstimo público interno. Dito em outras palavras, embora reduzamos a classificação a duas categorias, contratos civis e administrativos da Administração, a segunda espécie é suscetível de subdivisões em atenção a diversos regimes jurídicos dentro do sistema do direito administrativo.⁹⁹

Assim, o autor conclui que não é adequado falar-se apenas em uma divisão binária entre contratos administrativos e contratos civis da Administração. Na verdade, dentro da categoria de contratos administrativos, assim entendidos aqueles submetidos a um regime especial, não há um regime uniforme de preponderância de direito público, não sendo possível identificar as mesmas cláusulas exorbitantes em todos. Haveria, de acordo com o objeto, graus de influência do Direito Administrativo em maior ou menor escala.

No Brasil segue-se, como regra, a vertente francesa de dualidade substantiva para os contratos públicos. Embora não haja dualidade de jurisdição (fundamento que justificou, inicialmente, na França e na Espanha, a divisão dos contratos públicos em duas categorias), a legislação brasileira ainda prevê, e parte da doutrina ainda defende, a existência de contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos.

⁹⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-10

⁹⁹ Ibid, p. XI-14

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra dedicada a discutir a supremacia do interesse público, defende a previsão legal de prerrogativas em favor da Administração nos contratos por ela celebrados. Para a autora, o conceito de contrato não está vinculado à concepção adotada pelo direito privado, razão pela qual não contraria a teoria geral do direito a existência de modelos próprios na Administração Pública. Assim, é plenamente possível que o Direito Administrativo elabore conceito próprio de contrato administrativo, abrangendo suas várias modalidades, tal como faz o Direito Civil.¹⁰⁰

A autora, por fim, defende a impossibilidade de a Administração Pública e particular estarem em situação idêntica no contrato administrativo. Para ela, a Administração sempre se utilizará de prerrogativas que lhe assegurem o cumprimento do interesse público:

Acho pouco provável que uma autoridade possa abrir mão, previamente, mediante negociação com o particular, dos poderes de alterar ou de rescindir o contrato unilateralmente, ou dos poderes de fiscalizar e punir. São poderes que, mesmo em caso de omissão no contrato, não podem deixar de ser exercidos se o interesse público o exigir. São poderes irrenunciáveis pela Administração Pública como parte no contrato. Por outras palavras, a flexibilização é possível na definição do objeto do contrato e na forma de execução, mas não no que diz respeito às cláusulas tipicamente exorbitantes.¹⁰¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a doutrina brasileira é praticamente unânime em reconhecer no contrato administrativo as características traçadas pelo Direito Administrativo Francês.¹⁰² O autor reconhece a existência das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e destaca serem elas incomuns no âmbito do Direito Privado, quando não inadmissíveis.¹⁰³ Em contrapartida, o contrato administrativo preserva, por força constitucional, a garantia da intangibilidade das cláusulas econômicas do contrato administrativo.¹⁰⁴ O aludido autor defende a existência dos dois tipos de contratos administrativos: os contratos de direito privado da Administração e os contratos administrativos.¹⁰⁵

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 402.

¹⁰¹ Ibid, p. 410.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 575.

¹⁰³ Ibid, p. 579.

¹⁰⁴ Ibid, p. 579.

¹⁰⁵ Ibid, p. 578.

Segundo o autor, a presença de “cambiáveis imposições de interesse público” é a característica que define os contratos administrativos. Ou seja: a presença de um regime jurídico administrativo que outorga à Administração prerrogativas especiais, as quais estão presentes nas relações contratuais travadas pelo Estado.¹⁰⁶

Para alguns contratos, porém, o autor nega a natureza contratual. Os contratos que envolvem prestação de serviço público pelo particular não se coadunariam com a natureza contratual, visto que se trata de um bem “extra commercium”. Seguindo a teoria de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, destaca que os poderes exercidos pela Administração nada têm de contratuais. Seriam atos unilaterais e prescindiriam de cláusulas específicas que outorguem poderes à Administração. Seriam, pois, insuscetíveis de transação e de contratualização.¹⁰⁷

A defesa de Celso Antônio Bandeira de Mello tem ligação com a dogmática publicista do Direito Administrativo, capitaneada por Otto Mayer e defendida, também no Brasil, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com base na referida teoria, por muito tempo se negou a própria existência de contratos de direito público. Para essa teoria, sendo o Estado detentor exclusivo do Poder Público e, portanto, estando em condições de supremacia, não poderia travar com particulares relações contratuais. O que se admitiria seria a aquiescência do privado na produção de determinados atos administrativos. Trata-se do dogma anticontratalista, cuja superação viabiliza o surgimento das teorias da Administração contratualizada.¹⁰⁸

Ainda no Brasil, Odete Medauar se posiciona de forma mais próxima com o que defende Augustin Gordillo, entendendo que tanto os contratos administrativos clássicos quanto os novos tipos contratuais estão inseridos em um “módulo contratual”.¹⁰⁹ Esse módulo contratual seria formado por vários tipos de contratos, com regimes jurídicos diversos. Nesse caso, a autora elenca alguns módulos contratuais:

a) contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos, como a locação, em que poder público é o locatário; c) figuras contratuais recentes, regidas precipuamente pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos.¹¹⁰

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 577.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 576.

¹⁰⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 138.

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

¹¹⁰ *Ibid*, 262.

Mais adiante, a autora destaca que a presença das cláusulas exorbitantes é necessária para os contratos administrativos na medida em que fogem aos preceitos do Direito Privado. Destaca, inclusive, que as cláusulas exorbitantes são “as notas características dos contratos administrativos, os aspectos essenciais do seu regime jurídico”.¹¹¹ Como pode-se perceber, embora defenda a existência desses módulos contratuais, a autora também adota a distinção dual substantiva entre contratos privados da Administração e contratos administrativos.

Eros Roberto Grau, por sua vez, adota posicionamento mais próximo do que defendem Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, bem como Maria João Estorninho. Para ele, é preciso distinguir o Estado-ordenamento do Estado-aparato. Esse último, que celebra o contrato administrativo, está tão vinculado ao Estado-ordenamento quanto ao particular contratado (em defesa similar ao que defende Pedro Machete a respeito do paradigma da Administração Paritária¹¹²). Portanto, o Estado-aparato (Administração) não exerce atos de autoridade na relação contratual.¹¹³

Destaca o autor que a relação pactuada entre Administração e particular é relação contratual, já que os poderes que a Administração exerce no bojo do contrato decorrem de imposição legal. Ao se negar o caráter contratual dessa relação, estaria se negando, também, a contratualidade a qualquer outra relação jurídica submetida ao chamado dirigismo contratual no Direito Privado, além do que se deveria negar natureza de contrato àqueles dotados de cláusulas padronizadas. A padronização de cláusulas que outorgam prerrogativas à Administração não elimina o caráter de contrato da avença celebrada com os particulares.¹¹⁴

¹¹¹ Ibid, p. 267.

¹¹² MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457 - 458.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014. p.303.

¹¹⁴ “Desejo dizer, com isso, que, embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tomam como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação, v.g.), essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado dirigismo contratual o caráter de contratos. Não seriam contratos, destarte, mesmo os celebrados entre agentes privados em um regime de controle de preços; e também não o seriam aqueles cujas condições de validade dependem de preceitos normativos ou atos administrativos externos à vontade das partes. Da mesma forma, contratos não seriam aqueles dotados de cláusulas padronizadas por ato estatal, dos quais fazem exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro. Nesta última hipótese, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados – tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e como extinto BNH”. Ibid, p. 302.

Fernando Dias Menezes de Almeida adota um conceito abrangente de contrato, ligado à teoria geral do Direito, não sendo adequado tratar o contrato administrativo como exceção ao contrato privado. Baseando-se na teoria do contrato administrativo de Jèze, destaca que a utilização de instrumentos unilaterais em contratos administrativos não é incompatível com o Estado Democrático, porém, o acordo deve ser a regra, adotando-se cláusulas de perfil autoritário no mínimo necessário e, portanto, como exceção. Isso porque o contrato tem como seu elemento essencial o acordo e possui índole eminentemente democrática.¹¹⁵

O autor destaca como um princípio fundamental da teoria de Jèze sobre os contratos administrativos o enunciado do “respeito à palavra dada”. Desse modo, destaca que mesmo diante de cláusulas ditas exorbitantes, a Administração não pode agir de má-fé, utilizando prerrogativas que lhe são garantidas em lei e no contrato para descumprir o compromisso firmado.¹¹⁶ Trata-se do conceito de boa-fé objetiva, existente também no direito privado e que exige das partes mútua colaboração para manutenção do pacto celebrado.

Mais à frente, Fernando Dias Menezes de Almeida, ao apresentar críticas à teoria do contrato administrativo, defende que a utilização de prerrogativas unilaterais é geradora de desconfiança nos particulares. Tais ações unilaterais trabalham contrariamente à ideia de consensualidade.¹¹⁷ Em resumo às suas críticas, destaca o autor:

São decorrências comuns desse modo de pensar alguns pontos que merecem destaque e aprovação:

a) a constatação de que um regime jurídico geral previsto na lei, baseado na versão consolidada da teoria do contrato administrativo, não mais é apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração, havendo que se garantir maior flexibilidade ao administrador, ao moldar concretamente cada contratação – sem que se abra mão da legalidade e do controle do exercício dessa discricionariedade.

¹¹⁵ “Ou seja, não é incompatível com um Estado democrático a existência de um regime de contrato administrativo, marcado por aspectos de unilateralismo próprios de uma produção normativa segundo o princípio da heteronomia. Por outro lado, o simples fato de se estar lidando com a categoria jurídica dos contratos que tem como um elemento essencial de sua estrutura o acordo de vontades, já indica uma tendência original à incidência do princípio da autonomia. Em suma, o contrato já possui, a priori, uma índole democrática, que pode receber, no caso dos contratos administrativos, por exemplo, nuanças autocráticas. Portanto, no contexto de um Estado democrático – isto é, no contexto de um sistema democrático de produção de normas jurídicas gerais -, caso se opte, por justificáveis razões de política legislativa, pela adoção de um regime especial publicístico para os contratos administrativos, há que se atentar para que seja ao máximo preservada a índole democrática do contrato, incidindo no mínimo necessário o caráter autocrático (unilateral) das prerrogativas da Administração.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 153.

¹¹⁶ Idem, p. 145.

¹¹⁷ Idem, p. 324.

b) A percepção de que as prerrogativas tradicionais da Administração no contrato administrativo não são sequer aptas a assegurar a consecução da função administrativa.¹¹⁸

Desse modo, o autor chama a atenção para a impossibilidade de utilização padronizada das prerrogativas da Administração em qualquer convenção envolvendo a Administração. Assim, a utilização das prerrogativas da Administração deverá se dar no caso concreto quando decorrer de circunstâncias que envolvam o objeto da prestação, e não somente pela natureza pública ou privada dos interesses em questão.¹¹⁹ O posicionamento em referência tem relação com a tese levantada também por Augustín Gordillo, no sentido de que há variados graus de influência do regime administrativo em relação aos contratos celebrados pela Administração, não sendo possível falar-se apenas na divisão binária entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração.

Diante do que se expôs, é possível concluir que o contrato administrativo como categoria autônoma surge, nas palavras de Maria João Estorninho, de um acaso histórico. A dicotomia inaugurada na França entre contrato de direito privado da Administração e contrato administrativo se sustentava, inicialmente, apenas na competência jurisdicional para julgamento. Todavia, os julgados do Tribunal Administrativo Francês acabaram por criar um sistema próprio de princípios para interpretação dos contratos a ele submetidos, de tal modo que se criou a substância ou conteúdo de um contrato especial, regido por princípios e normas que passaram a diferenciá-lo dos contratos de direito privado. A diferença básica se concentraria no fato de que o contrato administrativo possui prerrogativas próprias de direito público que, em tese, não encontram correspondência no direito privado.

Porém, há forte tendência na doutrina de Direito Administrativo em reconhecer que a divisão binária “contratos administrativos” e “contratos de direito privado da Administração” não soluciona o dilema de compreender-se a natureza dos contratos celebrados pela Administração e a diferença deles para os contratos de direito privado. Se por um lado é necessário reconhecer que o mero fato de possuir cláusulas exorbitantes não transforma os contratos celebrados pela Administração em uma nova categoria de contratos, por outro lado não se pode deixar de entender que a presença da Administração sempre atrairá a incidência de normas de direito público, em menor ou em maior grau, a depender do objeto contratual.

¹¹⁸ Idem, p. 328.

¹¹⁹ Idem, p. 335.

Assim, é possível se afirmar que a dicotomia entre contratos de direito privado e contratos administrativos não corresponde à realidade da Administração. Entre os contratos ditos administrativos, para os quais há um regime jurídico especial, há graus de incidência das normas de direito administrativo que variam de acordo com o objeto, não sendo possível estabelecer prerrogativas padronizadas que estarão presentes em todos os contratos administrativos. Haverá diferentes graus de influência das prerrogativas a depender do objeto do contrato em questão. Nesse sentido, contratos cujo objeto é a prestação de serviços públicos possuem maior influência de regras de direito público, enquanto aqueles voltados para compras ou terceirização de atividades-meio são mais próximos ao de direito privado.¹²⁰

Outrossim, as prerrogativas outorgadas pela lei à Administração não retiram dos contratos por ela celebrados a natureza de bilateralidade, a qual é inerente ao espírito democrático desse instituto. A utilização de prerrogativas unilaterais (cláusulas exorbitantes), conquanto não sejam incompatíveis com o regime democrático, devem ser reservadas a situações em que sejam justificadamente necessárias, adotando-se como regra geral medidas de natureza consensual, por ser o ambiente dos contratos mais afeto à bilateralidade do que à unilateralidade.

2.3 Regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil

A temática da contratação pública, em âmbito internacional, tem sido alvo de convergência de definições e princípios na busca do combate à corrupção e do aumento da integridade. Princípios como transparência e boa governança têm ganhado papel de relevo em prol do desenvolvimento econômico e da moralidade. Conforme destaca Pedro Costa Gonçalves, entidades como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Organização das Nações Unidas (ONU) têm recomendado formas padrão de contratação pública com o objetivo de tornar o regramento dos contratos da Administração Pública mais homogêneos.¹²¹

¹²⁰ Neste sentido: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 285.

¹²¹ “De certo modo enquadrando estas regulamentações, tem-se assistido, ao nível internacional, a uma convergência na definição de princípios fundamentais da contratação pública e na ideia de que o desenho de regimes legais de contratação orientados por valores de transparência, de concorrência, de integridade e de publicidade promovem o desenvolvimento econômico e a boa governança e representam um poderoso instrumento na luta contra a corrupção. No fomento e na disseminação de uma cultura da contratação pública inspirada em valores e em princípios como os referidos ocupam um lugar de destaque em organizações internacionais, como a ONU ou a OCDE, que adotam recomendações e instrumentos de *soft law* com o propósito de influenciar o desenho dos sistemas de adjudicação de contratos públicos.” GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 48.

De igual modo, algumas organizações internacionais, como é o caso do Banco Mundial e Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Berd), têm imposto aos países por eles financiados a observância de determinados princípios de contratação pública como condição do recebimento do financiamento.¹²²

Nesse mesmo sentido, em 2015, foi publicado pela OCDE documento denominado Recomendação sobre Contratação Pública, por meio do qual indica a adoção de 12 princípios pelos sistemas de contratação pública, a saber: (1º) integridade; (2º) publicidade; (3º) equilíbrio; (4º) participação; (5º) eficiência; (6º) contratação pública eletrônica; (7º) capacidade; (8º) avaliação; (9º) gestão do risco; (10º) supervisão; (11º) responsabilidade e (12º) integração.¹²³ Trata-se da ideia de boa governança ou boa administração, para utilizar a expressão proposta por Juarez Freitas.¹²⁴

A incorporação dessas ideias de aumento de eficiência, de participação e controle no âmbito dos contratos administrativos no Brasil, ainda caminha a passos lentos. A nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, surge no influxo dessas novas orientações internacionais e na tentativa de modernizar as licitações e os contratos administrativos no Brasil. Encontra, porém, um cenário histórico de resistências aos modelos consensuais, em especial no âmbito da solução consensual de conflitos, inclusive em contratos administrativos.

Historicamente, o regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil vem sendo caracterizado pela adoção da matriz francesa, conforme tratado na seção 2.2, incorporando a distinção entre contratos de direito administrativo e contratos de direito privado da Administração. Conforme se verá adiante na presente Seção, porém, esse tratamento dualista, importado do modelo francês sem qualquer adaptação à realidade brasileira, tem dificultado a incorporação de instrumentos consensuais e bilaterais nos contratos administrativos, por inseri-los em um regime jurídico que, em tese, seria incompatível com tais medidas.

¹²² Idem, p. 54.

¹²³ Idem, p. 50.

¹²⁴ “É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 22.

A importação, pelo Brasil, do modelo francês de contratos administrativos é criticada por Fernando Dias Menezes de Almeida. O autor destaca que a dualidade entre contratos administrativos e contratos de direito privado da administração, ainda adotada no Brasil, não se justifica nem mesmo sob o ponto de vista pragmático, pois nele sequer é adotada a jurisdição dual.¹²⁵ O autor ressalta, ainda, que o atual regramento legal de contratos no Brasil equipara, em matéria de prerrogativas, os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração. Desse modo, o critério orgânico passa a ser o único capaz de diferenciar o contrato administrativo.¹²⁶

No sentido do que destaca o autor, pode-se perceber que a Lei nº 8.666, de 1993, consagra o regime de prerrogativas da Administração para os contratos administrativos no seu art. 58, estabelecendo, em favor da Administração, a alteração unilateral dos contratos, sua rescisão unilateral, a prerrogativa de fiscalização, a aplicação de sanções administrativas e a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato em hipóteses cautelares ou em casos de rescisão.¹²⁷

Os contratos de direito privado da administração, por sua vez, estão previstos no art. 62, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993.¹²⁸ No referido dispositivo, há a inclusão de aplicação dos arts. 55 e 58 a 61, bem como demais normas gerais da Lei, “no que couber”. Assim, ao incluir o art. 58 entre os dispositivos aplicáveis aos ditos contratos de direito privado da Administração, a Lei acabou por estender a eles as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, o que, se não elimina, reduz significativamente qualquer distinção entre eles.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho destaca a ausência de diferença substancial no Brasil entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração. Para o autor, de acordo com o regramento estabelecido na legislação, a mera presença da Administração Pública como parte do contrato já altera o regime jurídico aplicável, de modo que o conflito entre regras de direito privado e de direito

¹²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 228.

¹²⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 229.

¹²⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

¹²⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Acesso em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

público se resolverá a favor do direito público. Em sendo assim, é muito difícil criar algum critério que diferencie duas espécies. Em sua visão, a única característica seria o reconhecimento de que, em certas circunstâncias, a Administração necessita se utilizar de instrumentos inerentes ao direito privado, submetidos às regras do mercado, como é o caso do contrato de seguro, de financiamento e de locação.¹²⁹

A diferença que não se pode detectar no regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, aparece de forma mais evidente no regime contratual das empresas estatais estabelecido pela Lei nº 13.303, de 2016.¹³⁰ A referida Lei, em seu art. 68, remete a regulação dos contratos administrativos das empresas estatais ao regime jurídico de direito privado.¹³¹ Nesse sentido, os arts. 72 e 81 somente admitem alteração contratual mediante acordo entre as partes, não sendo prevista a alteração unilateral como prerrogativa da empresa estatal.¹³² O regime sancionatório, porém, mantém-se praticamente idêntico no que se refere ao estabelecimento unilateral das penalidades pelas empresas estatais.

A Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, por sua vez, manteve a previsão a respeito das prerrogativas outorgadas à Administração. Em seu art. 104, traz previsão idêntica das cláusulas exorbitantes antes previstas pela Lei nº 8.666, de

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.p. 1264.

¹³⁰ Quanto à natureza privada dos contratos celebrados pelas estatais, Alexandre Santos Aragão defende: “Em relação às estatais atuantes em competição no mercado a adoção de regimes contratuais privados sempre foi necessária, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, cujo conteúdo foi minudenciado no capítulo anterior. Em outras palavras, como os contratos de Direito Administrativo de forma geral conferem prerrogativas especiais à Administração Pública – as ditas cláusulas exorbitantes – nem mesmo com autorização legal as estatais competitivas poderiam celebrá-los. (...) Em relação às estatais não competitivas, a natureza jurídica dos contratos por ela celebrados, salvo disposição em sentido contrário, também seria privada como derivação da sua personalidade jurídica (igualmente privada), mas lei que disponha em sentido contrário, atribuindo-lhe cláusulas exorbitantes, não violaria o art. 173 da CF, o que, no entanto, como visto no tópico anterior, não é admitido pelo Estatuto das Estatais para qualquer espécie de empresa pública ou sociedade de economia mista”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais. O regime jurídico das emprestas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017. p. 255-256.

¹³¹ “Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.” BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 10 ago.2021.

¹³² “Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar. (...) Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:” BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 10 ago.2021.

1993.¹³³ Por outro lado, a nova Lei não traz previsão a respeito dos contratos de direito privado da Administração, antes estabelecidos no art. 62, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

Conforme defendido anteriormente, seria importante que a nova Lei previsse regime jurídico distinto para os contratos de acordo com o objeto, permitindo-se maior alinhamento com o direito privado para os contratos cuja natureza não demandasse a presença de cláusulas exorbitantes, deixando-se a maior incidência do direito público para os objetos que necessitassem de regulação mais intensa do Direito Administrativo, como é o caso dos contratos de prestação de serviços públicos. Todavia, esse reconhecimento legislativo não foi feito.¹³⁴

No art. 2º a Lei excluiu do seu âmbito de aplicação os contratos cujo objeto seja relacionado a “operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agentes financeiros e a concessão de garantia relacionada a esses contratos”, bem como aqueles regidos por legislação própria. Nesse aspecto, além dos contratos de financiamento, aqueles cujo conteúdo seja detalhadamente regulado pelo Direito Civil Brasileiro podem ser aí enquadrados, uma vez que possuem legislação própria no âmbito do direito privado que os regula.¹³⁵ A diferença para o regime anterior da Lei nº 8.666, de 1993 é que a Lei nº 14.133, de 2021 retirou sua incidência em relação a esses contratos, estando eles, agora, totalmente regulados pela legislação própria.

Portanto, pode-se dizer que na vigência da Lei nº 8.666, de 1993, o legislador brasileiro impôs a incidência das prerrogativas em favor da Administração tanto aos contratos administrativos quanto aos contratos de direito privado da Administração, o que retirava quase que por completo a distinção entre ambos. A Lei nº 14.133, de 2021, porém, não traz expressamente a dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração. Além disso, a nova Lei apenas remete

¹³³ BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

¹³⁴ Neste sentido, destaca Luciano Ferraz: “A atribuição de um regime jurídico mais ou menos publicizado deve ter relação direta com o objeto, a finalidade e o tempo de execução dos contratos – o que poderia ter sido objeto de um reconhecimento legislativo mais explícito na Lei 14.133/2021 e não foi.” FERRAZ, Luciano. *Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania. **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 184.

¹³⁵ No caso do contrato de Locação: BRASIL: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1991. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=lei+de+loca%C3%A7%C3%B5es&cvid=6107bc2f41654e30a20db8ec83e7417e&aqs=edge..69i57j0l4.10968j0j1&pglt=299&FORM=ANNTA1&PC=SMTS> No caso de contrato de seguro, o assunto é regulado pelo Código Civil nos arts. 757- 802. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

os contratos com legislação própria a seu próprio regulamento, não estendendo a eles as prerrogativas da Administração.

Foge ao objetivo desta tese esgotar o assunto das novidades da Lei nº 14.133, de 2021 quanto ao aspecto das prerrogativas contratuais da Administração, assunto que, certamente, merecerá longos debates na doutrina de direito administrativo para o correto delineamento da intenção legislativa. Todavia, não se pode deixar de consignar que a nova Lei traz contrapontos às prerrogativas da Administração em favor dos particulares. É o caso, por exemplo, do art. 137, § 2º, que prevê direito, em favor do particular, de rescisão do contrato administrativo nas seguintes hipóteses: supressão contratual pela Administração acima dos limites legais; suspensão do contrato pela Administração por prazo superior a três meses; repetidas suspensões interpoladas que totalizem 90 dias úteis; atraso de pagamentos acima de dois meses; não liberação de área, local ou objeto nos prazos contratuais.¹³⁶ Percebe-se que se tratam de limites impostos às prerrogativas da Administração, os quais buscam proteger o particular contratado.

No mesmo sentido, a Lei determinou, no art. 92, a obrigatoriedade do edital prever o prazo para resposta a pedidos de repactuação e para reajuste de contratos, estabelecendo o prazo preferencial de um mês, a contar do fornecimento de documentação, a resposta ao pedido de repactuação em contratos de serviços contínuos. Trata-se de garantia estabelecida, em favor do particular, que reforça a contraposição ao regime anterior.¹³⁷

De todo modo, para além dessa discussão a respeito da ausência de diferenças entre contratos da Administração regidos pelo direito privado e pelo direito público na legislação, é possível perceber que a importação do modelo francês de contratos administrativos não levou em conta outras peculiaridades do Brasil. Como destaca Fernando Dias Menezes de Almeida, embora a França possua Poder Executivo forte e centralizado, tal característica é compensada pela existência da Justiça Administrativa, que tem se mostrado, ao longo do tempo, como importante instrumento de combate aos excessos do Poder Executivo.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

¹³⁷ “Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: (...) X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso; XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso; (...) § 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei;” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

Para ele, no Brasil, a adoção do modelo de prerrogativas contratuais acabou por reforçar a “tendência autoritária da Administração.” O autor entende ser essa previsão uma das principais causas da dificuldade em se alterar os dogmas a respeito de contratos administrativos no país.¹³⁸ Na verdade, embora a legislação brasileira de contratos administrativos tenha a previsão de aplicação da teoria geral dos contratos,¹³⁹ ela traz regime publicista tão detalhado, que pouco ou nada resta a ser tratado por regras de direito privado.

Passa-se, em seguida, à análise do regime de prerrogativas previsto para os contratos administrativos no Brasil. Primeiramente, serão analisadas as Leis Gerais de contratos administrativos (Lei nº 8.666, de 1993 e Lei nº 14.133, de 2021); em seguida, será analisada a legislação das contratações de serviços públicos (Leis nº 8.987, de 1995 e 11.079, de 2004); ao final, será abordada a legislação das empresas estatais (Lei nº 13.303, de 2016).

A Lei nº 8.666, de 1993, embora seja qualificada como Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (inclusive aplicando-se subsidiariamente aos contratos de concessão de serviço público e parcerias público privadas), trata essencialmente dos chamados “módulos convencionais instrumentais”, para se utilizar da classificação estabelecida por Fernando Dias Menezes de Almeida. Para o autor, os objetos dos referidos contratos não possuem nenhuma característica que mereça tratamento diferenciado pelo Direito Público, correspondendo a assuntos que, segundo o autor, podem, perfeitamente, ser regulados pelo direito civil.¹⁴⁰

Não foi esse, porém, o tratamento dado pela Lei nº 8.666, de 1993. Conforme já se expôs, o regime de prerrogativas foi por ela incorporado no art. 58. Podem-se identificar as prerrogativas previstas no aludido dispositivo da legislação brasileira em três ideias principais, conforme destaca Fernando Dias Menezes de Almeida:

Tem-se, pois, que o regime especial dos contratos administrativos à francesa, que se mantém até hoje, comporta as ideias de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, mutabilidade do contrato (por certo, com limites) e desigualdade das partes no tocante a medidas inerentes à execução contratual (basicamente um “direito de direção e controle” e um “direito de sanção”).¹⁴¹

¹³⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 230.

¹³⁹ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁴⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 285.

¹⁴¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 188.

Tais contratos possuem natureza de contrato de adesão, intrínseca a instrumento oriundo de licitação cuja minuta segue em anexo ao edital.¹⁴² Assim, não há espaço de negociação de cláusulas no momento da celebração do contrato. Até mesmo a cláusula econômica já é lançada na minuta contratual, deixando-se para o processo licitatório tão somente a definição do preço.¹⁴³ A propósito, audiências públicas prévias à celebração do contrato, que no regime da Lei nº 8.666, de 1993 eram obrigatórias para as contratações acima de 100 vezes o valor da modalidade de licitação concorrência para obras e serviços de engenharia,¹⁴⁴ bem como as consultas públicas, são facultativas na nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133, de 2021), o que elimina a obrigatoriedade de participação pública na fase pré-contratual (mas não a sua possibilidade).¹⁴⁵

¹⁴² Neste sentido, prevê a Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 40 (...) § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

¹⁴³ Segundo o art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, as cláusulas que regulam o pagamento já devem estar previstas desde o momento da elaboração do Edital: “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos,” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 21 de abril de 2020.

¹⁴⁴ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁴⁵ “Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

O modelo contratual da referida Lei é altamente regulado. O art. 55 traz minuciosamente todas as cláusulas que devem conter o contrato administrativo, restando pouco espaço para inovação ou negociação no momento da assinatura do contrato. Até mesmo a celebração de Termos Aditivos não admite maiores inovações, já que o art. 65 elenca hipóteses específicas e exaustivas em que poderá ser celebrado.¹⁴⁶ Trata-se, pois, de ambiente que, embora contratual, é extremamente adverso para a prática de negociações.

No que tange às sanções administrativas previstas nos contratos administrativos, elas estão elencadas pelo art. 58, em seu inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993 como prerrogativas da Administração, sendo que as hipóteses de sanção estão tratadas nos arts. 86 a 88 da referida Lei. Não há, quanto a elas, qualquer menção à celebração de acordo substitutivo ou de método alternativo de solução de controvérsia. Voltar-se-á ao assunto das sanções administrativas na seção 3.

Assim, não é possível identificar, no âmbito dos contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.666, de 1993, instrumentos de soluções consensuais de controvérsias contratuais. A aplicação das prerrogativas da Administração, com amplos poderes de unilateralidade (rescisão, alteração contratual, sanção, condução do contrato) dificulta a existência de espaços de negociação entre Administração e particulares-contratados.

Como estratégia de adaptação às novas inspirações advindas do mercado internacional, conforme se expôs no início desta seção, foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos do Brasil, Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021. A nova Lei mantém boa parte da sistemática já estabelecida pela Lei nº 8.666, de 1993, no que se refere às prerrogativas da Administração. Todavia, ela traz inovações importantes que merecem ser enfrentadas no presente trabalho, visto que servem para suavizar a unilateralidade tão presente na Lei nº 8.666, de 1993, incorporando mecanismos consensuais de solução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos.

Primeiramente, é necessário se esclarecer a respeito da vigência da referida Lei, uma vez que o fechamento desta tese se dá no ano em que se publicou o novo instrumento legislativo. Em seu art. 193, a Lei nº 14.133, de 2021, revogou a Lei nº 8.666, de 1993. Porém, manteve a vigência da Lei nº 8.666, de 1993 pelo prazo de

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

dois anos da publicação da nova Lei. Ocorre que o art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu que durante este prazo de dois anos, estabelecido pelo art. 193, a Administração poderá escolher entre aplicar a nova Lei (nº 14.133, de 2021) ou aplicar a legislação antiga (Lei nº 8.666, de 1993), sendo que para as licitações que forem realizadas com base na Lei antiga o contrato também será regulado por ela.

Portanto, no atual cenário, temos as seguintes situações: (1) os contratos licitados com base na Lei nº 8.666, de 1993, o que poderá ocorrer até 31/3/2021, serão regidos pela Lei nº 8.666, de 1993; (2) contratos licitados com base na Lei nº 14.133, de 2021, mesmo que antes da perda de vigência da Lei nº 8.666, de 1993, serão regidos pela Lei nº 14.133, de 2021; (3) licitações que ocorrerem após primeiro de abril de 2023, obrigatoriamente, deverão ser realizadas por meio da nova Lei (nº 14.133, de 2021), e seus respectivos contratos por ela serão regidos.

A longa exposição a respeito da vigência desta nova Lei é importante para que se constate que a Lei nº 8.666, de 1993, ainda possui relevância significativa a partir da data de fechamento do presente trabalho, o que impõe que ela não seja abandonada. Afinal, se até 31 de março de 2023 é possível a celebração de contratos com base na Lei nº 8.666, de 1993, e ainda, que contratos de prestação de serviços contínuos podem ser prorrogados por um prazo de até 60 meses (art. 57, II da Lei nº 8.666, de 1993), percebe-se que, ao menos em tese, a Lei nº 8.666, de 1993, poderá ser aplicada no âmbito administrativo até 2028. Por isso, não é possível considerá-la no presente trabalho apenas a título de comparativo histórico, mas sim do ponto de vista dogmático.

A Lei nº 14.133, de 2021, como já se viu, manteve a previsão das prerrogativas da Administração tal como estabelecidas na Lei nº 8.666, de 1993. Porém, no que se refere à adoção de técnicas de consensualidade, a Lei contém inovação ao tratar da possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias, nos seus arts. 151 a 154.¹⁴⁷

Nesse aspecto, a lei cita, de forma exemplificativa, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem e restringe a aplicação dos meios alternativos às hipóteses que tratem de direitos patrimoniais disponíveis. Também a título exemplificativo quanto à utilização desses instrumentos, a Lei destaca os casos

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e o cálculo de indenizações.¹⁴⁸

Ainda no que se refere à inserção, na nova Lei, de instrumentos de consensualidade, o art. 5º da Lei nº 14.133, de 2021, ao tratar dos princípios aplicáveis a ela, faz expressa referência ao Decreto-lei nº 4.657, de quatro de setembro de 1942,¹⁴⁹ a qual foi alterada pela Lei nº 13.655, de 2018.¹⁵⁰ Trata-se da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em seu art. 26 (inserido com a alteração de 2018) trouxe a possibilidade de celebração de compromissos com interessados diante da ocorrência de “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”. Na verdade, a inserção expressa da norma na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos abre espaço de discussão quanto à incorporação desses instrumentos de consensualidade na resolução de processos administrativos, no âmbito dos contratos administrativos.

Portanto, no que se refere à incorporação de instrumentos substitutivos da unilateralidade pela consensualidade, a Lei nº 14.133, de 2021 traz duas importantes inovações: (1ª) a possibilidade de utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias, previstos no art. 151 a 154; e (2ª) a incorporação expressa da utilização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pelo art. 5º. Tais inovações representam alteração do paradigma até então seguido pela legislação brasileira de impedir, ou ao menos de não prever, a utilização da consensualidade. Nesses aspectos, a Lei surge mais consentânea com o paradigma da consensualidade adotado como marco teórico desta tese.

O tema dos métodos alternativos de solução de conflitos e a inserção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (e suas respectivas inovações) lançam luzes sobre um novo regramento dos contratos administrativos e a incorporação de técnicas próprias do direito privado, em um espaço tipicamente consensual e contratualizado. A aplicação de tais previsões como métodos consensuais de atuação da Administração no âmbito das sanções contratuais em contratos administrativos será abordada com mais profundidade na seção 5.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

¹⁴⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 abr.2021.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

A Lei nº 14.133, de 2021 não foi a primeira no ordenamento jurídico a prestigiar a consensualidade no âmbito dos contratos administrativos. Antes mesmo do surgimento da referida lei, foi possível detectar o surgimento de novos modelos de contratação, mais afinados com a consensualidade e participação e que procuram diminuir previsões que outorgam prerrogativas para a Administração, buscando-se uma equiparação entre Administração e particulares. Relativamente aos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, foi possível observar evolução nesse sentido.

Fernando Dias Menezes de Almeida qualifica os contratos de concessão de serviços públicos como “módulos convencionais de concessão”. Segundo o autor, esses são os contratos que possuem as características de direito público de forma mais acentuada, já que o conceito de serviço público é inerente ao Estado e excluído da titularidade da iniciativa privada. Além disso, destaca o autor que o estudo dos contratos administrativos historicamente teve seu desenvolvimento especialmente marcado pelo estudo dos contratos de concessão de serviço público.¹⁵¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando George Vedel e Pierre Devolvé, sustenta que tais contratos se desenvolvem sob um duplo aspecto: de um lado, uma empresa privada que visa o lucro e que tem sua organização, estrutura e relações com terceiros regidas pelo direito privado; de outro lado, a mesma empresa se torna prestadora de serviços públicos e passa a ser submetida inteiramente ao direito público, com a inclusão no contrato de cláusulas regulamentares, prerrogativas para o parceiro público, aplicação da responsabilidade civil objetiva, reconhecimento de poderes à Administração concedente, entre outras características.¹⁵²

No Brasil, os contratos de concessão de serviço público seguem o modelo traçado pelos autores, adotando cláusulas que os subordinam a um regime jurídico especial de direito público. Eles foram inicialmente previstos na Lei nº 8.987, de 1995, que não trouxe grandes inovações em comparação com a Lei nº 8.666, de 1993 no que se refere ao aumento da consensualidade nos contratos administrativos. No máximo, pode-se citar a adoção da arbitragem como método de resolução de disputas

¹⁵¹ “Aliás, sobre os contratos de concessão é que mais detidamente debruçou-se, ao longo do último século, a doutrina administrativista, vez que, como visto, a partir do contrato de concessão de serviço público é que se edificou a teoria do contrato administrativo, além de ser a concessão de serviço público o contrato cujo objeto é o mais tipicamente público – até porque, por definição, serviço público é um elemento inerente ao Estado e excluído da titularidade privada”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latim, 2012, p. 262.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

alternativo ao Poder Judiciário, conforme previsto no art. 23-A, acrescido pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.¹⁵³

A maior inovação ficou por conta das concessões especiais ou parcerias público-privadas, previstas na Lei nº 11.079, de 2004.¹⁵⁴ Nela, há previsão de cláusulas que demonstram uma aproximação e maior bilateralidade na relação contratual entre parceiro público e parceiro privado. Destacam-se, em especial, a distribuição de riscos entre parceiros públicos e parceiros privados; a necessidade da Administração oferecer garantias aos particulares e a possibilidade de serem aplicadas sanções à Administração Pública.

Quanto ao compartilhamento de riscos e ganhos econômicos entre parceiro público e parceiro privado, a Lei nº 11.079, de 2004, traz a previsão, em seu art. 5º, III.¹⁵⁵ Assim, no caso desses dispositivos e, diferentemente do que prevê o art. 65, II, d da Lei nº 8.666, de 1993, transfere-se para o plano contratual a distribuição dos riscos e os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, numa postura mais afinada com os conceitos de consensualidade.¹⁵⁶

A referida Lei também prevê, em seu art. 8º, a possibilidade de a Administração oferecer garantias ao parceiro-público.¹⁵⁷ No regime da Lei nº 8.666, de 1993 (e, também no da nova Lei nº 14.133, de 2021), apenas a empresa contratada oferece garantias à Administração Pública. No caso dos contratos de parcerias público-privadas, também os parceiros públicos deverão ofertar tais garantias. A justificativa da referida previsão está no fato de que os contratos de parcerias público-privadas são de longo prazo e envolvem altos investimentos por parte do parceiro-privado,

¹⁵³ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 22 abr.2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁵⁵ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;” BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

razão pela qual as garantias oferecem segurança frente a eventuais mudanças de orientação política.¹⁵⁸

Marçal Justen Filho defende esse regime de garantias estabelecido para ambas as partes no contrato de parcerias público-privadas. Para o autor, não há qualquer incompatibilidade para que uma pessoa possa assumir a obrigação de saldar uma possível dívida do Estado.¹⁵⁹ Trata-se, pois, de medida que se compatibiliza com o modelo de parceria e com o ambiente da contratualização.

Além dessas, é possível citar como tentativa de nivelamento da posição contratual entre parceiro público e privado a previsão do art. 5º, II da Lei nº 11.079, de 2004, em que se estabelece a possibilidade de serem aplicadas penalidades à Administração e ao particular-contratado. Trata-se de inovação que não encontra correspondente em leis anteriores e nem mesmo em outras posteriores (pode-se citar, por exemplo, a Lei nº 13.303, de 2016 e Lei nº 14.133, de 2021). Quanto a esse aspecto, porém, Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta críticas, entendendo que mediante a inexistência de previsão legal de quais seriam essas penalidades, não é possível a aplicação de sanções à Administração. Além disso, entende que, se isso fosse permitido, haveria uma inversão de papéis do parceiro público, o qual possui prerrogativas outorgadas em benefício dos particulares, em detrimento da posição do particular, que não possui tais prerrogativas de autoridade.¹⁶⁰

Não obstante a posição da citada autora, entende-se ser plenamente viável o estabelecimento de penalidades pecuniárias em desfavor da Administração por descumprimento de cláusulas contratuais, e desde que tais penalidades estejam estipuladas em contrato. O que não se vislumbra, por óbvio, é a possibilidade de sanções restritivas de direitos à Administração, pois se trataria de uma restrição ao exercício de interesses públicos.

As inovações legais mencionadas possuem como objetivo dar maior segurança aos parceiros privados e garantir uma contratação por um preço mais consentâneo com a realidade. Não se afasta, porém, do modelo de contrato administrativo com incidência de cláusulas exorbitantes e outorga de poderes unilaterais à

¹⁵⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 206.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 838.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.

Administração.¹⁶¹ Embora seja nítida a tentativa de igualação entre parceiros públicos e privados, não é possível se notar na Lei nº 11.079, de 2004 grandes avanços quanto à substituição dos espaços de prerrogativas unilaterais pelo consenso e pela bilateralidade.

No âmbito das empresas estatais, o regime jurídico da contratação encontra-se na Lei nº 13.303, de 2016. Tais entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sendo que seus contratos, por consequência, também são regidos por ele. Importante inovação no âmbito das normas gerais a respeito de contratos pode ser encontrada na previsão do *caput* do art. 68, ao estabelecer que ao contrato das empresas estatais deverão ser aplicados “preceitos de direito privado”.¹⁶² A previsão é distinta daquela da Lei nº 8.666, de 1993 e da nova Lei nº 14.133, de 2021, que prevê a adoção de preceitos de direito público aos contratos, aplicando-se apenas subsidiariamente preceitos de direito privado.

Alexandre Santos de Aragão defende a previsão da Lei, destacando que há uma tendência na Administração Brasileira de desburocratizar e tornar as contratações administrativas mais céleres. Assim, trata-se de diretriz que deve ser seguida em toda a legislação de licitações e contratos administrativos, especialmente no que tange às empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado.¹⁶³

No que se refere às cláusulas essenciais dos contratos celebrados pelas empresas estatais, essas não divergem das previsões da Lei nº 8.666, de 1993. No art. 69 exigem-se determinadas formalidades já existentes na Lei nº 8.666, de 1993, tais como: a previsão do objeto e seus elementos; o regime de execução/forma de fornecimento; o preço e as condições de pagamento; prazo; exigência de garantia; direitos e obrigações das partes; casos de rescisão; mecanismos de alteração; vinculação ao Edital; obrigação de manutenção das condições de habilitação.¹⁶⁴

¹⁶¹ “A natureza jurídica desse tipo de ajuste é a de contrato administrativo de concessão de serviço público, como, aliás, emana da própria lei (art. 2º). Tendo em vista que a lei se refere à concessão comum, regulada pela Lei nº 8.987/1995, há que se considerar a delegação em foco como concessão especial, para distingui-la daquela outra modalidade. Incidem sobre tais contratos o princípio da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos nas Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995, entre elas a alteração e a rescisão unilateral do contrato e a aplicabilidade de sanções administrativas”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 457– 458.

¹⁶² “Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.” BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm Acesso em: 05 jun. 2020.

¹⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: O Regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista**, 2017. p. 258-259.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 05 jun.2020.

Também há previsão no art. 70 da Lei nº 13.303, de 2016, da apresentação de garantia por parte do particular. Nesse ponto, a previsão é uma réplica da Lei nº 8.666, de 1993, facultando a exigência de garantia e deixando ao particular contratado a escolha da modalidade: caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária.¹⁶⁵ A exigência de garantia é tida pela doutrina de Direito Administrativo como uma das hipóteses de cláusula exorbitante do contrato administrativo. A Lei nº 13.303, de 2016, a manteve como exigência unilateral da Administração, deixando de trazer previsão de hipóteses em que a Administração Pública também ofereceria garantias aos particulares, à semelhança do regime estabelecido pela Lei nº 11.079, de 2004 (Lei das parcerias público-privadas).

O regime jurídico das sanções administrativas está previsto nos arts. 82 a 84 da referida Lei.¹⁶⁶ Prevê a aplicação das sanções de advertência, multa e suspensão temporária de participação em licitação e proibição de contratar com a entidade sancionadora pelo prazo de até dois anos. Não trouxe, nesse aspecto, previsão expressa da possibilidade de substituição das sanções administrativas por acordos.

Como pode-se perceber, o regime jurídico contratual das concessões de serviços públicos, inclusive das parcerias público-privadas, bem como das empresas estatais, embora contenham institutos e princípios mais próximos do regime contratual do direito privado, inovam pouco em matéria de consensualidade, assemelhando-se muito à previsão da Lei nº 8.666, de 1993. A inovação mais significativa ficou por conta da Lei nº 14.133, de 2021.

Em virtude da diferença pouco significativa, em matéria de classificação entre os contratos regidos pelas Leis nº 8.666, de 1993; Lei nº 8.987, de 1995; Lei nº 11.079, de 2004 e Lei nº 13.303, de 2016, a abordagem que será feita no presente trabalho não fará distinção entre os contratos oriundos de cada uma delas. Entende-se que o corte metodológico é desnecessário, visto que o regramento das sanções administrativas adotado para cada uma delas, inclusive no que se refere à Lei nº 13.303, de 2016, é similar.

Destaque-se, porém, que a Lei nº 14.133, de 2021, e os institutos inovadores por ela criados e que impactam no desenvolvimento da presente tese somente não terão aplicação subsidiária à Lei nº 13.303, de 2016, conforme previsão expressa nesse sentido.

¹⁶⁵ “Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.” BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 05 jun.2020.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 20 ago. 2020.

2.4 Acordos substitutivos de atos unilaterais da Administração

Seguindo-se a classificação de Fernando Dias Menezes de Almeida, dentre os módulos convencionais da Administração Pública está aquele voltado a substituir o ato administrativo unilateral. Conforme destacou-se anteriormente, tais módulos convencionais estão enquadrados dentro dos acordos da Administração *lato sensu*, e se diferenciam dos demais módulos convencionais por não estarem sujeitos à livre circulação (como é o caso dos módulos convencionais instrumentais e os módulos convencionais de concessão).¹⁶⁷

Diferentemente dos contratos administrativos, em que nova situação jurídica somente se constitui a partir da celebração do pacto, outra vertente de atuação consensual da Administração reside nestas situações em que ela possui o poder de decidir unilateralmente, mas resolve criar situação jurídica nova por meio de acordo. Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, essa decisão tem o objetivo de aproveitar os benefícios da essência contratual, especialmente “a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas.”¹⁶⁸

Onofre Batista Alves Júnior considera que o acordo ou contrato alternativo à decisão unilateral é uma forma da Administração resolver determinados casos concretos de forma mais eficiente, pois se desenvolve a partir da colaboração do administrado. Caso o acordo não seja possível, ainda resta à Administração a possibilidade de agir de forma unilateral, com base nas prerrogativas que lhe são outorgadas pela legislação.¹⁶⁹

Embora não se pretenda aqui realizar estudo de direito comparado, é importante citar alguns instrumentos desenvolvidos na Itália, na Alemanha e na França que reforçam o modelo de atuação da Administração com a substituição do ato unilateral pelo acordo.

¹⁶⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012, p. 298.

¹⁶⁸ Idem, p. 298.

¹⁶⁹ “O contrato administrativo alternativo é uma forma de a Administração Pública resolver determinados casos concretos, como alternativa a uma atuação unilateral, colocando-se como possível mecanismo (mais democrático) para a persecução otimizada do melhor interesse público possível. O fundamento de sua aplicação centra-se exatamente na possibilidade de maior eficiência da atuação administrativa quando desenvolvida com a colaboração do administrado. Mediante o manejo dos contratos administrativos alternativos, a Administração renuncia ao emprego das potestades de imposição unilateral e, buscando maior eficiência administrativa, persegue o melhor interesse público possível mediante o estabelecimento de solução concertada com o administrado.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 325.

Pedro Costa Gonçalves destaca que a difusão da lógica da contratualização nas relações jurídico-administrativas e, em especial, no exercício de prerrogativas públicas teve início com a Lei alemã de procedimento administrativo, de 1976. A referida Lei disciplinou o chamado “contrato de direito público”, o qual se colocava como alternativa ao ato administrativo. A partir daí, e mais especificamente no final do século XX, a cultura do contrato instalou-se na Administração, falando-se, a partir de então, em uma “Administração por contrato” e “Administração transacional”.¹⁷⁰

Em matéria de acordos com a Administração Pública, destaca-se a previsão da legislação italiana. Segundo Onofre Alves Batista Junior, a Lei nº 241 de sete de agosto de 1990 foi a responsável, na Itália, por abrir a possibilidade de participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos. Para o referido autor, o grande avanço da legislação italiana foi, justamente, possibilitar que a decisão final no procedimento administrativo seja negociada com o particular.¹⁷¹

Patrícia Baptista também aborda o assunto. Relata que a chamada “Comissão Nigro” foi a encarregada de elaborar a lei geral de atividade administrativa da Itália. Segundo a autora, o projeto inicial que resultou do trabalho da referida comissão, continha três formas de acordo administrativo:

1) os acordos procedimentais com os destinatários da decisão, com o fim de substituir esta última ou de determinar o seu conteúdo; 2) os acordos que tivessem por objeto o exercício de poderes administrativos e as respetivas prestações por pessoas físicas e jurídicas com o fim de realizarem objetivos de interesse público e, por último, 3) os acordos entre Administrações Públicas. (...) Ainda assim, porém, a Lei finalmente aprovada para regular o procedimento administrativo e o acesso aos documentos administrativos - Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990 – acabou inserindo pela primeira vez no ordenamento jurídico italiano “um módulo de atividade administrativa consensual utilizável como instrumento geral e ordinário de ação administrativa.”¹⁷²

¹⁷⁰ “Entretanto, num processo que se desenvolveu em simultâneo, disseminou-se uma lógica de fomento do consenso nas relações jurídicas administrativas, a qual, não passando apenas pelo contrato, teve o efeito evidente de abrir campos para novas aplicações desta figura. De resto, o caminho para a entrada do contrato como forma de exercício de poderes públicos de autoridade havia sido iniciado em 1976, com a lei alemã do procedimento administrativo, que veio disciplinar o designado “contrato de direito público” e consagrar o princípio da utilização do contrato no exercício do poder administrativo. O contrato eclodia agora como um processo de constituição de relações jurídicas administrativas alternativo ao ato administrativo. Nos finais do século XX, o contrato, e até mais do que a figura em si mesma, a “cultura do contrato”, tinham-se instalado na Administração Pública e, um pouco por todo o lado, começava a falar-se de uma Administração por contrato e de uma Administração transacional.” GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 16-17.

¹⁷¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Transações Administrativas. Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 78.

¹⁷² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 280.

A autora explica que o projeto de lei apresentado pela Comissão à época foi sensivelmente alterado. O objetivo era se preservar a unilateralidade como regra na legislação. Porém, mesmo modificada e aprovada apenas parcialmente, a Lei conseguiu sistematizar as três principais formas de acordos no processo administrativo: (1ª) o acordo substitutivo da decisão; (2ª) o acordo sobre o exercício de poderes públicos e (3ª) os acordos público-público, ou seja, acordos entre Administrações Públicas.¹⁷³

No mesmo sentido, ao analisar o referido dispositivo legal da Lei italiana, Onofre Alves Batista Júnior descreve a existência de dois tipos de acordo: os acordos integrativos que determinam o conteúdo discricionário da decisão administrativa final, e os acordos substitutivos do procedimento. Ambos se caracterizariam como contratos de Direito Público e não se confundiriam com os contratos celebrados pela Administração no âmbito da atividade privada.¹⁷⁴

Ao classificar os métodos de consensualidade já surgidos no Direito Administrativo Brasileiro, Juliana Bonacorsi de Palma também destaca duas formas de classificação da consensualidade: os acordos decorrentes do sentido amplo de consensualidade, aí abrangidos "(i) acordos intragovernamentais; (ii) contratos administrativos para prestação de serviço público ou social; (iii) acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos; (iv) ajustes de conduta; e (v) ajustes para fins de controle".¹⁷⁵

Já no que se refere às normas de consensualidade em sentido estrito, a autora destaca duas categorias classificadas a partir da funcionalidade formal que os acordos apresentam: os integrativos e os substitutivos. Os acordos integrativos precedem ao ato administrativo, sem o substituir, sendo considerados preliminares ao ato. Sua finalidade é determinar o conteúdo discricionário do provimento final, sendo que será pactuado o "modo de emprego da autoridade estatal".¹⁷⁶

¹⁷³ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 281.

¹⁷⁴ "Nos termos do art. 11 da L241, a Administração Pública, sem prejuízo do direito de terceiros, em cada um dos casos de atuação em prol do interesse público, pode celebrar acordos com os interessados com o intuito de determinar o conteúdo discricionário da decisão administrativa final (accordi integrativi), ou, nos casos previstos na lei, em substituição a esta (accordi sostitutivi di provvedimento). Trata-se de verdadeiros contratos de direito público, de natureza e características exclusivamente públicas e que não se confundem com os acordos celebrados no âmbito da atividade privada da Administração Pública." BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 343-344.

¹⁷⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 242 – 243.

¹⁷⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 248.

Os acordos substitutivos, por outro lado, são voltados a efetivamente substituir a decisão unilateral. Segundo a autora, eles podem adquirir 3 funcionalidades:

No plano normativo os acordos substitutivos prestam-se a três funcionalidades específicas, quais sejam: (i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador.¹⁷⁷

No mesmo sentido, Paulo Otero destaca a existência dos dois tipos de acordos que debilitam a unilateralidade do ato administrativo, denominando-os acordos substitutivos de atos administrativos e acordos endoprocedimentais. Quanto aos acordos substitutivos de ato administrativo, cita a admissibilidade da substituição da unilateralidade de uma relação de subordinação pela atividade consensual no Direito Alemão, Italiano, Espanhol e Português. Para o autor, tais instrumentos revelam “a flexibilidade da configuração das formas legais de termo do procedimento administrativo e a disponibilidade pela própria Administração Pública da sua unilateralidade decisória”.¹⁷⁸

Ao lado desses acordos substitutivos, o autor destaca a existência dos acordos endoprocedimentais. Esses não visam substituir o ato que permanece sendo praticado. Porém, o conteúdo da discricionariedade desse ato administrativo será negociado em instrumento próprio, por meio de acordo. Segundo o autor, esse instrumento dá origem a uma nova espécie de atos administrativos: os atos administrativos consensuais.¹⁷⁹

Também na Espanha, há legislação que trata da celebração de acordos desta natureza. Antonio Dorado Picion, ao tratar do tema da mediação e arbitragem, destaca a importância que os meios consensuais de solução de conflitos têm ganhado na Espanha, sobretudo com o objetivo de diminuição da litigiosidade:

A mediação é positiva para as partes, pois supõe uma solução mais ágil e rápida do conflito, o que ocasiona frequentemente em economia de tempo e dinheiro, e serem as partes os protagonistas da resolução do conflito, como assumem livremente o acordo, isto facilita seu futuro cumprimento. Porém a mediação também é positiva para o sistema judicial, porque reduz a carga de trabalho dos Juizados e Tribunais, com a conseqüente economia dos enormes custos que sempre gera um processo judicial. Ao reduzir a carga de trabalho os Tribunais funcionam melhor e podem assim dar maior e melhor resposta. A modernização do nosso sistema judicial implica que este seja capaz de responder adequadamente às exigências da sociedade, dando uma

¹⁷⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 252.

¹⁷⁸ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.p. 841.

¹⁷⁹ Idem, p. 842.

resposta adequada que somente pode conseguir se reduzir os níveis de litigiosidade existentes.

A mediação como instrumento de diálogo a serviço da pacificação e resolução de todo tipo de conflitos (familiares, sociais, no mundo dos negócios, políticos e inclusive internacionais, penais) está ganhando um importante protagonismo em nossa sociedade. (tradução nossa).¹⁸⁰

Onofre Alves Batista Júnior também discorre sobre medidas de consensualidade no Direito Administrativo espanhol. Posteriormente à Itália, a Espanha regulamentou a existência de medidas consensuais por intermédio da Lei nº 30, de 1992.¹⁸¹ Nela, há previsão de dois tipos de acordo: (1º) aqueles que resolvem o procedimento e (2º) aqueles que servem para substituí-lo.¹⁸²

A Alemanha, por sua vez, regulamentou a atuação consensual da Administração por meio da Lei de Processo Administrativo de 1976 que, em seu § 54, trouxe a figura do chamado “contrato de direito público”, o qual é utilizado em substituição ao contrato administrativo. O referido dispositivo estabelece a possibilidade de as relações jurídicas de direito público serem constituídas, modificadas ou extintas mediante um contrato de direito público, exceto quando a lei

¹⁸⁰ “La mediación es positiva para las partes, pues supone una solución más ágil y rápida del conflicto, lo que ocasiona frecuentemente un ahorro de tiempo y dinero, y al ser las partes los protagonistas de la resolución del conflicto, como asumen libremente el acuerdo, esto facilita su futuro cumplimiento. Pero la mediación también es positiva para el sistema judicial, porque reduce la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, con el consiguiente ahorro de los enormes costes que siempre genera un proceso judicial. Al reducirse la carga de trabajo los Tribunales funcionan mejor y pueden así dar mayor y mejor respuesta. La modernización de nuestro sistema judicial implica que éste sea capaz de responder adecuadamente a las exigencias de la sociedad, dando una respuesta adecuada que solo puede conseguirse si se reducen los niveles de litigiosidad existentes. La mediación como instrumento de diálogo al servicio de la pacificación y resolución de todo tipo de conflictos (familiares, sociales, en el mundo de los negocios, políticos e incluso internacionales, penales) está cobrando un importante protagonismo en nuestra sociedad.” PICÓN, Antonio Dorado. El arbitraje y la mediación em España. **Revista Jurídica de Castilla e León**, n.29, 2013. Disponible en: <http://www.jcyl.es/revistajuridica>. Acesso em: 02 jul.2020.

¹⁸¹ “O fenômeno da terminação convencional do procedimento administrativo despontou no Direito Administrativo espanhol mediante a promulgação da Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y procedimiento administrativo Común (L30) (...)” A Espanha, com a L30, é o terceiro país dos que adotam o modelo continental de “Direito Administrativo”, após Alemanha e Itália, a incorporar a figura contratual à disciplina do procedimento administrativo como fórmula alternativa ao ato administrativo.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 351.

¹⁸² “Tal como no Direito Administrativo Italiano, a doutrina espanhola entende que os acordos celebrados com lastro no art. 88 da L30 podem ser de dois tipos: prévios a la resolución del procedimiento (e não substitutivos dela), que, por sua vez, podem ser vinculantes ou não-vinculantes, e aquellos que podem fin a un procedimiento substituyendo della decisión unilateral”. *Ibid*, p. 354.

estabelecer regra em sentido contrário. Trata-se, pois, de norma geral para celebração de acordos no âmbito do direito público.¹⁸³

No Brasil, tais instrumentos já têm sido utilizados em diversas áreas de atuação da Administração, embora ainda enfrente resistência de parte da doutrina e jurisprudência, sobretudo em razão de possível incompatibilidade com a indisponibilidade do interesse público. Na seção 2.4.1, serão abordados os principais argumentos que justificam a tese da impossibilidade de emprego de acordos, face ao interesse público e a sustentação sobre sua possibilidade no âmbito do Direito Público brasileiro.

2.4.1 Análise dos acordos substitutivos de atos unilaterais da Administração e sua compatibilização com o princípio da indisponibilidade do interesse público

O surgimento de institutos de consenso e contratualização da atividade administrativa não ocorreu sem resistências, sobretudo no âmbito de atos administrativos ligados ao exercício de prerrogativas públicas unilaterais. A Escola Francesa da *puissance publique*, capitaneada por Maurice Hauriou, ao fazer a diferenciação entre o regime privado e o regime administrativo, criou a distinção entre atividade de autoridade (atos de império) e atividade de gestão. Nesse sentido, no âmbito dos atos de império, a Administração atua por meio de decisões unilaterais e com autoridade sob os particulares, aplicando-se a ela um regime exorbitante ao direito comum. No entanto, no que se refere aos atos de gestão, a Administração se iguala ao particular, despoando-se de suas prerrogativas públicas.¹⁸⁴ Embora essa distinção esteja em desuso, por ter se demonstrado imprecisa para fazer a adequada caracterização do regime jurídico administrativo,¹⁸⁵ ela pode ser citada como um dos motivos pelos quais o desenvolvimento da contratualidade, no exercício das prerrogativas públicas, encontrou tanta resistência no desenvolvimento do direito administrativo.

No mesmo sentido, o regime juspublicista, defendido por Otto Mayer e que sustentou boa parte da principiologia do Direito Administrativo negava até mesmo a existência de contratos de Direito Público. Para os defensores do pensamento

¹⁸³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 332.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

¹⁸⁵ Idem, p. 75.

juspublicista, o Estado é o detentor exclusivo do poder público e possui supremacia em relação aos particulares, não travando com eles relações contratuais.¹⁸⁶ Nesse sentido é que Otto Mayer sustentava que o Poder Público só se manifesta por meio de atos unilaterais, não se admitindo, sequer, falar-se em contratos administrativos, pois para ele “não faz sentido contratar o que se pode impor”.¹⁸⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também destaca que o dogma da vinculação ao interesse público, durante dois séculos, inibiu o desenvolvimento do direito administrativo, tanto no que se refere ao impedimento do controle do mérito administrativo, com base em uma suposta imunidade do interesse público ao controle, como em relação à não admissibilidade de negociação entre poder público e cidadãos, em razão de uma alegada incompatibilidade entre interesse público e interesse privado.¹⁸⁸

Porém, essa resistência começa a dar sinais de enfraquecimento já no final do século XX. Ao tratar da evolução da utilização dos contratos administrativos como instrumento de ação da Administração, Pedro Costa Gonçalves destaca que no período atual, assim entendido após a década de 1970, houve uma grande ampliação da utilização da prática contratual, inclusive no que se refere à contratualização do exercício de poderes públicos. Após enfrentar forte resistência, o contrato passou a ser entendido como instrumento de exercício de poderes públicos.¹⁸⁹

¹⁸⁶ “A construção de uma dogmática juspublicista do Direito Administrativo, que teve em Otto Mayer figura de proa, coincidiu ou, antes, foi causa da negação da existência dos contratos de Direito Público, fundada na afirmação da ideia-força segundo a qual o Estado, detentor exclusivo do poder público, assume posição de supremacia sobre os particulares, não travando com eles, por consequência, relações contratuais, ainda que sua atuação unilateral possa, em alguns casos, depender de aquiescência do privado”. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 138.

¹⁸⁷ Neste sentido, Eurico Bitencourt Neto: “Já nos casos de exercício de poderes públicos, a manifestação administrativa só é possível por meio de ato unilateral, nunca por contrato; por trás dessa conclusão, a ideia-força, na esteira do que ensinava Otto Mayer no século XIX, segundo a qual o poder público só se manifesta unilateralmente. Desse modo, seria uma contradição falar em contrato sobre exercício de poderes públicos, afinal “não faz sentido contratar o que se pode impor””. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 187.

¹⁸⁸ A vinculação ao interesse público, mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades e atuação do Poder Público no cumprimento de sua destinação administrativa, consolidou-se, ao longo de dois séculos, como um dogma, capaz de inibir não apenas a possibilidade de controle do mérito administrativo ante sua invocação peremptória, como também de constituir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos em instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento. Vencida a primeira barreira, posta ao controle, no século vinte, toca ao século atual superar a segunda. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.231, p.129-156, 2003.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 104.

Ocorre que o surgimento da administração contratualizada despertou questionamentos a respeito da compatibilidade do interesse público com a substituição da decisão unilateral pelo acordo, em especial à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, em que o Direito Administrativo, inclusive o brasileiro, se baseou e, em grande medida, ainda se baseia.¹⁹⁰ Afinal, decidir de forma consensual/concertada implica dispor de interesse público? Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar as polêmicas que envolvem a existência, ou não, de princípios como os da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o que se busca aqui é analisar o tratamento atual dado pela doutrina ao princípio da indisponibilidade do interesse público e a sua compatibilização com os acordos celebrados pela Administração Pública em substituição à decisão unilateral.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o interesse público é próprio da sociedade e, portanto, não se encontra à disposição para ser apropriado por outrem. Os órgãos administrativos apenas o representam e, portanto, não cabendo a eles, e sim às leis, dispor sobre o interesse público. O autor destaca, também, que o titular do interesse público é o Estado e não a Administração.¹⁹¹ Ao detalhar as consequências jurídicas do princípio da indisponibilidade do interesse público, o autor destaca a “inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos”, sustentando que a administração é atividade “serviente” e, portanto, “não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público.”¹⁹²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, ao tratar do referido princípio, defende que à Administração não cabe dispor sobre interesses públicos e, por isso, o exercício dos poderes atribuídos à Administração possuem caráter de poder-dever, não podendo deixar de exercê-los, sob pena de omissão. E, então, destaca

¹⁹⁰ Floriano de Azevedo Marques e Tatiana Matiello Cymbalista, ao tratarem da substituição da unilateralidade pela consensualidade nos procedimentos sancionatórios, mencionam a resistência ainda existente do Direito Administrativo na adoção de instrumentos consensuais: “Essa possibilidade, contudo, parece enfrentar grande resistência por parte da doutrina juspublicista, dos administradores e dos operadores do direito administrativo, possivelmente por um atrelamento à concepção liberal, unilateral, impositiva e verticalizada do poder de sancionar conferido às autoridades administrativas”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/revista/redae-27-agosto-2011-floriano-azevedo-tatiana-matiello.pdf>. Acesso em: 02 jul.2019.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 64.

¹⁹² Idem, p. 72.

obrigações públicas que não podem deixar de ser exercidas, como poderes-deveres da Administração:

Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.¹⁹³

Assim, a visão de atuação da Administração no exercício de prerrogativas administrativas como poder-dever, nos termos da doutrina tradicional, sugere a inviabilidade da atuação consensual da Administração na substituição de atos administrativos por acordos.

Por um lado, a viabilidade dos acordos substitutivos de atos administrativos tem sido sustentada por vários doutrinadores. Onofre Alves Batista Júnior pontifica que a indisponibilidade reside na impossibilidade de dispor do bem comum. Diante do caso concreto, a solução concertada pode ocorrer sempre que a alternativa consensual for a mais eficiente para satisfazer o bem comum.¹⁹⁴ Para o autor, quando se tratar de bens ou interesses públicos disponíveis, as transações podem ocorrer, mas quando se referir a bens ou interesses públicos indisponíveis, a transação somente pode se dar quando houver lei autorizativa.¹⁹⁵ Desse modo, na opinião do autor, nada obsta que a transação ocorra havendo autorização legislativa para tanto. Por outro lado, não havendo autorização legal, a transação somente pode ocorrer caso não se trate da disposição de bens ou interesses públicos indisponíveis.

Quanto aos poderes administrativos, o autor sustenta que são indisponíveis e a Administração não pode renunciar a eles. É possível que por meio de contratos alternativos sejam negociados o modo de exercício do poder, sem que seja possível, porém, renunciar a ele.¹⁹⁶ Assim, mesmo quanto aos interesses considerados

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

¹⁹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 510.

¹⁹⁵ “Em síntese, na seara do Direito Público, para que se possa celebrar transação administrativa, deve haver lei que autorize especificamente a transação, ou o bem ou direito público deve ser disponível (na forma da lei). A transação administrativa é ainda possível mesmo quando a lei não atribua competência expressa para o manejo da via contratual, entretanto, nestes casos, a Administração não pode tomar deliberação de disposição.” *Idem*, p. 514.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 515.

absolutamente indisponíveis, é possível que se negocie aspectos desses direitos, desde que preservado o bem jurídico central.¹⁹⁷

No mesmo sentido do aludido autor está a posição de Marçal Justen Filho. Para ele, todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis, desde que exista lei autorizativa, podendo ela especificar situações abstratas ou concretas que admitam essa disposição. O autor destaca, ainda, que não é necessário lei específica, admitindo-se autorizações amplas e genéricas, como é o que ocorre em matéria de contratos administrativos, hipótese em que a possibilidade legal de desenvolvimento de contratos pressupõe a previsão da disposição de bens e direitos da Administração.¹⁹⁸

Ainda segundo o autor, não é possível identificar no plano abstrato o que vem a ser o interesse público. Trata-se de conceito que deve ser revelado no caso concreto, mediante a análise das características de cada situação no caso concreto. Assim, ainda que se reconheça indisponibilidade de interesse público em abstrato, diante do caso concreto pode-se chegar a uma única decisão que vincule a Administração ao interesse público.¹⁹⁹

Propõe o autor, portanto, que ao invés de se criar atributo intrínseco para o interesse público (indisponibilidade), o que se deve analisar é o regime jurídico no caso concreto para se verificar a pertinência da celebração de acordos. Quanto aos acordos em matéria sancionatória, o autor destaca, ainda, a compatibilidade com o ordenamento jurídico, visto que pode envolver concessões recíprocas entre as partes.²⁰⁰

Juliana Bonacorsi de Palma, por sua vez, explica que o princípio da indisponibilidade não pode ser invocado como impeditivo da consensualidade, e sustenta sua afirmação na ausência de previsão normativa para o aludido princípio.

¹⁹⁷ “Em síntese, embora a doutrina civilista, usualmente, marque que só se pode transacionar aquilo que se pode dispor, na realidade, a ideia de indisponibilidade não se confunde integralmente com a impossibilidade de se transacionar. Mesmo no que diz respeito a direitos absolutamente indisponíveis, é possível que destes decorram efeitos patrimoniais negociáveis. Da mesma forma, do fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida”. Idem, p. 521.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 51.

¹⁹⁹ Idem, p. 60.

²⁰⁰ Idem, p. 61.

Para ela, trata-se de construção doutrinária com grande imprecisão conceitual, o que dificulta sua aplicabilidade prática.²⁰¹

Entretanto, a autora sustenta que mesmo se reconhecendo a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, ele não pode ser considerado impeditivo para a atividade consensual da Administração. Destaca quatro categorias de entendimentos doutrinários a respeito do conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, e enfrenta cada uma delas: (1ª) a indisponibilidade da finalidade legal, a qual não se mostra incompatível com os acordos da Administração, visto que a solução acordada não está na contramão do interesse público e, ao contrário, é favorável a ele; (2ª) a indisponibilidade do dever de agir da Administração, a qual é compatível com a solução acordada, visto que agir de forma consensual não representa inércia da Administração, mas sim uma ação acordada/consensual; (3ª) a indisponibilidade de bens e serviços públicos, que também não é incompatível com celebração de acordos, desde que haja previsão legal para tanto; (4ª) a indisponibilidade de competências administrativas e das prerrogativas públicas, as quais somente não podem ser afastadas quando houver vedação legal ou quando a Lei vincular expressamente a aplicação das prerrogativas de forma unilateral.²⁰²

A respeito da possibilidade de acordo no ambiente das prerrogativas da Administração, a autora destaca que elas possuem caráter instrumental, ou seja, são instrumentos de trabalho. Assim, defende ser possível que, no caso concreto, a Administração deixe de utilizar tais prerrogativas ou as utilize de diferentes formas. No caso da prerrogativa sancionatória, na conclusão de processo administrativo poderia a Administração deixar de aplicar a sanção ou findar consensualmente o processo. As finalidades públicas almejadas podem ser alcançadas de diferentes formas, seja por meio de decisão unilateral seja por meio de acordo substitutivo do ato administrativo.²⁰³

²⁰¹ “Nega-se, portanto, a compreensão do princípio da indisponibilidade como um impeditivo da consensualidade da Administração Pública. O principal fundamento para tanto consiste na ausência de previsão normativa do princípio, seja para dispor sobre sua conceituação jurídica, seja para obrigar a Administração a se vincular ao princípio da indisponibilidade. Trata-se, efetivamente, de uma construção teórica de limitado significado para a ação administrativa. Nessa medida, a imprecisão conceitual do princípio reforça a dificuldade prática em ser aplicado, corroborando a impossibilidade de o princípio em comento ser colocado como um impeditivo à atuação administrativa consensual”. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177-178.

²⁰² Idem, p. 177-182.

²⁰³ PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 181.

A propósito do tema da indisponibilidade do interesse público, a autora também analisa o campo de incidência dos acordos da Administração, ou seja, quais são os objetos que podem ser transacionados e os que não podem. Conclui que não há nenhum objeto, no âmbito do Direito Administrativo, que não seja, por natureza, transacionável:

A princípio, não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito, como no exemplo já mencionado da Lei de improbidade administrativa. Mesmo as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental.²⁰⁴

No mesmo sentido é a posição de Bruna Rodrigues Colombarolli. Para a autora, a realização de prerrogativas administrativas e, especificamente no caso do poder punitivo estatal, somente é possível falar em disposição de interesse público quando se deixa de instaurar o processo administrativo e aplicar a sanção ou celebrar o acordo substitutivo, cabendo a Administração eleger, no caso concreto, a melhor forma de realização do interesse público com a menor intervenção possível em relação aos direitos fundamentais do particular.²⁰⁵

O que se defende, portanto, é que a celebração destes acordos não deve ser considerada disposição de interesse público, uma vez que possuem o mesmo conteúdo e a mesma finalidade que os atos unilaterais, porém são celebrados de uma forma não imperativa. Além disso, possuem maior eficiência e maior aderência por parte dos particulares envolvidos que a eles aderem voluntariamente.

Na esteira do que já bem delineado pelos autores citados, também Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema da compatibilidade dos acordos substitutivos de decisão unilateral por acordos, defende que no direito administrativo não se cogita de negociar o interesse público, mas “de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. Para o autor, tão importante quanto o interesse público a se

²⁰⁴ PALMA, Juliana Bonarcorsi. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 187.

²⁰⁵ “A rigor, somente é possível falar em efetiva disposição do interesse público, quando o administrador público, mesmo ciente dos indícios de práticas infrativas, deixa de instaurar o devido processo administrativo e de aplicar a sanção ou promover a celebração de contrato. A consagração dos contratos sobre exercício de poder punitivo ao lado das sanções também impõe à Administração Pública o dever de realizar juízo de ponderação para verificar, à luz das peculiaridades da situação concreta, qual deve ser a medida adotada, diante dos indícios de prática infrativa, devendo eleger aquela que capaz de promover da melhor forma o interesse público com o mínimo de intervenção nos direitos fundamentais do particular. Tais conclusões demonstram, de forma irrefutável, que a consagração dos contratos inibidores ou suspensivos de processos administrativos sancionadores agrega nova racionalidade ao exercício do poder repressivo da Administração Pública.”

atingir é o interesse público pela composição do conflito, visto que por meio dela pode-se alcançar o objetivo de forma mais rápida e eficaz.²⁰⁶

Sobre o assunto, conforme destacam Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma,²⁰⁷ o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a validade de acordo celebrado pelo Município de Santa Rita do Sapucaí e servidores públicos municipais no Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG. No caso, o Município apresentou Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que homologou acordo celebrado entre o Município e servidores municipais, alegando ofensa ao princípio da legalidade, em virtude da ausência de previsão legal para a prática do acordo. Na ementa da decisão, o STF reconhece que a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser atenuada no caso concreto quando a decisão acordada for mais adequada ao atendimento das necessidades da Administração:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o

COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 410.

²⁰⁶ Neste sentido, lecionam Juliana Bonacorsi de Palma e Vitor Rhein Shirato: “Segundo entendemos, a celebração e acordos em substituição a atos unilaterais não importa, em caso algum, em qualquer forma de disposição do interesse público. Muito ao contrário, uma vez que (i) os atos bilaterais têm exatamente os mesmos conteúdos e se prestam exatamente às mesmas finalidades dos atos unilaterais, (ii) são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões por parte de seus destinatários e (iii) são celebrados em valorização de direitos fundamentais consagrados no Estado de Direito, tais como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da Administração Pública”.

SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev.2011. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-VITOR-JULIANA.pdf> Acesso em: 02 jul.2021.

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência. É que coexiste. com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa. é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo poder Público. Nem é preciso lembrar que em grande número de casos, por inúmeros motivos. principalmente o decurso do tempo. o conflito termina por inviabilizar o atendimento satisfatório do interesse público, quando não exige ônus superiores às vantagens públicas esperadas...” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p.129-156, 2003.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.885**. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento: 04/06/2002. Brasília, jun.2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99342/false>. Acesso em: 02 jun.2021.

Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.²⁰⁸

Também merece destaque o acórdão recorrido do TJMG ao qual faz referência a decisão do STF. Na verdade, o acórdão reconheceu a validade do acordo celebrado pelo Município e seus servidores levando em conta, em especial, que a decisão em celebrar o acordo foi mais eficiente que a decisão unilateral. Embora se tratasse de acordo homologado judicialmente, a decisão, tanto do TJMG quanto do STF, registra que a preferência pelo acordo não é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, mormente quando se mostrar mais eficaz para o atendimento do interesse público.

Em conclusão, pode-se afirmar que a ação da Administração por meio de acordos administrativos, em substituição ao ato administrativo, não significa, por si só, disposição de interesse público. O exercício contratualizado dos poderes-deveres administrativos é, antes de tudo, uma forma de agir da Administração, não se podendo afirmar que ao agir de forma consensual ela foi omissa. Ou seja, quando a Administração exerce seus poderes de forma acordada com o particular, ela continua no exercício dos poderes-deveres administrativos, porém de uma forma não unilateral, não representando ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Ademais, na linha do que defendem os autores aqui referenciados, não há nenhum objeto no direito administrativo que esteja alijado da atuação consensual da Administração, exceto quando assim a lei o declare.

A seção 5 deste trabalho se dedicará a analisar os acordos substitutivos de atividade sancionatória da Administração no Brasil, objeto central de estudo da presente pesquisa.

²⁰⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-vitor-juliana.pdf. Acesso em: 02 jun.2002.

3 TEORIA GERAL DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS

Nesta seção serão apresentados os aspectos gerais do Direito Administrativo Sancionador e sua aplicabilidade ao regime jurídico das sanções administrativas contratuais. Serão analisadas as finalidades preventiva, repressiva e prospectiva da sanção, bem como sua aplicabilidade às sanções contratuais. Quanto à finalidade das sanções, também será objeto de estudo a teoria da regulação responsiva e a preferência pelos métodos consensuais em relação à sanção unilateral. Ao final, será analisado o regime jurídico das sanções administrativas contratuais no Brasil e a aplicabilidade das garantias constitucionais do direito administrativo sancionador ao processo sancionatório decorrente de infrações contratuais.

3.1 O Direito Administrativo Sancionador e as sanções administrativas contratuais

Na presente seção, serão analisados a influência do direito penal na formação do Direito Administrativo Sancionador e os aspectos em que essas duas áreas se relacionam. Serão feitas as distinções dentre sanções administrativas e outras figuras que com elas não se confundem, bem como a definição das espécies de sanções administrativas, especialmente as sanções administrativas contratuais.

3.1.1 Conceituação de Direito Administrativo Sancionador e sua relação com o direito penal

As teorias sobre as sanções sempre caminharam muito próximas ao direito penal, área do direito sancionador que se desenvolveu com mais profundidade. Ocorre que o exercício do poder punitivo estatal é mais amplo que as sanções penais. Reconhece-se, pois, o Direito Público Sancionador como gênero que reúne as normas de natureza pública que disciplinam a atividade punitiva do Estado.²⁰⁹Outrossim, são espécies deste gênero as atuações do Estado que resultam na aplicação de sanções penais (direito penal) e sanções administrativas (Direito Administrativo Sancionador).

²⁰⁹ FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.p. 65.

Assim, direito penal e Direito Administrativo Sancionador constituem ramos independentes do gênero Direito Punitivo Estatal ou Direito Sancionador Estatal. No Brasil, com a Constituição de 1988 e, mais especificamente, a partir da década de 1990, pode-se perceber o aumento da atuação administrativa sancionadora do Estado, em especial no que se refere à regulação de atividades econômicas. Vários órgãos da Administração Pública receberam competência para exercer a regulação, o que gerou, por consequência, o crescimento da fiscalização e da punição.²¹⁰

Alice Voronoff atribui essa maior expansão do Direito Administrativo Sancionador à frustração com as respostas dadas pelo direito penal. A autora destaca movimentos antagônicos variáveis no tempo, ora tendendo à incorporação pelo Direito Administrativo de condutas antes tipificadas pelo direito penal, ora buscando-se criminalizar infrações antes tidas como administrativas.²¹¹

No período após a Segunda Guerra Mundial e com o surgimento do Estado do Bem-estar Social, foi possível perceber o aumento na utilização de sanções administrativas, inclusive com a descriminalização de infrações consideradas menos graves. Um dos fatores que contribuíram significativamente para essa expansão das sanções administrativas e o recrudescimento do direito penal foi, inclusive, o esgotamento do sistema judiciário. Havia a necessidade de agilização de respostas estatais às infrações e a lentidão do Poder Judiciário não contribuía para que a punição ocorresse em tempo desejado. A resposta por meio da sanção administrativa, nesse aspecto, mostrou-se mais eficiente e mais ágil.²¹²

Com o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, ao lado do direito penal como espécies do gênero Direito Público Sancionador, surge o questionamento a respeito das características de cada um e de suas diferenças, bem como a respeito da aplicabilidade de princípios próprios do direito penal às sanções administrativas. Afinal, o direito penal é, historicamente, mais desenvolvido e possui princípios mais consolidados que o Direito Administrativo quanto à aplicação das penas. Nesse sentido, a doutrina se divide entre aqueles que defendem uma similaridade de regulação principiológica para ambos e aqueles que os distinguem. Para esta tese, é importante fazer a diferenciação entre eles, com o objetivo de se compreender o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador e a finalidade de suas respostas às infrações praticadas.

A doutrina tradicional brasileira diferencia as sanções penais das administrativas pelo critério formal do procedimento. Nesse sentido, a sanção

²¹⁰ Idem, p. 29.

²¹¹ Idem, p. 32.

²¹² Idem, p. 39.

administrativa é aplicada pela autoridade administrativa e a sanção penal é exercida pelo Poder Judiciário.²¹³

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que não haveria diferenças ontológicas entre as sanções administrativas e as sanções penais, sendo a diferença entre elas observada unicamente no que se refere à função exercida, ou seja, qual é a autoridade competente para impô-la.²¹⁴

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles explica que as normas do Direito Administrativo Sancionador se assemelham às do direito penal. Para ele, matérias como improbidade administrativa e os ilícitos administrativos previstos na Lei de Ação Popular devem ser interpretadas à luz dos princípios do direito penal, com destaque para o princípio da culpabilidade.²¹⁵

Para Marçal Justen Filho, a sanção administrativa aproxima-se da sanção penal, já que seu objetivo não é recompor o patrimônio da parte lesada (caso da punição no âmbito civil-contratual), mas sim a “imposição de um sofrimento a um sujeito que violou deveres de natureza administrativa”. Tal retribuição pode se dar mediante restrição de direitos ou imposição de penalidades pecuniárias.²¹⁶

Assim, o autor sustenta a proximidade entre as sanções penais e administrativas, não sendo possível traçar uma distinção precisa e absoluta entre elas. No entanto, reconhece que os princípios do direito penal podem sofrer atenuações necessárias em razão das peculiaridades das sanções administrativas.²¹⁷

Também para André Luiz Freire, a diferença entre Direito Administrativo Sancionador e direito penal está na autoridade que aplica a sanção, sendo que, no caso da sanção administrativa, trata-se de uma autoridade administrativa e no caso da sanção penal, trata-se de uma autoridade judicial. Além disso, o autor destaca,

²¹³ ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 99.

²¹⁴ “Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta.” Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35.ed.. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 808.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.p. 1465.

²¹⁷ Idem, p. 1466.

como segunda diferença entre elas, a exclusividade do direito penal na aplicação da pena privativa de liberdade.²¹⁸

No mesmo sentido, Daniel Ferreira defende que o critério formal é o mais adequado para definição do que vem a ser a diferença entre Direito Administrativo Sancionador e direito penal.²¹⁹ De igual modo, está o posicionamento do Silvio Luís Ferreira da Rocha, o qual sustenta ser possível reconhecer a natureza administrativa da sanção a partir da autoridade que a aplica. Enquanto a sanção administrativa é imposta pela autoridade administrativa no exercício de sua função e no bojo de um processo administrativo, a sanção penal é imposta pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional e em processo judicial.²²⁰

Régis Fernandes de Oliveira, após empreender esforço histórico sobre o tema, reconhece a existência de tratamento normativo diverso para os crimes e infrações administrativas e, por consequência, às penas e às sanções. Nesse sentido, cabe à Lei o enquadramento em uma ou outra classificação.²²¹

Em posicionamento similar à doutrina citada, o autor entende que não há distinção ontológica entre sanções administrativas e sanções penais. Cada uma delas possui regime jurídico diverso, sendo o critério formal, referente à autoridade que aplica a penalidade, aquele que distingue uma da outra. O crime é julgado pelo Poder Judiciário e a infração por órgão administrativo.²²²

²¹⁸ FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coordenador). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 77 - 78.

²¹⁹ FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coordenador). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 90.

²²⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coordenador). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.p.453.

²²¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.p. 23.

²²² “Não há diferença de conteúdo entre crime e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa. Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto que a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal à maneira do processo civil ou penal”. Idem, p. 32.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também adotam o critério formal para fazer a diferenciação entre Direito Administrativo Sancionador e direito penal. Segundo eles, sanções penais distinguem-se de sanções administrativas pelo dado formal da competência para aplicá-las. As sanções administrativas são aplicadas pela Administração e as penais, pelos respectivos Tribunais.²²³ Além disso, os autores fazem a distinção entre sanções administrativas de autoproteção (assim consideradas as que protegem a organização e o funcionamento da Administração) e as sanções administrativas de proteção da ordem geral. Quanto a essas últimas, os autores destacam que apresentar uma diferença entre elas e o direito penal, no plano geral e principiológico, é praticamente impossível.²²⁴

Rafael Munhoz de Mello, no mesmo sentido dos autores anteriormente citados, também adota como critério diferenciador entre sanções administrativas e sanções penais a autoridade que aplica a pena. Segundo ele, tratando-se de autoridade administrativa, trata-se de sanção administrativa, não se qualificando como tal se não for aplicada pela Administração Pública. Para justificar o entendimento, o autor explica que, embora se trate de atos materialmente idênticos, a diferença entre os dois reside no regime jurídico (que para a decisão judicial é um e para a decisão administrativa é outro).²²⁵

Quanto à aplicabilidade dos princípios de direito penal ao Direito Administrativo Sancionador, o autor entende que há um núcleo principiológico comum que decorre da opção constitucional, o qual se manifesta em qualquer atuação do poder punitivo estatal. Assim, tanto nas penalidades aplicadas pelo Poder Judiciário quanto naquelas aplicadas pela Administração Pública, o Estado necessita observar tais princípios constitucionais. Ao mesmo tempo, o autor também reforça a ideia de que isso não significa importar, de forma acrítica, os princípios do direito penal ao Direito Administrativo Sancionador, já que possuem regimes jurídicos diversos.²²⁶

²²³ “Distinguem-se estas sanções das penas propriamente ditas por um dado formal, a autoridade que as impõe: aquelas, a Administração; estas, os tribunais penais”. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p.876.

²²⁴ Idem, p. 881.

²²⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005.

²²⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005, p. 25.

Diferentemente dos autores citados, Fábio Medina Osório rejeita a ideia de que o critério formal seja característica relevante para a distinção entre sanções penais e administrativas. Na visão do autor, as sanções administrativas não se confundem com a função administrativa, de modo que há sanções administrativas que podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário.²²⁷ Nesse sentido, o autor conclui que a aplicação pela autoridade administrativa não é elemento essencial para se caracterizar a sanção administrativa.

Na sequência, Fábio Medina Osório aduz que não há critérios de conteúdo ou de qualidade das penas que possa precisar a diferenciação entre o direito penal e o Direito Administrativo Sancionador. Segundo o autor, não há elementos balizadores no âmbito moral, ético ou qualitativo para se caracterizar uma sanção como administrativa ou penal. Haveria, pois, ampla discricionariedade para o legislador em caracterizar uma determinada sanção como penal ou administrativa, podendo haver mudanças nesse sentido a qualquer tempo.²²⁸

O referido autor reconhece que a interpretação do direito penal é diferente da interpretação do Direito Administrativo. Defende, no entanto, que há uma tendência de convergência entre os métodos hermenêuticos de ambos, em especial a partir das interpretações constitucionais, da doutrina universal dos direitos humanos e da teoria

²²⁷ “As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. Exemplo desta realidade ocorre também no âmbito da tutela dos direitos da infância e juventude, onde há sanções administrativas aplicadas por autoridades judiciárias, como se sabe, em nosso ordenamento jurídico. Entendemos, portanto, que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um de seus polos a figura da Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafiando o Direito Punitivo. Vale aduzir, ainda, também como reforço à possibilidade de o legislador democraticamente, outorgar instrumentos sancionatórios, disciplinados pelo Direito Administrativo, ao Estado-juiz, que esse ramo jurídico regula relações submetidas ao Poder Judiciário. Nesse diapasão, ao Direito Administrativo compete regular as responsabilidades do agente público perante o Estado, porque, de um lado, é possível dizer que o agente público que, com falta pessoal, causa prejuízo a terceiros, fica passível de responsabilização perante o Estado, ao passo que este, juntamente com aquele, se torna responsável perante os lesados. Cabe ao Direito Administrativo, pois, em um primeiro plano, dispor sobre as responsabilidades do agente público faltoso perante o próprio Estado, o que pode envolver um juízo em torno às competências processuais para aplicar tais normas. Induvidosamente, de qualquer sorte, tais responsabilidades, disciplinadas pelo Direito Administrativo, envolvem abertura às competências do Judiciário, desde que assim venha disciplinado em lei”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7.ed.. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020, p. 97.

²²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.130.

dos direitos fundamentais.²²⁹ Haveria, pois, uma unidade entre os princípios aplicáveis a ambas as espécies de Direito Sancionador, embora não se trate de regimes jurídicos idênticos.²³⁰

Nesse sentido, o entendimento de que a diferença entre direito penal e Direito Administrativo Sancionador é meramente formal e que, portanto, não há distinções substanciais entre sanções penais e sanções administrativas faz com que boa parte dos autores defendam a existência de uma unidade do *ius puniendi* estatal. Cria-se, com isso, os elementos necessários para o surgimento do Direito Público Punitivo, com o compartilhamento de princípios entre os dois ramos do direito de igual maneira, sem distinções.²³¹

Sirlene Nunes Arêdes, em trabalho dedicado ao assunto, busca identificar a distinção entre sanções penais e administrativas. Nesse sentido, destaca que os critérios que podem ser utilizados nessa distinção são os formais, materiais e quantitativos. No que se refere aos aspectos formais, a autora critica a diferenciação entre sanções penais e administrativas com base no procedimento ou na autoridade competente, uma vez que tal diferenciação não justifica a existência de regime jurídico diferenciado de tais sanções.²³²

A autora defende a existência de uma unidade do poder punitivo estatal com um conteúdo obrigatório mínimo, aplicável tanto ao direito penal quanto ao Direito Administrativo Sancionador. Desse modo, o poder punitivo estatal é submetido a

²²⁹ “A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa, pode-se constatar, em face de toda uma tradição hermenêutica que busca a garantia de direitos individuais contra o poder do Estado. No entanto, essa não é a tendência atual, eis que o Direito Penal começa a ganhar contornos funcionalistas, especialmente na interpretação dos tipos, nem tanto na fixação das penas, é pragmático enfrenta com extremo rigor determinadas formas de criminalidade de alto impacto social. A interpretação do Direito Administrativo Sancionador, por seu turno, ganhou novos ares, renovou-se, aproximando-se do ideário humanista que contagiou toda a evolução das Ciências Penais e da dogmática penal. De todos os modos, a interpretação constitucional, a doutrina universal dos direitos humanos, a teoria dos direitos fundamentais, o papel unificador da Teoria Geral do Direito, tudo conduz a uma progressiva aproximação dos métodos hermenêuticos, mormente em área comum ao Direito Sancionador, seja ele Penal, seja Administrativo”. Idem, p. 145.

²³⁰ “Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos”. Idem, p. 168.

²³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 127.

²³² ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 105.

garantias constitucionais mínimas, as quais impedem que o Poder Legislativo as afaste, qualificando um ilícito como penal ou administrativo. Ou seja: há um conteúdo mínimo de garantias constitucionais que se aplicam ao Direito Sancionador Estatal como gênero, os quais se aplicam, indistintamente, para as sanções administrativas e para as sanções penais.²³³ Reconhece-se, no entanto, que há princípios referentes à infração administrativa que não são aceitos unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência, em especial a proibição de *bis in idem* por práticas penais e administrativas, as exigências de legalidade na tipificação das infrações e a exigência de dolo e culpa nas infrações administrativas.²³⁴

A distinção entre direito penal e Direito Administrativo Sancionador, unicamente pelo critério formal – autoridade que aplica a pena –, não é unânime e vem sendo contestada. Na Espanha, destaca-se o posicionamento de Alejandro Nieto. Segundo o autor, houve alteração profunda no tratamento dado ao Poder Sancionador do Estado durante o constitucionalismo do século XIX, com a outorga do monopólio do seu exercício ao Juiz. Porém, após o segundo pós-guerra, o pêndulo da balança oscilou novamente, voltando-se ao reconhecimento do poder sancionador da Administração.²³⁵ O autor sustenta que esse giro da legislação espanhola, o que também se observou no restante da Europa, tinha como premissa a insustentabilidade de todas as sanções serem submetidas ao Poder Judiciário, o que geraria o colapso da Administração Judicial.²³⁶

O autor defende que o momento atual não exige mais que se justifique a existência do Direito Administrativo Sancionador, mas sim que se possa traçar as suas premissas jurídicas. Para ele, a “despenalização” de determinadas matérias, transformando-as em penalidades administrativas, exige que se adote no processo sancionatório garantias similares às adotadas no processo penal. Assim, o desafio

²³³ “A submissão de todo o poder punitivo às garantias constitucionais impede que o Poder Legislativo as afaste ao qualificar determinado ilícito de uma forma ou de outra, ou mesmo criar novo tipo de ilícito. Portanto, a unidade do poder punitivo estatal consiste na existência de “cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto ao Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade” (OSÓRIO, 2005, p. 153). Entender, em sentido contrário, leva à atomização da ciência jurídica em claro prejuízo aos direitos fundamentais (AFTALIÓN, 1955, p. 5)”. Idem, p. 155.

²³⁴ ARÉDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 157.

²³⁵ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 47.

²³⁶ Idem, p. 48.

atual é o de fixar, com precisão, os limites do exercício dos poderes administrativos sancionadores.²³⁷

Para o autor, haveria uma diferença substancial entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito penal. É que o primeiro seria um complemento das atividades materiais de gestão do Estado, sendo que as sanções serviriam para o complemento eficaz dessa gestão em caso de seu descumprimento.²³⁸ Assim, ao se considerar o poder sancionador da Administração como um poder anexo ao poder de regular e de executar a atuação pública em determinadas matérias, ele adquire maior substantividade e flexibilidade, sem desvincular-se das garantias constitucionais penais. Compreendido dessa forma, o Direito Administrativo Sancionador deixa de ser uma mera manifestação do poder punitivo do Estado.

De todo modo, o autor destaca que, independentemente da forma como se compreendam as sanções administrativas e os delitos penais, não há dúvida de que são figuras normativas diversas, cabendo ao legislador qualificar a conduta em uma ou outra. Nesse sentido, ressalta um movimento geral de despenalização, baseado no princípio da intervenção penal mínima, destacando-se as orientações do XIV Congresso Internacional de Direito Penal de 1989 e as Resoluções do Congresso de Estocolmo.²³⁹ A livre disponibilidade do legislador sobre a classificação da sanção como penal ou administrativa foi referendada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na sentença de 21 de fevereiro de 1984, em seu fundamento 49, no qual estabelece:

O convênio de Roma não impede aos Estados (...) estabelecer e manter uma distinção entre diferentes tipos de infrações definidas pelo direito interno (...) O legislador que subtrai certos comportamentos da categoria de infrações penais pode servir, de uma só vez, aos interesses dos indivíduos e aos imperativos de uma boa Administração da Justiça, particularmente quando libera as autoridades judiciais da persecução e repressão de faltas, numerosas porém de pouca importância, às normas da circulação viária. O Convênio não contradiz as tendências da despenalização que aparecem, sob

²³⁷ “O problema atual não é o da existência do poder administrativo sancionador, e nem sequer o de sua justificação, senão muito mais sensivelmente o de sua juridificação. Não se trata mais (em outras palavras) de devolver aos juízes poderes indevidamente detidos pela Administração senão conseguir que esta ofereça em seu exercício as mesmas garantias que os juízes e processos penais. E assim, a “despenalização” das matérias se corresponde com uma “juridificação” dos procedimentos e garantias. Ou dito de outra maneira (igualmente comum na doutrina e na jurisprudência): admitida e indiscutida a existência do poder sancionador da Administração, o verdadeiramente importante é fixar com precisão os limites do seu exercício.” (tradução nossa) NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p.50.

²³⁸ Idem, p. 53.

²³⁹ Idem, p. 129.

formas muito diversas, nos Estados membros do Conselho da Europa. (tradução livre) ²⁴⁰

Assim, no processo de aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e direito penal, o autor destaca a existência de três fases. Na primeira fase, o direito penal foi aplicado às infrações administrativas de forma supletiva e com o objetivo de preenchimento de lacunas. Já nos anos oitenta saltou-se para uma segunda fase, durante a qual se passou- a entender que os princípios do direito penal não teriam aplicação supletiva, mas, sim, aplicação direta no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Já a terceira fase se caracteriza pela constitucionalização dessa integração. De todo modo, o autor reconhece que o resultado dessa evolução foi a aplicação, ao Direito Administrativo Sancionador, dos princípios do direito penal, o que, em sua visão, merece ser objeto de reflexão crítica.²⁴¹

A respeito da aplicação dos princípios do direito penal ao Direito Administrativo Sancionador, o autor conclui com duas proposições: (1ª) aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador os princípios constitucionais que sejam comuns a todo o ordenamento punitivo do Estado, ainda que oriundos do direito penal; (2ª) desde que não haja princípios próprios do Direito Administrativos Sancionador, podem também ser a ele aplicáveis os princípios do direito penal não constitucionalizados.²⁴²

O autor destaca três motivos que levam à prevalência atual dos princípios do direito penal em relação ao Direito Administrativo Sancionador: (1º) cronológica, já que o direito penal já tem seus princípios fundamentais consolidados, não sucedendo o mesmo com o Direito Administrativo Sancionador; (2º) constitucional, visto que os princípios do direito penal representam garantias para os indivíduos, sendo imperioso o nivelamento por cima por parte do Direito Administrativo Sancionador; (3º) dogmática, uma vez que Direito Administrativo Sancionador e direito penal fazem parte do gênero “Direito Punitivo do Estado”.²⁴³

De todo modo, não obstante essa integração entre os princípios do direito penal e do Direito Administrativo Sancionador, o autor destaca que a aplicação não deve se dar de forma automática, mas sim com adaptações. Princípios como legalidade,

²⁴⁰ No original: “El convenio de Roma no impide a los Estados (...) establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno (...) El legislador que sustraer ciertos comportamientos de la categoría de infracciones penales puede servir, a la vez, al interés del individuo y a los imperativos de una buena Administración de Justicia, particularmente cuando libera a las autoridades judiciales de la persecución y represión de faltas, numerosas pero de escasa importancia, a las normas de la circulación viaria. El Convenio no contradice las tendencias a la despenalización que aparecen, bajo formas muy diversas, em los Estados miembros del Consejo de Europa.” Idem, p. 130.

²⁴¹ Idem, p. 131-132.

²⁴² Idem, p. 134.

²⁴³ Idem, p. 134-135.

reserva de lei, tipificação, culpabilidade e não ‘bis in idem’ não têm o mesmo alcance no Direito Administrativo Sancionador como no direito penal. O mais difícil, porém, é precisar a intensidade da aplicação de cada um deles ao Direito Administrativo Sancionador, visto que não há um critério geral nesse sentido.²⁴⁴

O autor propõe uma ordem de classificação dos princípios de direito penal ao Direito Administrativo. Ele explica que o Direito Administrativo Sancionador é, antes de tudo, Direito Administrativo, sendo o “Sancionador” uma adaptação adjetiva. Assim, a aplicação dos princípios do direito penal deveria ser ordenada da seguinte maneira:

1º - Os princípios punitivos constitucionalizados aplicados nos termos determinados pela jurisprudência (dada a sobriedade do texto constitucional) e que não tem de coincidir necessariamente com o conteúdo próprio do Direito Penal, posto que devem ser matizados e adaptados às peculiaridades de cada ilícito administrativo concreto. Estes princípios constituem o núcleo mínimo e imprescindível do Direito Administrativo Sancionador, diga o que diga a legislação ordinária que, em caso de contradição, deve ceder a eles.

2º - As disposições expressas do Direito Administrativo Sancionador, sejam de caráter geral (com a Lei do Regime Jurídico da Administração Pública e do Procedimento Administrativo Comum) ou setorial (como a Lei de Infrações e Sanções de Ordem Social) ou material (com a Lei das Águas);

3º - Nas lacunas e silêncios das disposições do número segundo que não estão cobertas pelos princípios – e critérios – do número 1 se aplicaram as regras do Direito Administrativo e, em último termo, os princípios do Direito Penal, prévia e devidamente adaptados às circunstâncias do ilícito concreto de que se trate. (tradução nossa)²⁴⁵

²⁴⁴ “De cualquier manera que sea, lo que em todo caso está fuera de duda es que los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a ser lo de forma mecánica, sino “com matices”, es decir, debidamente adaptados al campo que los importa. Conste, por lo demás, que esta afirmación no es un mero desideratum teórico ni una simple declaración jurisprudencial, sino que así es lo que realmente sucede, como se comprobará cumplidamente a lo largo de todos y cada uno de los capítulos de este libro: nulidad, reserva de ley, tipificación, culpabilidad, ni el bis in idem, ni la prescripción tienen el mismo alcance en el Derecho Administrativo. Lo difícil, con todo, es graduar con precisión la diferente intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general”. Idem, p. 138.

²⁴⁵ “1º Los principios punitivos constitucionalizados aplicados en los términos precisados por la jurisprudencia (dada la sobriedad del texto constitucional) y que no han de coincidir necesariamente con el Derecho Penal, puesto que deben ser matizados y adaptados a las peculiaridades de cada ilícito administrativo concreto. Estos principios constituyen el núcleo mínimo e imprescindible del Derecho Administrativo Sancionador, diga lo que diga la legislación ordinaria que, en caso de contradicción, debe ceder ante ellos.
2º Las disposiciones expresas del Derecho Administrativo Sancionador, sean de carácter general (como la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) o sectorial (como la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) o material (como la Ley de Aguas).
3º En las lagunas y silencios de las disposiciones del número segundo que no estén cubiertas por los principios – y criterios – del número 1 se aplicarán las reglas del Derecho Administrativo y, en último término, los principios del Derecho Penal, previa y debidamente adaptados a las circunstancias del ilícito concreto de que se trate.” Idem, p. 146.

Na mesma linha de Alejandro Nieto, no Brasil Alice Voronoff defende que a referida unidade principiológica e conceitual entre direito penal e Direito Administrativo Sancionador não existe. Para a autora, o que houve foi que, mediante o grande crescimento das sanções administrativas e diante da inexistência de uma teoria própria a amparar a teoria das sanções administrativas, o primeiro recurso da doutrina foi se valer de princípios próprios do direito penal. Todavia, conforme defende a autora, o Direito Administrativo possui dinâmica e principiologia própria, o que não admite que se transfira, de forma automática e acrítica, todos os princípios do direito penal para o Direito Administrativo Sancionador.²⁴⁶

A autora destaca, também, as dificuldades enfrentadas pelo Direito Administrativo Sancionador de se estabelecer como um sistema interpretativo próprio. Em especial, ressalta-se a inviabilidade de se estabelecer uma lei geral sobre sanções administrativas, o que decorre, em especial, da heterogeneidade de temas que são abrangidos pelas sanções administrativas.²⁴⁷ Afinal, o Direito Administrativo Sancionador abrange áreas como a contratual (de que trata esta tese), a disciplinar (relacionada aos servidores públicos) e a regulatória (ligada à regulação do mercado).

Portanto, para Alice Voronoff é possível identificar distinções materiais entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito penal. Segundo a autora, enquanto o direito penal tem como finalidade inerente o castigo, com um olhar retrospectivo sob a sanção, o Direito Administrativo Sancionador possui objetivo prospectivo e conformativo, com o objetivo de evitar condutas futuras contrárias ao interesse público.²⁴⁸ Além disso, as sanções administrativas são ferramentas de gestão, com vistas a incentivar determinadas atitudes que promovam a conformação das condutas ao interesse público almejado pelo ordenamento jurídico, função essa que não está presente no direito penal.²⁴⁹

Ao mesmo tempo, embora a doutrina seja, muitas vezes, categórica quanto à necessidade de garantias constitucionais aplicáveis à sanção administrativa, como por exemplo, a aplicação de tipicidade dos ilícitos mais exaurientes, há grande dificuldade prática de aplicação ou, muitas vezes, até inviabilidade.²⁵⁰ Todos esses fatores são

²⁴⁶ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 27.

²⁴⁷ Idem, p. 46.

²⁴⁸ Idem, p. 102.

²⁴⁹ Idem, p. 109.

²⁵⁰ Idem, p. 47.

causa de dificuldade na independência do Direito Administrativo Sancionador em relação ao direito penal.

Desse modo, no que se refere à diferenciação entre sanções penais e sanções administrativas, é possível identificar duas correntes: de um lado, a que nega a existência de distinção ontológica entre eles, sendo a única diferença, a de natureza formal procedimental, quanto à autoridade perante a qual é aplicada; nesse caso, poderia se reconhecer identidade de regime jurídico entre as duas espécies de sanções. E, de outro lado, os que defendem a existência de distinção material entre sanções administrativas e sanções penais, especialmente em razão do papel da sanção administrativa frente à gestão pública, sendo necessária a adaptação de alguns princípios do direito penal para a sua aplicação ao Direito Administrativo.

Neste estudo, entende-se que os princípios do direito penal não podem ser importados, de forma acrítica, para o Direito Administrativo. É exigível que princípios penais de natureza garantidora, em especial os processuais, sejam incorporados pelo Direito Administrativo Sancionador. Porém, na linha do que defendem Alice Voronoff e Alejandro Nieto, é necessário que alguns deles sejam adaptados à realidade do Direito Administrativo, de modo a adequá-los à própria função da sanção administrativa.

O presente trabalho trata de uma das vertentes do Direito Administrativo Sancionador que é a seara dos contratos administrativos. Conforme abordagem realizada nas seções anteriores, os contratos celebrados pela Administração Pública estão inspirados pelo ideal de consensualidade e de participação que buscam, ao máximo, o prestígio à relação de bilateralidade. Portanto, se no âmbito regulatório e no disciplinar já se justificam princípios próprios para as sanções administrativas, com mais razão devem ser adaptados os princípios para a atividade sancionatória da Administração, no âmbito de contratos por ela celebrados. Destaca-se, porém, que tal adaptação deve se dar sem perda das garantias constitucionais aplicáveis ao processo sancionatório.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, é possível reconhecer uma matriz constitucional comum de garantias na aplicação de sanções, em especial a legalidade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, todos aplicáveis também na esfera administrativa. Porém, o que se defende aqui é que, para além dessa matriz constitucional comum, os princípios próprios do direito penal não podem ser importados de forma automática para as sanções administrativas, especialmente

aquelas referentes à atividade contratual da Administração Pública, em que prepondera a consensualidade e a bilateralidade.

3.1.2 Sanções administrativas e outras figuras afins

Feita a caracterização do campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador, é importante, para fins de delimitação metodológica, fazer a distinção entre sanções administrativas e outras medidas afins existentes no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico prevê diversas medidas administrativas que muito se assemelham às sanções administrativas, mas que com elas não podem ser confundidas, inclusive para fins de definição do regime jurídico aplicável.

Inicialmente, faz-se necessário distinguir as **sanções administrativas das medidas de polícia**. Segundo Fábio Medina Osório, o poder administrativo de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade do próprio Estado”.²⁵¹ Segundo o autor, tais medidas podem estar ligadas a um ato ilícito ou ao perigo de sua ocorrência, porém não possuem um caráter punitivo, não se enquadrando no conceito de sanções administrativas. Nesse sentido, ações administrativas como impedimento ao particular do exercício de uma determinada atividade ou interdição de um estabelecimento que não atenda às normas regulamentadoras não são propriamente sanções administrativas, mas sim o controle da legalidade pela Administração.

A propósito, o poder de polícia assume feição preventiva e urgente, impedindo que atividades nocivas à legalidade ou ao bem comum sejam exercidas, seja de modo a não autorizar seu início ou impedir sua continuidade. Porém, a aplicação de sanção possui natureza diversa, visto que sua aplicação demanda a observância de diversas garantias aos particulares, em especial o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. O poder de polícia antecede o poder sancionador.²⁵²

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece a distinção entre **sanções administrativas e medidas acautelatórias**, assim consideradas “medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar, de imediato para

²⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 114.

²⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 116.

prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa”.²⁵³ Segundo o autor, a finalidade da medida acautelatória não é a intimidação, mas fazer cessar comportamentos danosos ou “abortar” a possibilidade de que ocorram. A medida acautelatória pode resultar na aplicação de sanção administrativa, mas essa última depende de observância do devido processo legal.

Alejandro Nieto também aponta que as medidas de fechamento de estabelecimento por falta de licença ou por descumprimento de condições impostas pela Lei se caracterizam como medidas de restabelecimento da legalidade, não sendo adequado classificá-las como sanção administrativa.²⁵⁴

Já para Sirlene Nunes Arêdes, medidas cautelares e punitivas se diferenciam pela finalidade e pelo fundamento, uma vez que as medidas cautelares possuem como fundamento a necessidade de imediata atuação da Administração, com o objetivo de evitar danos ao interesse protegido. Assim, a medida cautelar terá a característica de autoexecutoriedade, mesmo na ausência de previsão normativa expressa.²⁵⁵

Importante, todavia, o alerta feito pela autora de que as medidas cautelares também exigem previsão legal e, não havendo previsão legal, a Administração somente deve se utilizar delas em situações extremas, devendo, como regra, recorrer antes ao Poder Judiciário por meio das medidas judiciais cautelares.²⁵⁶

Fábio Medina Osório também destaca a distinção entre **sanções administrativas e medidas rescisórias**. Essas últimas, também conhecidas como sanções rescisórias, decorrem de atos ou contratos administrativos. Trata-se da

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed.. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 817 - 818.

²⁵⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018.p. 158.

²⁵⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p.82.

²⁵⁶ “Essas medidas apenas são cabíveis se legalmente previstas, pois se caracterizam também em medidas restritivas. Ausente previsão legal quanto à aplicação da medida cautelar; apenas em casos extremos justifica-se que a Administração atue sem a autorização judicial, uma vez que o processo civil moderno permite a imediata obtenção de provimentos jurisdicionais capazes de garantir a rápida execução de medidas administrativas. É necessário, portanto, além da urgência, a impossibilidade de obtenção de provimento jurisdicional prévio para que as medidas cautelares sejam aplicadas quando a lei não lhes atribui autoexecutoriedade”. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 83.

extinção de um ato favorável, estabelecido em favor do particular como resultado de não mais haver o preenchimento dos requisitos legais.

Ao tratar das medidas rescisórias, o autor traz importante reflexão a respeito da natureza jurídica das sanções contratuais. Segundo ele, as relações bilaterais permitem sancionamento específico, regido pelo contrato e que produzem efeitos em seu interior, e não decorrem de um poder punitivo genérico do Estado. Nessas hipóteses, quando se tratar de medidas sancionatórias internas à relação bilateral, as sanções administrativas não estariam submetidas aos princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, em especial a vedação do *bis in idem*.²⁵⁷ Nesse sentido, explica o autor:

Resulta claro, portanto, que medidas restritas ao âmbito de uma relação bilateral, ainda que dotadas de conteúdo aflagante e ligadas ao princípio da legalidade, podem privar o particular do gozo dos direitos decorrentes daquela relação, revogando-a, anulando-a, alterando-a dentro do quadro normativo permissivo. Essas mesmas medidas podem ser, inclusive, denominadas de sanções, mas parece evidente que, de um ponto de vista material, tais medidas não se ajustam ao âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador. São sanções contratuais, ligadas exclusivamente ao contrato. Não ostentam a nota da generalidade que é inerente às sanções administrativas.

Sem embargo, se da relação contratual emergem pretensões punitivas com alcance geral e *pro futuro*, parece que haverá uma submissão dessa medida ao regime jurídico básico do Direito Administrativo Sancionador, porque haverá, por certo, aplicação de uma autêntica sanção administrativa que afeta direitos fundamentais gerais dos destinatários. Nesse caso, o contrato passará à condição de elemento normativo da figura típica, a ser aquilatado pelo intérprete, à luz das regras e princípios do Direito Administrativo Sancionador. Inviável, em tais casos, relegar o administrado à condição de desamparo.²⁵⁸

Portanto, na linha de entendimento de Fábio Medina Osório, estariam excluídas do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador medidas contratuais como aplicação de multa, advertência e rescisão unilateral do contrato administrativo, uma vez que sua repercussão é interna ao contrato administrativo. Porém, as sanções restritivas de direitos que decorrem de relação contratual, tais como suspensão ou impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, ainda que decorram da relação contratual, são medidas sancionatórias que se incluem no âmbito de atuação do Direito Administrativo Sancionador.

²⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 117.

²⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 119.

Régis Fernandes de Oliveira sustenta que tanto multas moratórias (às quais o autor trata como aplicadas em função do tempo) quanto as multas punitivas possuem natureza de sanção administrativa. Segundo o autor, em ambos os casos elas representariam reação da ordem jurídica a comportamento que não corresponde à norma.²⁵⁹

Sirlene Nunes Arêdes, por sua vez, discorda do entendimento de que multas coercitivas não estariam abrangidas no conceito de sanção. Para a autora, tais multas possuem a finalidade de coagir ao cumprimento de decisão administrativa ou judicial. Assim consideradas, devem se submeter a todos os princípios constitucionais do Direito Punitivo Estatal, em especial “devido processo legal, responsabilidade pessoal e vedação ao *bis in idem*”.²⁶⁰

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández colocam as sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis, na qual se incluem aquelas decorrentes de contratos administrativos, como espécie de sanções administrativas de autoproteção. Para eles, trata-se de sanção que se insere em uma relação jurídica de supremacia especial, sendo comparada com a relação disciplinar dos servidores públicos. Ou seja: estariam incluídas no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.²⁶¹

A respeito das medidas rescisórias, a distinção mais adequada é aquela que aborda a rescisão por culpa do contratado em contraposição à rescisão sem culpa. No caso de haver culpa do contratado, o entendimento mais adequado é que a rescisão é consequência de seu inadimplemento e terá, sim, natureza sancionatória.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.p. 69.

²⁶⁰ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p.83.

²⁶¹ No último exemplo (concessões e contratos) estamos de novo em presença de uma decisão que se produz no seio de uma típica relação de supremacia especial e, portanto, a construção desta potestade sancionadora se aproxima do modelo da potestade disciplinar (estritamente dentro desta se produzem sanções muito semelhantes: separação do funcionário, perda de direitos acadêmicos do estudante, etc.). Mas sobre este modelo teve lugar aqui uma extensão analógica ao caso das autorizações e licenças que, como regra geral, não criam estritamente relações permanentes de supremacia especial entre a Administração autorizante e o autorizado. Simplesmente se trata de privação do benefício que o administrado obtém de um ato administrativo de cuja virtualidade tem abusado; a atuação sobre o ato administrativo em que a sanção consiste mantém a perspectiva, mais ou menos convencional, porém efetiva, de uma atuação interna ou doméstica”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 879-880.

Porém, nas hipóteses em que não houver culpa do particular, ocorrendo a rescisão por razões de interesse público por culpa da Administração ou por caso fortuito ou força maior, trata-se de medida que não possui natureza sancionatória e não será abrangida pelo Direito Administrativo Sancionador. A propósito, conforme se verá na seção 3.5.3., a legislação brasileira traz várias garantias para o particular contratado por ocasião da rescisão não sancionatória, especialmente quando se trata de concessões de serviços públicos, em que convivem com altos investimentos do particular contratado.

Também se diferem das sanções administrativas as medidas de ressarcimento ao erário. Conforme explica Fábio Medina Osório, tal medida não tem natureza de sanção, sendo seu objetivo mais próximo das medidas de indenização próprias do Direito Civil. As medidas de ressarcimento, em especial no âmbito administrativo do Direito Administrativo, ligadas às hipóteses de lesão ao erário, se dedicam ao restabelecimento do estado anterior, não se qualificando como sanção.²⁶²

De igual modo, Alejandro Nieto afasta da qualificação como sanção administrativa as medidas de ressarcimento ao erário, as quais podem ser estabelecidas em paralelo à sanção, porém não se caracterizam como tal.²⁶³ O autor também destaca que os juros de mora não se confundem com sanção administrativa. Como possuem mero caráter ressarcitório, não podem ser caracterizados como sanção administrativa.²⁶⁴

Sirlene Nunes Arêdes também aborda a distinção entre sanções e medidas reparatórias. Em termos de distinção ontológica da natureza das medidas, a autora, com base na teoria de Eugenio Zaffaroni, destaca que o modelo reparador tem natureza de solução de conflitos, enquanto o modelo punitivo é de decisão de conflitos. Isso porque o modelo reparador devolve à sociedade o *status quo ante*, ao passo que o punitivo apenas “permite que o Estado, mediante um ato de poder, decida o conflito, sem que se possa dizer que esse se encontra solucionado no contexto social”.²⁶⁵

²⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 120.

²⁶³ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed.. Madrid: Tecnos, 2018, p. 159.

²⁶⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 2018.p. 157.

²⁶⁵ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 77.

A autora destaca que o fundamento das medidas reparatórias é o dano e sua finalidade é a restauração do *status quo ante*. Nesse caso, incide a responsabilidade civil, ainda que se trate de conduta lícita. Por outro lado, quando se trata da aplicação de penas ou sanções administrativas, não é necessária a existência do dano, uma vez que as sanções punitivas possuem como fundamento a reprovabilidade social da conduta, que encontra tipificação como conduta ilícita em norma específica.²⁶⁶

A distinção em referência deverá ser aplicada, independentemente da nomenclatura adotada. Ou seja: se a finalidade da medida é a restituição *do status quo ante* e seu fundamento é o dano, têm-se medida reparatória; se a medida não tem relação com o dano causado à Administração e sua finalidade é punitiva, têm-se sanção administrativa.²⁶⁷

Essa distinção possui consequências, uma vez que para a medida reparatória cuja finalidade é a restauração do *status quo ante*, não são exigíveis a tipicidade, a responsabilidade subjetiva ou a individualização da pena. Nesse caso, é admitida a responsabilidade solidária, subsidiária, por ato de terceiro e, até mesmo, objetiva.²⁶⁸

A autora conclui definindo conceito que identifica a existência de poder punitivo do Estado:

Reconhece-se o poder punitivo estatal todas as vezes que a norma prescreve para o descumprimento de uma obrigação legal a aplicação de penalidade, isto é, de uma sanção que não tenha por finalidade reparar um dano moral ou patrimonial específico ou impedir dano ou perigo de lesão a direitos fundamentais.²⁶⁹

Ou seja, na visão da autora excluem-se do conceito de poder punitivo estatal apenas as medidas reparatórias e as medidas acautelatórias, também apartadas de tal conceito pelos demais doutrinadores aqui referenciados.

É relevante a diferenciação proposta pelos autores, uma vez que medidas reparatórias não possuem a mesma finalidade da sanção, não estando, portanto, abrangidas pelo Direito Administrativo Sancionador, pela sua natureza de mero

²⁶⁶ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 77.

²⁶⁷ Idem, p. 80.

²⁶⁸ Idem, p. 78.

²⁶⁹ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 86.

restabelecimento do *status quo ante*. De toda forma, é importante destacar que mesmo as medidas que não se submetem ao Direito Administrativo Sancionador devem observar, sempre que possível, os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Obviamente que existem situações, como as relacionadas ao exercício do poder de polícia, em que a urgência impede que tais garantias sejam observadas (por exemplo, o fechamento de um estabelecimento comercial que oferece risco à saúde pública). Porém, essas hipóteses devem representar exceção. A adoção do regime de garantias constitucionais, no que se refere a medidas restritivas de direitos, deve ser observado tanto quanto possível. A existência de medidas às quais não se aplica o Direito Administrativo Sancionador não deve representar imunidade à aplicação das garantias constitucionais.

3.1.3 Espécies de sanções administrativas e as sanções contratuais

O rol de medidas classificadas como sanções administrativas é extenso e variado. Esse é um dos motivos que torna bastante desafiadora a criação de um regime jurídico único para regular as sanções. Embora todas as sanções administrativas estejam submetidas a um mesmo regime jurídico, os autores costumam identificar distinções entre espécies de sanções, para fins meramente didáticos.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández dividem as sanções administrativas em sanções de autoproteção e sanções de proteção da ordem geral. A sanção administrativa de autoproteção está ligada à proteção da Administração, sua organização e seu funcionamento, não estando ligada aos cidadãos em abstrato. Ela se manifestaria em quatro tipos básicos: (1º) sanções disciplinares; (2º) sanções de “polícia dinamantes”; (3º) sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis e (4º) sanções tributárias.²⁷⁰

Ao fazer a classificação de tais sanções, os autores adotam a tese da relação jurídica de sujeição especial. As sanções disciplinares seriam, pois, decorrentes dessa relação jurídica de sujeição especial travada entre particular e Administração, sujeita, pois, às penalidades próprias do regime jurídico dessa relação. Nesse aspecto, os autores consideram ser possível diferenciá-las da potestade punitiva penal, visto que

²⁷⁰ FERNANDÉZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo García. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 877.

as sanções disciplinares decorrem de uma supremacia especial, enquanto a potestade penal decorre de uma supremacia geral. Nessa classificação estão incluídos os poderes disciplinares exercidos em relação aos servidores públicos, usuários de serviços públicos e os particulares contratados pela Administração.²⁷¹

Juntamente com as sanções administrativas de autoproteção estão as sanções de “polícia emanante”, as quais se referem à proteção das funções públicas relacionadas à relação jurídica com o domínio público. Refere-se àqueles casos em que o indivíduo não está envolvido em relação jurídica de sujeição especial, mas comete alguma infração que se relaciona com a “boa ordem das coisas administrativas, estabelecendo assim um círculo de proteção não disciplinar”.²⁷²

Além dessas, os autores relacionam, também, as sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis, assim classificadas aquelas que atuam na revogação ou perda de uma situação jurídica vantajosa para o particular. Trata-se da perda de um direito em prol da finalidade protetora da ordem administrativa. Nesse caso, enquadram-se, por exemplo, as revogações de licenças, como o recolhimento da carteira de habilitação.²⁷³

Por fim, no bojo das sanções administrativas de autoproteção estão as sanções tributárias, por meio das quais a Administração protege seu direito de tributar. Aplica-se a sanção pelo não cumprimento de obrigações tributárias por parte do particular.²⁷⁴

Já as sanções administrativas de proteção da ordem geral têm como objetivo a proteção da ordem social como um todo e não a proteção da Administração como instituição. É a aplicação de penalidades administrativas com o objetivo de resguardar a vida em sociedade, sendo consideradas sanções de ordem pública, tais como a urbanística, a disciplina de mercado, espetáculos etc.²⁷⁵

Rafael Munhoz de Mello, por sua vez, propõe a classificação de dois tipos de sanções administrativas: as sanções retributivas e as sanções ressarcitórias. As sanções retributivas são aquelas que se esgotam na aplicação de algum mal ao infrator, tendo finalidade preventiva, situando-se nesse aspecto, ao lado da sanção de direito penal. Já a sanção ressarcitória é medida aflitiva que busca restaurar o *status quo ante*, de modo que o dano causado à vítima seja ressarcido.

²⁷¹ Idem, p. 878.

²⁷² Idem, p. 879.

²⁷³ Idem, p. 879 – 880.

²⁷⁴ Idem, p. 880.

²⁷⁵ Idem, p. 881.

O autor explica, ainda, que a sanção classificada como retributiva tem como fim a pessoa do infrator, visto que lhe impõe um mal com a finalidade de preventiva, para que ele não volte a cometer infrações, servindo como função exemplar para a sociedade. Já a sanção ressarcitória tem como referência a vítima, e busca reparar a ela o dano que lhe foi imposto.

Com base nessa diferenciação, o autor entende que as sanções ressarcitórias não se classificariam como sanções administrativas, possuindo regime jurídico distinto e se caracterizando como medidas aflitivas retributivas. Nesse caso, não haveria a aplicação do regime jurídico do direito punitivo e dos princípios comuns ao direito penal. O autor justifica que para elas não é necessário, por exemplo, a descrição detalhada da conduta proibida, já que essa é uma só: não causar dano.

Entretanto, às sanções administrativas retributivas se aplicaria o regime jurídico punitivo e o núcleo comum de princípios constitucionais, em especial tipicidade, a culpabilidade e a pessoalidade e intransmissibilidade da sanção.²⁷⁶

Régis Fernandes de Oliveira destaca, também, a distinção entre infrações decorrentes de relações jurídicas gerais e de relações decorrentes de vínculos especiais com a Administração. Conclui que, embora seja possível traçar distinção didática entre elas, não possuem diferença quanto à sua essência, devendo ter o mesmo tratamento do ordenamento jurídico.²⁷⁷

No mesmo sentido, Sirlene Nunes Arêdes destaca que o poder punitivo estatal possui um núcleo comum de normas constitucionais que lhe são aplicáveis, com destaque para “a legalidade, a tipicidade, a responsabilidade pessoal e subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal a individualização da pena e o *ne bis in idem*”.²⁷⁸ Ocorre que esse poder punitivo, embora possua essa unidade principiológica, não se manifesta por meio de regime jurídico único. Assim a autora divide a manifestação do poder punitivo em relações gerais e relações especiais.

No âmbito das relações gerais, o ilícito administrativo leva à imposição de sanções de polícia, podendo ser aplicado tanto na esfera judicial quanto na esfera

²⁷⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005, p. 29.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 19.

²⁷⁸ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 87.

administrativa. Já no âmbito das relações especiais, o poder punitivo administrativo é exercido no âmbito das relações disciplinares dos agentes públicos, nas relações contratuais com a Administração, em relação às pessoas recolhidas a estabelecimentos prisionais, usuários de serviços públicos, dentre outras hipóteses de relações especiais com o Poder Público. Tais relações especiais podem ser punidas no âmbito administrativo, judicial, legislativo ou dos Tribunais de Contas, havendo procedimentos próprios em cada uma dessas hipóteses.²⁷⁹

Na mesma linha do que defendem Eduardo García de Enterría e Tomáz-Ramón Fernández, a autora destaca que as punições nas relações jurídicas gerais e nas relações jurídicas especiais possuem finalidade diversa. Enquanto nas relações gerais o objetivo é preservar os interesses da coletividade, nas relações especiais tais sanções possuem finalidade de autoproteção e objetivam a ordem e a eficácia interna da Administração Pública.²⁸⁰

A partir do que se observa do posicionamento da doutrina, é possível identificar no Brasil dois grandes grupos de sanções que envolvem o Direito Administrativo Sancionador. O primeiro se refere às sanções que decorrem de relações jurídicas travadas entre Administração e particulares, seja de natureza disciplinar (sanções disciplinares dos agentes públicos) seja de natureza contratual (sanções em contratos administrativos). Nesse grupo se enquadram as sanções decorrentes de contratos administrativos, objeto de análise do presente trabalho.

Como segundo grupo de sanções, é possível destacar aquelas decorrente do poder de polícia, por meio do qual o Poder Público fiscaliza o exercício de atividades privadas. Nesse caso trata-se do exercício do poder de polícia e da função regulatória do Estado.

Ocorre que, conforme já se sustentou até aqui, não há distinção de regime jurídico entre sanções aplicadas sob a égide de uma relação jurídica especial ou relação jurídica geral. O que se sustenta, porém, é que nas relações jurídicas contratuais, o princípio da bilateralidade é mais evidente que nas relações jurídicas unilaterais ou meramente regulatórias da Administração. Assim, as sanções decorrentes das relações contratuais da Administração devem ter como referência a

²⁷⁹ Idem, p. 89.

²⁸⁰ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções.** 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p.275.

bilateralidade, sem prejuízo da aplicação do núcleo básico de princípios constitucionais que regem as sanções administrativas.

3.2 Finalidades da sanção administrativa

Questão crucial para se entender a sanção administrativa é analisar a que finalidade ela se destina. Não basta apenas compreender que ela está voltada à proteção do interesse público, visto que isso pouco ou nada diz, já que todo e qualquer ato administrativo possui essa finalidade. O que se indaga é a finalidade específica da sanção na atuação da Administração Pública e no contexto do Estado Democrático de Direito.

A respeito da finalidade das sanções, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a previsão da penalização e a sua aplicação não são um fim em si mesmo, mas tem como objetivo coagir o potencial infrator a não se tornar inadimplente ou a cumprir a obrigação a que se comprometeu por força contratual.²⁸¹

Segundo o autor, a aplicação da sanção impõe a existência da culpabilidade. Não é possível impor sanções sem que a parte tenha dado causa ao ato infracional. Para ele, isso violaria a própria finalidade da sanção que tem o condão de evitar que o ato infracional ocorra.²⁸² Se a parte nada poderia ter feito para evitar a ocorrência do ato, não poderá ser punida. Tal conclusão tem relação com a finalidade da sanção, que reside justamente no desestímulo ao particular de incorrer em condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas a que se obrigou, tornando-se, em ambos os casos, inadimplente, bem como evitar a reincidência dele ou de outros contratados que, cientes da pena, certamente buscarão evitar incorrer no mesmo erro.

²⁸¹ “Então, é claro a todas as luzes que o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para constrange-los a aturar na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Se, todavia, a ameaça, a intimidação, não funcionou, e o comportamento profligado foi praticado ou o comportamento exigido não foi praticado, deflagra-se a sanção. O que com ela se pretende é despertar em que a sofreu um estímulo para que não reincida ou vergar-lhe a resistência ao cumprimento da conduta prescrita (como ocorre nas multas cominatórias em que o gravame se repete iterativamente) e é, ainda, demais disto, exercer uma função exemplar para a sociedade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 362-363.

²⁸² “O que se acaba de dizer – e que, de resto, corresponde a noções absolutamente rudimentares, de conhecimento geral, disseminadas por toda parte e acessíveis mesmo às pessoas de modestíssimo nível de informação jurídica – traz consigo uma consequência absolutamente irrefutável, que se impõe incontornavelmente, a saber: se a sobrevinda da sanção sobre alguém fosse um evento que este não tivesse como evitar, isto é, se ela se apresentasse como algo inevitável, fatal, cuja incidência independesse totalmente da conduta do sancionado, é óbvio que a sanção seria inútil.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 363.

Assim, para o autor, a finalidade almejada pelas sanções administrativas é exatamente inibir a ocorrência de infrações. O objetivo da sanção, seja ela no âmbito privado seja no público, não pode ser o de causar dano a outrem ou agredir seu patrimônio jurídico, mas deve significar consequência proporcional à infração praticada, sendo o ato de dosimetria uma delicada operação jurídica a ser realizada pelo administrador público, no âmbito do processo administrativo, ou pelo Poder Judiciário, no âmbito das relações privadas.

Régis Fernandes de Oliveira, por sua vez, aponta diferenciação de finalidades entre as sanções administrativas de polícia e as disciplinares. Segundo o autor, as penas de polícia possuem caráter de imposição de castigo, punitivas, aplicadas a título de exemplo a não ser seguido. Já as sanções disciplinares possuem característica de manutenção e reintegração da ordem.²⁸³

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes reconhecem na sanção administrativa “um mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal”.²⁸⁴ Ao tratar das sanções, os autores as dividem em sanções administrativas de autoproteção e sanções administrativas gerais de proteção da ordem geral.

Enquadram-se nas sanções administrativas de autoproteção aquelas de proteção da ordem interna da Administração, classificadas pelos autores em sanções disciplinares, sanções de polícia dinamantes, sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis e sanções tributárias. Essas possuem como finalidade a proteção da ordem administrativa, qualificando-se como uma “potestade doméstica”, utilizando-se de poder de repressão inerente à instituição administrativa.²⁸⁵ Já as sanções de proteção da ordem geral possuem como finalidade a proteção da ordem social geral.²⁸⁶

Alejandro Nieto defende que todas as sanções possuem um conteúdo retributivo, relacionando-se à ideia de castigo ou retribuição pelo malfeito. No caso da sanção administrativa, porém, é possível detectar também sua natureza dissuasória, ou seja, a característica de demover o possível infrator da prática da respectiva

²⁸³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 69.

²⁸⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.p. 875.

²⁸⁵ Idem, p. 877.

²⁸⁶ Idem, p. 881.

infração. Na visão do autor, o que se busca evitar com a sanção administrativa não é o resultado lesivo concreto para o bem jurídico protegido da infração, mas a própria utilização dos meios que possa resultar nesta lesão. Ou seja: o que se busca prevenir com o Direito Administrativo Sancionador não é apenas o resultado, mas a utilização dos meios para produzir esse resultado.²⁸⁷

O autor destaca, ainda, que a chave do Direito Administrativo Sancionador não está no dano ou na sua repressão, mas sim no risco e na prevenção do dano. Desse modo, para o autor o protagonista do Direito Administrativo Sancionador não é o dano, mas sim o risco. A sociedade atual, com suas aglomerações humanas, se tornou uma sociedade de riscos. Desse modo, é necessário que o Estado intervenha antes que o dano ocorra. Assim, o Direito Administrativo Sancionador tem se convertido em “um instrumento de prevenção de riscos. Uma sociedade de riscos exige a presença de um Estado gestor do risco e, eventualmente, de um Direito redutor do mesmo.”²⁸⁸

Marçal Justen Filho entende que a sanção tem finalidade de impor sofrimento àquele que violou deveres administrativos, podendo se dar mediante restrição de direitos ou imposição de penalidades pecuniárias. Porém, o autor também reconhece a finalidade preventiva da sanção administrativa, com o objetivo de desestimular a prática de infrações. O autor entende que o tema das sanções tem natureza heterogênea e, por isso, não é possível fazer generalizações, embora se possa afirmar que “toda sanção administrativa é dotada de carga retributiva relevante, sendo variável a função de prevenção e de recuperação”.²⁸⁹

Fábio Medina Osório, ao conceituar sanção administrativa, a identifica como castigo a quem violou o ordenamento jurídico (medida retributiva). Para ele, sanção administrativa é

²⁸⁷ “Para el Derecho tradicional (Penal) la prevención se logra mediante la amenaza del castigo, que se supone há de disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir. Para el emergente Derecho administrativo sancionador, em cambio, la prevención no se dirige directamente contra el resultado, sino contra la utilización de medios adecuados a la producción de tal resultado. Por decirlo de una manera muy simple: delito será incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incendio. La amenaza de la sanción administrativa es también disuasoria (y de aquí a un lado, deliberadamente, el componente retributivo que tienen todos los castigos), pero lo que se trata de evitar directamente no es el resultado lesivo concreto para el bien jurídico protegido, sino la utilización de medios idóneos para producirlo. No se trata, em definitiva, de castigar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca”. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2018, p. 148.

²⁸⁸ Idem, p. 149.

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1465.

(...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.²⁹⁰

Ao tratar dos efeitos das sanções administrativas, Juliana Bonacorsi de Palma também enfrenta o tema da finalidade das sanções administrativas. A autora aponta que o principal efeito da sanção administrativa é o simbólico para a sociedade, ou seja, sua finalidade preventiva. A aplicação da sanção seria estímulo negativo aos demais administrados, para que não incorram em ilegalidades que possam gerar a aplicação da sanção. Portanto, esse feito simbólico é o principal motivador da aplicação de medidas repressivas pelo Estado, partindo-se da premissa de que o peso da intervenção é fator desestimulador de infrações administrativas.²⁹¹

Alice Voronoff, em obra dedicada ao tema, aponta duas teorias básicas que justificam a existência da sanção: a dissuasória e a retributiva. A teoria dissuasória, com ideias alinhadas, especialmente, à Escola de Chicago, parte do pressuposto de que o infrator faz avaliação de custo-benefício para cometer o ato ilícito. Desse modo, a sanção teria o objetivo de tornar o ato ilegal desinteressante.²⁹² A autora, porém, critica essa tese com base no argumento de que, nem sempre, as pessoas fazem avaliação de custo-benefício, já que, na realidade, elas agem por emoções e

²⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 112.

²⁹¹ “O principal efeito da sanção administrativa apontado consiste no efeito simbólico à sociedade. Pela apuração da infração em processo sancionador e pela repressão do infrator, a sanção administrativa seria exemplar aos demais administrados, que conformariam seu comportamento às normas transgredidas, para não serem também sancionados como no precedente. Trata-se da prevenção de infrações administrativas pela constituição de incentivos negativos á tomada de decisão contrária ao ordenamento jurídico por meio da cominação de multas, advertências e demais sanções administrativas. O efeitos simbólico da sanção é o principal indutor de medidas repressivas incisivas, como a cominação de multas de valores notadamente elevados que se verifica no direito regulatório. Para tanto, parte-se da premissa de que, quanto maior o peso da intervenção estatal, maior também será a percepção da autoridade estatal. Coa consequência da maior intimidação, o número de infrações administrativas se reduziria”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 282.

²⁹² “Essas escolhas seriam guiadas por análises de custos e benefícios. A ideia é que, nas suas diversas atividades, as pessoas projetem ganhos e custos adicionais de suas ações e decidam agir apenas se os primeiros superarem os segundos (ou ao menos se equipararem a eles). O mesmo racional os guiaria inclusive na seara dos comportamentos ilícitos. Acredita-se que as pessoas e as instituições são levadas a infringir a lei ou a descumprir um contrato sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como o resultado de uma escolha sempre racional e calculada”. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 84.

influenciadas por padrões culturais.²⁹³ Além disso, entende-se que tal modelo parte de uma construção amoral, visto que essas concepções utilitárias da pena não levam em conta as noções de justiça, descolando-se da realidade. Na verdade, a teoria dissuasória se preocupa em anular os benefícios do ofensor do ordenamento jurídico, porém sem se preocupar com os prejuízos causados à vítima.²⁹⁴

Quanto à teoria retributiva, que encontra respaldo em Kant e Hegel, a autora aponta a natureza de castigo da sanção para quem agrediu o ordenamento jurídico.²⁹⁵ Assim, a punição se justificaria não para evitar comportamentos futuros, mas para castigar o infrator por desvio ético-moral. Assim, são levados em conta, na aplicação da sanção, a gravidade da conduta e a proporcionalidade na aplicação da pena.²⁹⁶ A teoria retributiva se apresenta como uma vantagem em relação às críticas feitas à teoria dissuasória, existindo forte componente de justiça. Porém, a autora também apresenta críticas a esse modelo, sobretudo a respeito do método de gradação da penalidade e suas dificuldades. A abertura que se dá ao processo de quantificação da pena pode levar a injustiças, sobretudo se confrontada com a isonomia e a possibilidade de inconsistências e arbitrariedades.²⁹⁷

Desse modo, a autora entende que as duas teorias citadas (dissuasória e retributiva) estão mais ligadas ao campo do direito penal e não servem para justificar o Direito Administrativo. Para ela, o Direito Administrativo deve se alinhar a uma perspectiva prospectiva da pena, no sentido de evitar a reincidência e resultados contrários ao interesse público. Segundo a autora, nisso ele se diferencia do direito penal, que tem como uma de suas finalidades o castigo do ofensor por ter agredido bens jurídicos caros à sociedade.²⁹⁸

²⁹³ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 92.

²⁹⁴ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.p. 84.

²⁹⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89.

²⁹⁶ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 90.

²⁹⁷ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 95.

²⁹⁸ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**:Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 102.

Para ela, o objetivo da sanção administrativa é punir para adequar a conduta dos particulares ao ideal do interesse público, independentemente da existência de juízo de condenação ético social.²⁹⁹ Neste sentido;

Em linha com o exposto anteriormente, o direito administrativo sancionador e seus institutos têm finalidade eminentemente prospectiva e conformadora. Busca-se a adequação da conduta dos administrados com vista à realização de objetivos de interesse público dissociados, como regra, de um juízo de desvalor ético-social inerente ao direito penal. Para promover esses resultados, a sanção administrativa como instrumento, ferramenta institucional e meio de gestão (e jamais como um fim em si), deve ser apta a produção de incentivos que, consideradas as peculiaridades de cada setor econômico-social e do ambiente institucional que circunda a autoridade administrativa, promovam a conformação das condutas esperadas e desejadas pelo ordenamento jurídico.³⁰⁰

Da análise dos modelos propostos, destaca-se que é ponto comum entre os doutrinadores que a sanção administrativa tem natureza instrumental, ou seja, não se trata de um fim em si mesma e está voltada para colaborar com a melhoria da gestão administrativa. Além disso, a sanção tem como finalidade a prevenção dos riscos inerentes à sociedade. Conforme adequadamente sustenta Alejandro Nieto, a finalidade preventiva da sanção administrativa não se volta propriamente para tentar evitar o dano, mas, sobretudo, para se evitar o risco do dano.

Além dessa natureza preventiva, defende-se, ainda, a finalidade prospectiva da sanção. Conforme explica Alice Voronoff, deve a sanção operar no sentido de evitar a reincidência e resultados que contrariam o interesse público.

Essa finalidade vai ao encontro da função regulatória da sanção administrativa. Trata-se, pois, de medida regulatória que tem como objetivo evitar a reincidência, tanto por parte do apenado quanto dos demais particulares. Nesse sentido, e não sendo um fim em si mesma, a sanção também não é a única alternativa como resposta à infração administrativa. Podem e devem existir outras medidas que atendam igualmente ao interesse público e que devem ser colocadas à disposição da gestão administrativa.

²⁹⁹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 100.

³⁰⁰ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 120.

3.3 Regulação responsiva e as alternativas à sanção administrativa

Conforme se pode observar da análise até aqui empreendida, o tema das sanções administrativas vem sofrendo constantes mudanças e questionamentos nos últimos tempos, em especial no que se refere à própria finalidade da sanção. A aplicação da sanção administrativa já não se apresenta mais como sinônimo de eficiência no trato com a coisa pública. Pelo contrário, seu excesso pode ser sinal de que algo não vai bem. Especialmente no âmbito dos contratos administrativos, ao se valer da sanção, a Administração Pública acaba por estremecer sua relação jurídica com o particular, podendo culminar em sua extinção por meio da rescisão.

Alice Voronoff apresenta três teses que buscam modelos sancionatórios melhores em substituição ao modelo do comando-controle, até o momento o mais utilizado, inclusive no Brasil: (1ª) a regulação responsiva; (2ª) a regulação realmente responsiva e (3ª) a regulação baseada no risco. Segundo ela, as três possuem em comum a forma como tratam a penalidade, que deve ser considerada

instrumento a serviço de fins de interesse público cometidos ao Estado-Administrador. Uma medida de gestão que deve se integrar às atividades materiais a cargo do regulador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca de maior efetividade e eficiência.³⁰¹

A teoria da regulação responsiva retira da sanção o caráter de único resultado esperado pelo descumprimento de uma norma ou acordo, colocando-a como um dos resultados possíveis dentre outros que possuem caráter preventivo e persuasivo, sem natureza de penalidade.

A regulação responsiva tenta conciliar a regulação dissuasória (baseada na sanção) e a regulação persuasiva (baseada no incentivo e no estímulo). Pablo Soto Delgado, ao tratar do tema, explica que a dissuasão é apenas um das opções gerais para se implementar o cumprimento da regulação. Para esse modelo de regulação, os administrados seriam atores racionais capazes de responder a incentivos, ponderando os custos e benefícios do cumprimento ou descumprimento dos estândares regulatórios.³⁰²

³⁰¹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 175

³⁰² DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. In: **Anuário de Derecho Público da Universidad Diego Portales**, p. 374-400, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul.2021.

Ian Ayres e John Braithwaite, um dos autores da regulação responsiva, a explicam em sua obra “Responsive regulation: transcending the deregulation debate”. Os autores apresentam crítica a essa tese da regulação dissuasória por considerarem que nem todos os atores são movidos pelas mesmas motivações. Enquanto alguns agem conforme a racionalidade, visando a maximização de seus benefícios, outros objetivam a reputação, a responsabilidade social, o apego às normas, entre outros valores.³⁰³

Em oposição à regulação dissuasiva apresenta-se a regulação persuasiva, que tem como ênfase a cooperação e a conciliação de interesses em detrimento da coerção, estando associada ao controle preventivo. A proposta desse modelo persuasivo é dar cumprimento à regulação mediante o acordo entre o regulador e o regulado. A crítica feita a esse modelo é que ele pode gerar arranjos regulatórios excessivamente cômodos, os quais podem ocasionar um desestímulo ao cumprimento das normas. Esse modelo pode se mostrar apropriado para agentes regulados bem-intencionados que desejam cumprir espontaneamente a norma, mas não para aqueles que agem racionalmente, fazendo avaliações de custos e benefícios.³⁰⁴

A teoria da regulação responsiva propõe, então, a combinação dos dois critérios, devendo ser analisado no caso concreto e, mediante as peculiaridades, a aplicação de sanção ou de técnicas de persuasão. Segundo Ian Ayres e John Braithwaite, no que tange à técnica da regulação, é necessário analisar a cultura, as práticas e a história do setor regulado com o objetivo de compreender a responsabilidade social dos agentes regulados, para se avaliar a possibilidade de aplicação da persuasão. A partir dessa constatação caso a caso é possível se analisar qual é a resposta estatal adequada, amoldando-a à realidade de cada segmento.³⁰⁵

³⁰³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992, p. 22 - 27. *Apud* DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidad del regulador ambiental. In: Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales, p. 374-4007, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208> Consulta em: 03 jul. 2021..

³⁰⁴ DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidad del regulador ambiental. In: **Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul.2021.

³⁰⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 132.

Além disso, a teoria da regulação responsiva sustenta que a punição como única resposta ao desvio de conduta (regulação dissuasória) acaba por desconsiderar a boa-fé dos agentes responsáveis. Reconhece-se que há dois tipos de pessoas/empresas reguladas. De um lado, alguns agentes econômicos, ao agir no cumprimento ou descumprimento da lei, o fazem de forma racional e a partir de cálculos econômicos, descumprindo propositalmente a norma quando isso se mostra economicamente mais interessante. De outro lado, há aqueles agentes que vão cumprir a lei porque consideram isso como um valor e uma responsabilidade social relevante. Se ambos forem tratados da mesma forma, tendo a punição como primeira ou única alternativa de resposta, os cidadãos cumpridores da norma e que, por descuido, podem tê-la infringido, terão resistência similar à sanção que aqueles que já possuem o perfil de descumprimento da lei. Portanto, a regulação responsiva busca oferecer mecanismos de persuasão, com o objetivo de criar incentivos ao cumprimento da norma e, ainda, quando ela for descumprida, mecanismos de consensualidade que possam distinguir os agentes bem-intencionados dos que estão imbuídos de má-fé.

Ademais, trata-se de medida que é mais dispendiosa do que persuadir e monitorar, operando, muitas vezes, com desperdício de recursos em litígios que poderiam ser resolvidos de outra maneira.³⁰⁶

Na regulação responsiva, o objetivo não é a aplicação de um modelo ou de outro (persuasão ou dissuasão), mas sim analisar quando aplicar cada um deles no caso concreto. Nesse sentido explica Pablo Soto Delgado:

Segundo este modelo, os órgãos reguladores com melhores resultados na obtenção de seus objetivos são aqueles capazes de efetuar um balanço mais sofisticado entre os enfoques dissuasórios e persuasivos. A pergunta que formula a estratégia responsiva já não é se alternativamente se deve sancionar ou persuadir, mas a questão crucial é: quando sancionar e quando persuadir? Isso dependerá, especialmente, das motivações dos regulados que, como se disse, nem sempre consistirão em puro cálculo racional.

Isso significa abrir um espaço para que o regulador utilize práticas de confronto ou tolerantes frente à infração dependendo de se o regulado coopera ou não.³⁰⁷

³⁰⁶ Idem, p. 135.

³⁰⁷ DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidad del regulador ambiental. In: **Anuário de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul. 2021.

À luz da teoria dos jogos e da chamada estratégia tit-for-tat, Ian Ayres e John Braithwaite concluem que a estratégia ótima tanto para regulador quanto para o regulado é a cooperação. Trata-se da medida que deve ser aplicada de forma prioritária. Explicam os autores que há uma tendência do ser humano a reagir de forma negativa quando a punição é a primeira e principal resposta, de modo que, até mesmo os indivíduos bem-intencionados e comprometidos com a lei e com valores sociais, quando confrontados com a aplicação da sanção, tendem a criar resistência. Por isso a importância de uma sinergia entre punição e persuasão nesse modelo de regulação responsiva.³⁰⁸

Baseando-se na referida teoria, Alice Voronoff entende que as sanções devem ser aplicadas de forma estratégica e não prioritária. Nos diversos cenários de aplicação do Direito Administrativo Sancionador existem vários tipos de comportamentos. Portanto, o modelo sancionador necessita de técnicas heterogêneas para lidar com comportamentos diversos. Assim, os modelos punitivos não devem ser nem totalmente punitivos e nem totalmente baseados na persuasão e autorregulação. No primeiro caso (totalmente punitivo) haveria um desestímulo para aqueles que possuem o espírito cooperativo e socialmente responsável; no segundo caso (totalmente cooperativo), ficaria aberta a possibilidade de manipulação por atores econômicos, os quais fariam avaliações de custo-benefício com finalidade lucrativa para obter o melhor resultado possível a seu favor.³⁰⁹

Nesse sentido, pontifica a autora:

A ideia não é prescindir da sanção, mas retirá-la da posição preferencial e apriorística. A punição deve ser estratégica, e não prioritária, porque assim fortalece o cumprimento voluntário da regulação. Além disso, a persuasão como primeira resposta legítima a punição, apresentando-a como razoável e justa.³¹⁰

E, nas palavras de Aires e Braithwaite:

Rejeitar a punição como ferramenta regulatória é ingênuo; estar completamente comprometido com ela é investir forças no lugar errado. O truque do sucesso na regulação é criar sinergia entre punição e persuasão. A punição aplicada estrategicamente reforça a regulação por meio de persuasão, e há algo ainda a destacar. A persuasão legítima a punição como

³⁰⁸ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 137- 138.

³⁰⁹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 140.

³¹⁰ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.p. 141.

razoável, justa, e mesmo algo que possa provocar remorso ou arrependimento.³¹¹

Assim, os autores propõem que os modelos sancionatórios sejam formados a partir de pirâmides. Na base ficariam as medidas persuasivas, que vão se tornando mais severas quando se aproximam do vértice. Ou seja: o ideal é que a maior parte das medidas esteja na base, evoluindo-se para instrumentos intermediários ou mais severos nas hipóteses em que as mais brandas não surtirem efeito.³¹²

Nesse sentido, é necessário que haja um “cardápio” diversificado e flexível de respostas do regulador”, regido por uma dose de discricionariedade, para que haja a possibilidade de negociação e de barganha. Dessa forma, torna-se possível alcançar resultados mais eficientes.³¹³

Em conclusão, Alice Voronoff estabelece que o mérito do modelo proposto por Ayres e Braithwaite está em considerar diferentes estereótipos no comportamento dos agentes envolvidos no processo regulatório e sancionatório, levando em conta tanto o cidadão que tem o comportamento aberto à cooperação quanto aquele que possui perfil estratégico (homo economicus). Nesse sentido, conclui:

De um lado, a proposta não conta que os cidadãos sejam virtuosos – as se preocupa em combater os efeitos perversos causados por comportamentos estratégicos, mediante o disparo de armas sancionatórias. De outro lado, ela tem a vantagem de não atirar no escuro – já que orienta a atividade repressiva estatal para poupar os indivíduos cooperativos.

Nessa linha, como a ameaça do uso de respostas mais severas é deixada em segundo plano, as pessoas não seriam forçadas a pensar em cenários apenas e obrigatoriamente adversariais, o que estimularia a sua boa intenção. Ao fim e ao cabo, o comportamento cooperativo seria de modo geral incentivado, sem que as instituições precisassem ser desenhadas para lidar com estereótipos únicos.³¹⁴

O modelo proposto por Ian Ayres e John Braithwaite tem o condão de prestigiar a consensualidade em detrimento da unilateralidade, na linha do que se defende neste trabalho. A proposta engloba privilegiar o comportamento cooperativo em detrimento do adversarial, sendo esse último alternativa à conduta consensual. Não se objetiva

³¹¹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992, p. 26 – 27. *Apud* VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.141.

³¹² VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 143.

³¹³ *Idem*, p. 145.

³¹⁴ *Idem*, p. 150.

abandonar a sanção, mas deixá-la em segundo plano para prestigiar a consensualidade em um primeiro nível de resposta.

Robert Baldwin e Julia Black apresentam um modelo crítico à regulação responsiva explanada por Ian Ayres e John Braithwaite, denominado “regulação realmente responsiva”. A principal crítica é que o modelo de regulação responsiva, embora exitoso, não traz os meios pelos quais seria operacionalizado. Portanto, para que as estratégias traçadas pela regulação responsiva fossem possíveis de serem executadas, é necessário delinear os meios adequados para o seu alcance.³¹⁵ A proposta dos referidos autores é por uma ampliação da responsividade, de modo que o regulador leve em conta não apenas o comportamento do regulado, mas também o ambiente regulatório, as lógicas e estratégias regulatórias, bem como a performance do regime.³¹⁶

Como critérios para orientação dessa regulação responsiva, os aludidos autores citam cinco elementos que devem ser levados em conta na análise da Administração: (1º) análise do conjunto de fatores que demonstrem a cultura e os aspectos cognitivos da organização regulada, que indiquem sua disponibilidade para o acordo; (2º) importa também considerar o ambiente institucional do regulador e sua autonomia na tomada de decisões; (3º) a utilização adequada de cada estratégia de regulação responsiva de acordo com cada caso; (4º) necessidade de constante análise de desempenho do regime regulatório; (5º) necessidade de abertura às mudanças de prioridades, circunstâncias e objetivos.³¹⁷

Para Robert Baldwin e Julia Black, seja qual for o modelo adotado de regulação responsiva, é preciso enfrentar, sobretudo, a questão de como detectar os dados existentes quanto ao cumprimento da regulação e, até que ponto, são confiáveis. Os autores defendem que a aplicação de técnicas responsivas precisa se basear em dados que reflitam o cenário no qual se dará a regulação, detectando, inclusive, o perfil dos agentes regulados, com o objetivo de identificar os ajustes necessários.³¹⁸

³¹⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019.p.151.

³¹⁶ MÉLO FILHO, Marconi Arani. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, p. 144-163, maio 2020.

³¹⁷ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019.p.151-155.

³¹⁸ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p.151.p. 158.

Assim, entre as distinções entre regulação responsiva (Ayres e Braithwaite) e regulação realmente responsiva (Baldwin e Julia Black), aponta-se que essa última busca obter dados em busca dos melhores resultados caso a caso, enquanto a primeira tende a focar em meios previamente escolhidos como os melhores, de maneira geral, para se efetivar a regulação. Ou seja, a regulação realmente responsiva surge a partir da crítica à responsabilidade responsiva, e busca amoldar o meio de persuasão ou de sanção a ser utilizado ao caso concreto ou à pessoa, não o aplicando de forma abstrata em todas as hipóteses.

Os autores Robert Baldwin e Julia Black, na crítica que fazem à teoria da regulação responsiva, afirmam que a lógica regulatória não se confunde com os objetivos da regulação. Ou seja, o objetivo da regulação (que está, por óbvio, ligado ao interesse público) não será alcançado por um único meio, mas por diferentes vias:

O conceito de “lógica regulatória”, note-se, difere da ideia de objetivos regulatórios (tais como um meio ambiente menos poluído ou locais de trabalho mais seguros). O alcance de tais objetivos pode ser buscado por diferentes tecnologias e lógicas (por exemplo, com punição, ou reparação, ou reabilitação, ou por lógicas ‘profissionais’ ou ‘comerciais’). Essas lógicas envolvem diferentes relacionamentos e modos de dialogar com os agentes regulados – uma mensagem punitiva, por exemplo, será formulada e recebida de forma diversa de uma mensagem com caráter reabilitativo. A coerência na lógica é importante porque a confusão prejudica a efetividade da regulação.³¹⁹

Nesse sentido, a sanção pode não se mostrar o melhor meio para se dirimir determinado conflito administrativo, ou até mesmo o acordo ou a cooperação pode não ser adequado em outros casos. Segundo a teoria da responsabilidade realmente responsiva, é necessário se avaliar, em cada caso, qual é a medida mais adequada, levando-se em conta diversas variáveis traçadas.

Segundo Alice Voronoff, o modelo proposto pelos autores Robert Baldwin e Julia Black é mais sofisticado e leva em conta as dificuldades e limitações das entidades reguladoras e um roteiro de testes para definição de sua estratégia de aplicação. Porém, trata-se de modelo muito complexo e, possivelmente, pouco efetivo.

Como modelo alternativo aos dois anteriormente expostos surge o chamado *risk based regulation*. O modelo pode ser encontrado, inicialmente, no relatório elaborado por Philip Hampton (Relatório Hampton) a pedido do Governo Inglês, que

³¹⁹ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Responsive Regulation. **LSE Legal Studies Working Paper**, n. 15, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/spbfqw>. Acesso em: 20 jul.2021. *Apud* VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 154.

objetivava reduzir os custos regulatórios a partir de uma análise de riscos. Nele, o autor destaca que punir é uma atividade cara e que, portanto, é necessário selecionar prioridades. O modelo proposto por Hampton destaca a necessidade de aplicação seletiva da sanção, disparando “armas segundo os diferentes tipos de riscos criados pelos agentes do setor”, ao passo que o modelo de regulação responsiva prevê atuação uniforme. Nesse sentido, devem ser combinadas medidas reativas com proativas.³²⁰ Devem-se considerar diversas variáveis na atividade regulatória, em especial “a maior ou menor propensão de o agente descumprir a regulação (risco de descumprimento), bem como a estimativa dos efeitos das possíveis infrações (avaliação de impacto)”.³²¹

Coube papel similar a Richard B. Macrory, que elaborou estudo contratado pelo Governo Britânico a respeito da regulação. Entende o citado autor que as sanções devem ser apropriadas a cada caso, já que a não adequação de uma sanção pode colocar em risco a credibilidade de todo o sistema. Ele defende a necessidade de um arsenal sancionatório mais amplo e diversificado, desde sanções mais graves (inclusive criminais) até medidas educativas e preventivas. O autor propõe, também, que estejam disponíveis opções de sanções ao regulador, de modo a obter resultados específicos de acordo com o tipo de ofensor.³²²

Com base nas ideias lançadas por Macrory foi elaborado, na Inglaterra, o *UC Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008*, como sistema de regulação britânico. O regime se baseia na definição de riscos “combinada à utilização flexível de um cardápio de sanções e de medidas não punitivas”.³²³

Alice Voronoff, ao analisar os três modelos, entende que eles tratam a penalidade como instrumento a serviço do interesse público. A sanção é medida que serve à gestão administrativa juntamente com outras ferramentas. Desse modo, torna-se necessário que seja avaliado, em cada caso, qual a medida mais adequada para as finalidades buscadas pela Administração, não devendo a sanção administrativa ter aplicação automática. Não se trata, pois, do abandono da sanção, mas, tão somente, de deixar à disposição do administrador outras medidas, de caráter persuasivo e preventivo, capazes de desestimular a prática que leva à sanção.³²⁴

³²⁰ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 166.

³²¹ Idem, p. 165.

³²² VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 169.

³²³ Idem, p. 174.

³²⁴ Idem, p. 175.

No mesmo sentido, Marconi Arani Mélo Filho destaca que o *enforcement* e o *compliance* devem atuar como duas faces da mesma moeda. A Administração Pública deve priorizar as medidas que incentivem o cumprimento voluntário das obrigações, reservando medidas extremas, mais gravosas, para comportamentos acentuadamente desviantes”.³²⁵

Para os fins da presente pesquisa, as teses que giram em torno da regulação responsiva reforçam que a sanção não deve ser nem a única e nem a primeira resposta da Administração diante do descumprimento de deveres legais ou contratuais. O modelo da pirâmide sancionatória coloca na base de atuação do Direito Administrativo Sancionatório medidas persuasivas e preventivas, que devem ter preferência em detrimento das que estão no topo da pirâmide (medidas punitivas). Na base da pirâmide e como medidas prioritárias a serem aplicadas pela Administração, devem estar as respostas que se baseiam na consensualidade, especialmente os acordos substitutivos de sanção). O que deve motivar a mudança de patamar no corpo da pirâmide é o comportamento do agente regulado/empresa contratada ou a gravidade da conduta.

Como já se abordou em diversas ocasiões neste trabalho, o que se defende não é a eliminação da sanção administrativa, que continua sendo resposta adequada para comportamentos inidôneos perante a Administração. Porém, ao lado dela, a Administração deve ter à sua disposição outros instrumentos que possam induzir o particular ao cumprimento de normas e cláusulas contratuais nas hipóteses em que se mostre aberto à cooperação.

Coloca-se, então, questão que se mostra relevante a respeito das sanções administrativas decorrentes de descumprimento de contratos administrativos: baseando-se na finalidade preventiva e prospectiva da sanção defendida nesta pesquisa e, ainda, no modelo de regulação responsiva que preza em colocar a sanção como uma das opções à infração administrativa, e não a única ou a primeira, é possível identificar no Brasil a ocorrência de modelos alternativos à sanção, inclusive baseados na contratualidade e na consensualidade? Seria possível construir modelo piramidal, tal como proposto pela teoria da regulação responsiva, de modo a inserir na base da pirâmide a possibilidade de acordos em detrimento das sanções

³²⁵ MÉLO FILHO, Marconi Arani. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, p. 144-163, maio 2020.

administrativas, as quais devem ser inseridas como *ultima ratio* em resposta à infração administrativa?

Para essa finalidade é necessário analisar a finalidade das sanções contratuais no direito brasileiro, bem como sua regulamentação legal, suas garantias e os espaços de deliberação deixados pelo legislador ao gestor público.

3.4 Finalidade da sanção administrativa contratual no Direito brasileiro

Inicialmente, importa destacar que a existência de sanções em contratos não é prerrogativa dos contratos celebrados pela Administração Pública. O Código Civil Brasileiro, ao tratar do inadimplemento das obrigações, regula a existência de cláusulas penais em seu art. 408 e seguintes.³²⁶ Ao mesmo tempo, o art. 404 do Código Civil estabelece que as perdas e danos também podem incorporar, dentre outros componentes, a pena convencional e, no parágrafo único, prevê, inclusive, que não havendo pena convencional e não sendo os juros de mora suficientes para suportar o prejuízo das perdas e danos, poderá o juiz fixar indenização suplementar.³²⁷

O destaque é importante para se demonstrar que tanto no âmbito do direito privado quanto no do Direito Administrativo haverá a estipulação de sanções para aquele que descumpre as obrigações assumidas contratualmente. A finalidade da sanção, portanto, não tem relação apenas com o interesse público que o contrato persegue, mas sobretudo, com a estabilidade das relações contratuais e o dever da manutenção dos pactos, sendo detectada tanto no âmbito do direito privado quanto no do direito público.

Obviamente que o interesse público existente nas relações contratuais administrativas por vezes impõe a aplicação de sanções geradoras de repercussões mais gravosas do que as presentes no âmbito das relações privadas, essas últimas

³²⁶ “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 jan.2019.

³²⁷ “Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 20 abr.2020.

de caráter eminentemente pecuniário. É comum que as sanções decorrentes das relações travadas com o Estado tenham natureza restritiva de direitos, além de repercussões pecuniárias.

Ao se punir uma infração contratual, diversos valores estão em pauta para além do mero descumprimento de cláusulas pactuadas. Assumir uma obrigação pública engloba deveres mais amplos do que o simples pacto que se celebra com um particular. Está em jogo a satisfação de interesses da coletividade e o descumprimento contratual leva ao atraso ou dificuldade na entrega dessas necessidades públicas. Por isso, como bem afirma Thiago Marrara, o adimplemento contratual é juridicamente desejável, visto que busca o atingimento do interesse público. Consequentemente, o inadimplemento contratual também tem repercussão diversa no âmbito administrativo do que idêntico inadimplemento no âmbito de contratos privados.³²⁸

As sanções administrativas, geralmente, são reconhecidas pela doutrina como cláusula exorbitante do contrato administrativo. Conforme já amplamente destacado na seção 2 desta pesquisa, tais cláusulas possuem caráter de direito público e outorgam à Administração poderes que não se replicam no âmbito das relações contratuais privadas.

Maria João Estorninho, ainda que criticando o caráter “exorbitante” da sanção administrativa contratual, revela aquelas que são consideradas, pela doutrina tradicional, como as principais funções da sanção nos contratos administrativos:

A função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma, assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato.³²⁹

³²⁸ “O adimplemento contratual é juridicamente desejável, seja porque condiciona a concretização de um objetivo público maior, como a manutenção e operação adequada e eficaz da máquina estatal, de seus serviços e demais tarefas públicas, seja porque justifica os esforços empreendidos na licitação, cujo resultado frequentemente impõe um sacrifício aos interesses dos agentes econômicos que não a vencem. Por tudo isso, fazer o contratado honrar as obrigações que assumiu é dever estatal imprescindível à tutela de interesses públicos primários, à defesa de direitos fundamentais dos cidadãos, em especial dos usuários de serviços públicos, e à proteção de liberdades econômicas e de instituições como a concorrência nos mercados públicos”. MARRARA, Thiago. *Infrações, sanções e acordos na nova Lei de licitações*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Licitações e Contratos administrativos: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 221 – 222.

³²⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128.

No âmbito dos contratos administrativos, quando se chega à necessidade de aplicação de sanção administrativa é porque o contrato não foi adequadamente executado e, portanto, não se atingiu o interesse público da forma esperada. A repreensão não é um fim em si mesma, tendo, pois, natureza instrumental. Trata-se, na verdade, de medida de prevenção para sucessivos e reincidentes descumprimentos contratuais.

Portanto, dentro de todo o contexto exposto nesta seção, pode-se afirmar que a sanção administrativa decorrente de contrato administrativo não possui finalidade meramente punitiva, mas sobretudo preventiva. Adotando-se o modelo da regulação responsiva, a sanção administrativa contratual possui dupla finalidade: (1ª) a dissuasória, com o objetivo de desestimular o descumprimento dos contratos administrativos celebrados e (2ª) a preventiva, tendo natureza exemplar para que outros agentes econômicos, quando contratados pela Administração, procurem não descumprir o contrato.

Conforme exposto na seção 3.2., Alejandro Nieto, ao tratar dos objetivos da sanção em sua obra “Direito Administrativo Sancionador”, ressalta seu caráter preventivo. Para ele, o grande objetivo da sanção administrativa não é apenas evitar o resultado lesivo para a Administração, mas evitar, até mesmo, que ocorram os meios que podem dar origem à sanção. Nesse sentido, está o exemplo do combate ao incêndio em prédios: não se busca apenas sancionar quando o incêndio ocorrer, mas sobretudo sancionar aqueles que não empregam os meios adequados para que o incêndio não ocorra. Nisso reside o caráter preventivo da sanção administrativa, mais evidente que sanção própria do direito penal.³³⁰

No mesmo sentido, sustenta Alice Voronoff que o Direito Administrativo Sancionador possui um olhar “marcadamente consequencialista”. Não tem relação com um juízo de reprovabilidade ético-social sobre os bens jurídicos afetados, mas possui seus objetivos voltados para a realização do interesse público, de forma

³³⁰ “Para o Direito tradicional (penal) a prevenção se alcança mediante a ameaça do castigo, que se supõe irá dissuadir a quem se sente inclinado a delinquir. Para o emergente Direito Administrativo Sancionador, a mudança, a prevenção não se dirige diretamente contra o resultado, senão contra a utilização de meios adequados à produção de tal resultado. Para dizer de uma maneira mais simples: delito será o incêndio de um imóvel; infração administrativa, a edificação com materiais inflamáveis que podem provocar facilmente um incêndio. A ameaça da sanção administrativa é também dissuasiva (e deixo aqui de lado, deliberadamente, o componente retributivo que tem todos os castigos), porém o que se trata de evitar diretamente não é o resultado lesivo concreto para o bem jurídico protegido, senão a utilização de meios idôneos para produzi-lo. Não se trata, em definitivo, de castigar a lesão, senão de prevenir a possibilidade de que se produza”. (tradução livre) NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. ed. totalmente reformada. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. p. 148.

preventiva. É o que o diferencia do direito penal, que trata a pena, em regra, com um viés retributivo.³³¹

Assim, a finalidade almejada pelas sanções administrativas é exatamente inibir a ocorrência de infrações contratuais. O objetivo da sanção, seja ela no âmbito privado seja no público, não é o de causar dano a outrem ou agredir seu patrimônio jurídico, mas deve significar consequência proporcional à infração praticada, sendo o ato de dosimetria uma delicada operação jurídica a ser realizada pelo administrador público, no âmbito do processo administrativo, ou pelo Poder Judiciário no âmbito das relações privadas.

Além disso, o órgão aplicador da sanção administrativa é também o gestor do contrato. Ou seja: o mesmo órgão que detém o poder sancionador é, também, aquele que tem o dever de gerir o contrato e fazer com que os objetivos almejados com aquele instrumento sejam alcançados em prol do interesse público. Portanto, a primeira alternativa da Administração não deve ser usada por esse órgão para perturbar a execução contratual, o que pode trazer para a Administração danos, muitas vezes, ainda maiores com a aplicação de penalidades severas ou até a interrupção prematura do contrato administrativo. Por tudo isso é que o manejo das sanções administrativas não pode se dar de forma despreendida do resultado que se busca alcançar que é a boa execução contratual.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que, além da sua finalidade preventiva e dissuasória, a aplicação da sanção administrativa é, também, uma atividade de gestão da Administração. A decisão de sancionar o contratado e/ou rescindí-lo tem repercussões práticas sérias para a Administração, já que, muitas vezes, pode representar a suspensão da prestação de um serviço, a paralisação de uma obra ou a suspensão, por um período, de um fornecimento, o que pode trazer prejuízos para o interesse público. Pode a Administração ter que contratar uma nova empresa e, a depender da urgência, até mesmo sem licitação. A nova contratação pode ocasionar custos mais elevados e interrupção momentânea da prestação de serviços necessários à população. É claro que sempre haverá a possibilidade de indenização por parte da empresa, mas o prejuízo ao interesse público é muito grande. Portanto, diferentemente de outras sanções administrativas, a sanção contratual tem inegável natureza de atividade de gestão.

³³¹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p.100.

Aliás, a Lei 13.655, de 25 de abril de 2015, que promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) incluiu na referida norma o art. 20, que estabelece o dever de a Administração não decidir com base em valores abstratos, mas considerando as consequências práticas da decisão.³³²Essas devem ser as luzes a guiar a decisão do administrador entre sancionar ou não possíveis descumprimentos contratuais, avaliando, inclusive, as consequências da decisão a ser tomada no âmbito do processo administrativo sancionador e na motivação do ato de sancionar e de rescindir contratos administrativos.

3.5 Regime jurídico das sanções administrativas contratuais no direito brasileiro

Conforme já se analisou na seção 2, o regime jurídico das licitações e contratos administrativos é regulado por uma Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e Leis especiais que regulam as concessões e permissões de serviços públicos, bem como lei especial que trata do combate à corrupção.

A Lei Geral de Licitações e Contratos, até o ano do fechamento desta tese, era a Lei nº 8.666, de 1993, a qual era complementada, no que tange à modalidade de licitação Pregão, pela Lei nº 10.520, de 2002. A referida legislação será substituída pela Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, que, embora já em vigor, manteve a vigência das anteriores pelo prazo de dois anos.

A Lei nº 8.666, de 1993, trata das sanções administrativas no seu Capítulo IV, entre os art. 81 a 88.³³³ A Lei nº 10.520, de 2002, por sua vez, prevê em apenas um artigo a sanção decorrente do descumprimento de obrigações contratuais e relacionadas ao procedimento do pregão (art. 7º).³³⁴

A Lei Geral de Concessões e Permissões de serviços públicos, Lei nº 8.987, de 1995, por sua vez, prevê que a inexecução contratual pode acarretar na decretação de caducidade ou aplicação de sanções contratuais, respeitando-se as normas

³³² BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13655.htm. Acesso em: 24 fev.2021.

³³³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

³³⁴ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

convencionadas entre as partes.³³⁵ Por falta de previsão específica a respeito das sanções aplicáveis em decorrência da referida Lei, aplica-se aos casos dela decorrentes, de forma subsidiária, as normas previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

Já a Lei das parcerias público-privadas, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, estipula, em seu art. 5º, inciso II, que as cláusulas contratuais devem prever as penalidades aplicáveis ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, devendo ser proporcional às obrigações assumidas e à gravidade da falta cometida.³³⁶ A referida lei também não traz o rol específico de penalidades a serem aplicadas a esses contratos. Sua novidade, porém, é prever a aplicação de penalidades, também, em desfavor do parceiro público e tratar, expressamente, do princípio da proporcionalidade. Obviamente que as penalidades em desfavor da Administração são exclusivamente pecuniárias.

A Lei nº 12.846, de primeiro de agosto de 2013 (lei anticorrupção), aplicável também a situações decorrentes de contratos administrativos em casos de prática corruptiva, prevê penalidades específicas quando os atos praticados se enquadrarem na hipótese de corrupção. Nesse sentido, prevê o art. 6º a aplicação, no âmbito administrativo, das penalidades de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória.³³⁷

No âmbito judicial, há previsão, no art. 19, de aplicação das penalidades de perdimentos de bens, direitos ou valores obtidos, direta ou indiretamente, por meio da infração; a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

No âmbito das empresas estatais, há a aplicação da Lei nº 13.303, de 2018, a qual regulamenta o regime jurídico das licitações e dos contratos administrativos. Os arts. 82 a 84 trazem a regulamentação do regime sancionatório dos contratos

³³⁵ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

³³⁶ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 23 maio.

³³⁷ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 23 maio 2020..

administrativos por elas celebrados.³³⁸ Em relação a esse regime jurídico sancionatório, a referida Lei não trouxe nenhuma novidade em relação ao regime geral de licitações e contratos administrativos anteriormente previsto na Lei nº 8.666, de 1993 e, agora, estabelecido pela Lei nº 14.133, de 2021. Por esse motivo, as conclusões apresentadas em relação ao regime geral de licitações e contratos são aplicáveis ao regime jurídico dos contratos das empresas estatais.

O regime geral sancionatório da inadimplência contratual, objeto de estudo do presente trabalho, é o que se encontrava previsto na Lei nº 8.666, de 1993, complementado pela Lei nº 10.520, de 2002 e que agora passa a ser regulado pela Lei nº 14.133, de 2021. Também será tratado o regime sancionatório previsto na Lei nº 12.846, de 2013, no que se refere à prática de atos de corrupção no âmbito dessas relações contratuais. Em todos os referidos regimes sancionatórios, as penalidades aplicáveis podem se classificar em sanções de advertência, sanções pecuniárias e restritivas de direitos.

Passa-se, então, à análise pormenorizada das referidas sanções.

3.5.1 Diferenciação entre sanções e demais medidas aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos no Brasil

Conforme já abordado na seção 3.2, a sanção administrativa se distingue de outras medidas administrativas que podem ser adotadas pela Administração. Interessa a esta pesquisa fazer a distinção entre sanções administrativas contratuais e outras medidas que podem ser adotadas no curso do contrato e que com ela não se confundem.

Primeiramente, o contrato administrativo pode conter medidas ressarcitórias, as quais não se confundem com a sanção. Conforme já se constatou neste trabalho, medidas ressarcitórias são aquelas que devolvem à Administração o *status quo ante*, fazendo com que a empresa indenize a Administração pelos danos que lhe foram causados. No Direito Administrativo Brasileiro, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666, de 1993,³³⁹ traz a previsão de medidas ressarcitórias

³³⁸ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

³³⁹ A Lei nº 8.666, de 1993, foi revogada pela Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021 (ainda no curso do fechamento da presente pesquisa). Porém, a Lei manteve a vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, pelo prazo de dois anos. Nesta pesquisa, optou-se por manter a comparação

em seu art. 80, inciso III.³⁴⁰ Nela, há a previsão de que a rescisão do contrato administrativo gera a execução da garantia contratual, para que haja ressarcimento à Administração, além das multas e indenizações devidas.

Ou seja, a medida ressarcitória é uma consequência financeira da rescisão contratual. Aliás, a mesma previsão também é feita em favor da empresa, conforme estabelece o art. 79, § 2º da Lei, que prevê o ressarcimento ao particular dos prejuízos que lhe tenham sido causados quando a rescisão não se deu por sua culpa.³⁴¹

A Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos no Brasil), trouxe também previsões similares a respeito das medidas ressarcitórias. Em favor da Administração, estabelece a Lei o ressarcimento nos casos de prejuízos decorrentes da não execução contratual (art. 139, III, a).³⁴² De igual modo, nos casos em que a rescisão decorrer de culpa da Administração, haverá o ressarcimento à empresa contratada pelos prejuízos que houver sofrido, devidamente comprovados (art. 138, § 2º).³⁴³

entre as duas legislações com a finalidade de registro histórico da evolução da contratação pública no Brasil, até porque durante os dois anos subsequentes à nova Lei, a Lei nº 8.666, de 1993 permanecerá vigente, e os contratos que forem celebrados com base nela, ainda permanecerão sendo regidos por ela, conforme estabelece o art. 190 da Lei nº 14.133, de 2021, que estabelece: “Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 01 jul.2021. Em tese, a nova Lei possui prazo de transição de dois anos. Além disso, todos os contratos celebrados pela Administração neste período continuarão regidos, enquanto perdurarem os efeitos de tais contratos. Com base nisso, decidiu-se tratar o assunto de forma comparada, para que se possa estabelecer o panorama legislativo atual e a comparação com aquele que perde a vigência.

³⁴⁰ “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...) III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 jul.2021.

³⁴¹ “Art. 79 § 2o Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:
I - devolução de garantia;
II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
III - pagamento do custo da desmobilização.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário oficial da União**, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

³⁴² “Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências: (...) III - execução da garantia contratual para: a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

³⁴³ “Art. 138 (...) § 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:
I - devolução da garantia;
II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;
III - pagamento do custo da desmobilização.”

No âmbito da Lei nº 8.987, de 1995 (Lei Geral de concessões de serviços públicos), há a previsão de indenização em favor da Administração Pública na hipótese de ocorrência de caducidade da concessão (inadimplemento total ou parcial do contrato com culpa da concessionária). Assim, quando da ocorrência da caducidade, as indenizações devidas à concessionária somente serão pagas após descontadas as multas contratuais e os danos causados pela concessionária.³⁴⁴

A referida Lei de concessões, porém, trata de forma muito mais minuciosa as indenizações que são devidas à empresa concessionária, quando da ocorrência da rescisão prematura do contrato. É que, diferentemente da Lei Geral de Licitações e contratos, a Lei nº 8.987, de 1995, regula prestação de serviços públicos que são executados “por conta e risco” da empresa concessionária, ou seja, em regra não há investimento de capital público. Por esse motivo, eventuais prejuízos financeiros na rescisão do contrato de forma prematura são, em sua maioria, relacionados ao investimento feito pelo concessionário. Nos casos de encampação, assim considerada a rescisão contratual decorrente de interesse público, prevista no art. 37 da Lei nº 8.987, de 1995, também há o acréscimo à indenização de lucros cessantes.³⁴⁵

Na linha do que defendem os já citados Fábio Medina Osório, Alejandro Nieto e Sirlene Arêdes, as medidas ressarcitórias se aproximam muito mais da ideia de indenização própria do Direito Civil. Ao se analisar a legislação brasileira, inclusive, constatou-se que tais medidas se aplicam tanto em favor da Administração

³⁴⁴ “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. § 5o A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 01 jul.2021.

³⁴⁵ Neste sentido, defende Celso Antônio Bandeira de Mello: “Note-se que tal sucede não porque o Poder Público seja inadimplente, uma vez que é direito seu, por razões fundadas de interesse público, extinguir a qualquer momento a concessão, mas porque a antecipação de seu encerramento, em relação ao prazo previsto, repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira, a qual, como é lógico, é calculada em função de certo lapso de tempo. Com efeito, a amortização paulatina do capital investido pelo concessionário e os lucros previstos ocorrem ao longo de uma dilação temporal. Daí porque o Poder Público, devendo garantir o equilíbrio econômico-financeiro, por ser de natureza contratual, encerrará a concessão quando conveniente, mas garantirá a “expressão econômica” que se realizaria ao longo de certo prazo: aquele tomado como referência de seu valor. Portanto, compensará as importâncias que deixarão de ser percebidas e o restante do capital não amortizado, substanciado nos bens que reverterão ao concedente. A Lei 8.987, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 722-723.

contratante quanto em favor do particular contratado. Seu objetivo é devolver o *status quo ante*, mas não resolver conflitos que existam entre contratante e contratado. Além disso, no caso das medidas ressarcitórias é necessário o dano, enquanto na aplicação das sanções administrativas, em diversas situações, a mera conduta leva à sua aplicação.

No mesmo sentido, a doutrina diferencia as sanções administrativas das medidas rescisórias. É necessário revisitar o posicionamento dos autores para que agora a questão seja enfrentada sob o enfoque dos contratos administrativos e das medidas que devem ou não ser consideradas sanções administrativas.

Para Fábio Medina Osório somente se classificariam como sanções administrativas em contratos administrativos aquelas que possuam “alcance geral e pro futuro”, hipótese em que se aplicariam ao regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador. Assim, o contrato seria o “elemento normativo da figura típica”.³⁴⁶ Conforme já se ressaltou na seção 3.2., com essa proposição o autor retira do âmbito do Direito Administrativo Sancionador e do conceito de sanção administrativa as medidas de advertência, multa e rescisão do contrato, cujos efeitos são apenas internos ao contrato.

Andrés Ruiz Ibáñez, ao citar decisões dos tribunais chilenos a respeito da natureza das sanções decorrentes de contratos administrativos, defende que ela deve ser considerada cláusula penal, devendo ser afastada a incidência dos princípios próprios do direito administrativo sancionador:

Nesta problemática, parte de nossa doutrina, como os professores Lara e Hefman, a Controladoria Geral em diversos ditames (Nos. 73867-2012; 30003-2014; 65.248-2011; 21.035-2012; 34.523 y 47.611, ambos de 2013, entre outros), e os Tribunais Superiores de Justiça entendem que o fundamento que origina as multas, provavelmente as mais típicas sanções na contratação pública, é um descumprimento contratual e não uma infração, pelo que não se revestem de natureza de sanção administrativa, mas cláusulas penais amparadas no art. 1535 do Código Civil, sem prejuízo da aplicação o artigo 1544 do aludido texto normativo, cabendo aos Tribunais de Justiça pronunciar-se sobre a denominada ‘cláusula penal enorme’ e moderá-la no caso de estimar-se desproporcionada.

Nós aderimos à ideia de que os princípios de Direito Administrativo sancionador não se aplicam quando estamos falando de contratos administrativos. Estes, como categoria jurídica peculiar do direito público, correspondem à ideia de que os particulares colaborem com a missão que persegue a Administração mediante a instituição contratual que,

³⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 .ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p. 119.

paralelamente, garanta ao contratante privado a intangibilidade de seus direitos econômicos.³⁴⁷

De forma diversa, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes enquadram tais medidas contratuais, ainda que internas a ele, como sanções administrativas. Os autores a qualificam como sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis, conforme já destacado na seção 3.2, possuem finalidade protetora da ordem administrativa, evitando que o prejuízo causado pelo particular contratado prospere.³⁴⁸

Maria João Estorninho nega a natureza exorbitante de tais sanções posto que são similares àquelas que podem ser aplicadas no âmbito dos contratos privados. Porém, reconhece também a essas medidas natureza de sanção, inclusive a rescisão do contrato administrativo decorrente de descumprimento contratual. A autora afirma, inclusive, que a rescisão do contrato é a sanção mais grave que a Administração pode aplicar ao particular. Citando Marcelo Caetano, a autora destaca a distinção entre rescisão-sanção da rescisão por interesse público. Segundo a autora, tal rescisão-sanção tem natureza vinculada e deve se associar a faltas graves da empresa contratada.³⁴⁹

³⁴⁷ Es esta problemática, parte de nuestra doctrina, como los profesores Lara y Hefman, la Contraloría General em diversos dictámenes (Nos. 73867-2012; 30003-2014; 65.248-2011; 21.035-2012; 34.523 y 47.611, ambos de 2013, entre otros), y los Tribunales Superiores de Justicia, entienden que el fundamento que origina las multas, probabelmentelas más típicas sanción em la contratación pública, es un incumplimiento contractual y no una infracción, por lo que no revisten la naturaleza de una sanción administrativa, sino de cláusulas penales amparadas em el artículo 1535 de Código Civil, sin perjuicio que por aplicación del artículo 1544 de aludido texto normativo, corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la denominada 'clausula penal enorme' y moderarla em caso de estimarse desproporcionada. (...) Nosotros adherimos a la idea que los principios del Derecho Administrativo sancionador no rigiendo cuando estamos hablando de contratos administrativos. Éstos, como categoría jurídica peculiar del derecho publico, responden a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos. IBÁÑEZ, RUIZ, Andrés. **Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa**: *Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014*. Valparaíso: Universitarias de Valparaíso, 2016. p. 293-294.

³⁴⁸ ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 879-880.

³⁴⁹ "A sanção mais grave que a Administração pode aplicar ao seu co-contratante consiste na própria rescisão do contrato. Marcelo Caetano, por exemplo, não analisa de forma autônoma o poder sancionatório da Administração e apenas refere a rescisão a propósito das formas de extinção do contrato administrativo, distinguindo esta rescisão-sanção da rescisão por motivos de conveniência do interesse público. Esta rescisão-sanção implica obviamente efeitos punitivos para o contraente particular e tem-se entendido que o poder de a aplicar é vinculado, devendo fundar-se em faltas graves causadoras de danos igualmente graves para a Administração." ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 129.

Sirlene Nunes Arêdes, por sua vez, defende que multas coercitivas (no caso da presente análise, multas coercitivas contratuais) devem ser consideradas vinculadas ao Direito Administrativo Sancionador, já que possuem a finalidade de coagir ao cumprimento de obrigações estipuladas.

Não se vislumbra nesta tese motivos para se retirar do âmbito de aplicação do Direito Administrativo Sancionador as sanções de advertência, multa coercitiva e rescisão do contrato por descumprimento de obrigações pelo particular-contratado. Tratam-se de medidas que possuem finalidade preventiva e repressiva, próprias da sanção administrativa. Possuem o objetivo de dissuadir o particular contratado quanto ao inadimplemento do contrato e ao cometimento de condutas consideradas infrações administrativas contratuais. Desse modo, a presente pesquisa se coloca ao lado do posicionamento daqueles que consideram que, mesmo as medidas que tenham efeitos apenas internos aos contratos administrativos, porém dotadas de finalidade preventiva e repressiva quanto ao cometimento de infrações contratuais, possuem natureza de sanção administrativa. Ou seja, a finalidade da sanção administrativa está presente nessas medidas contratuais, razão pela qual devem ser regidas pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

No caso dos contratos administrativos no Brasil, a Lei traz hipóteses de inexecução contratual parcial ou total por parte das empresas contratadas (infrações contratuais) e as consequências que delas advém (sanções administrativas contratuais). A finalidade que se observa da aplicação das medidas de advertência, multa e restrições de direito é claramente punitiva. Ao lado dessas medidas, coloca-se também a rescisão do contrato administrativo por culpa da empresa contratada, a qual se apresenta como medida punitiva decorrente do cometimento de infrações contratuais, tal como exposto por Maria João Estorninho.

Importante aqui fazer a distinção entre rescisão do contrato por inadimplência contratual e rescisão do contrato por interesse público, por culpa da Administração ou pela ocorrência de caso fortuito e força maior. Apenas a primeira hipótese se enquadra como rescisão sancionatória, visto que as demais não decorrem de inadimplência da empresa contratada e não podem ser abrangidas pelo Direito Administrativo Sancionador.

A Lei nº 8.666, de 1993 elenca, em seu art. 78, as hipóteses que podem gerar a rescisão do contrato administrativo, sendo que se caracterizam como infrações

contratuais as previstas nos incisos I a XI e XVIII.³⁵⁰ Delas advém a consequência prevista no art. 78 (rescisão contratual), podendo também gerar a aplicação das penalidades previstas no art. 87,³⁵¹ uma vez que esse último prevê a aplicação de penalidade em virtude de “inexecução total ou parcial do contrato”. Trata-se de tipificação aberta, que pode se amparar nas condutas infracionais previstas no art. 78, embora esse somente se refira à rescisão contratual.

A Lei nº 14.133, de 2021, trata em capítulos separados as infrações que geram a extinção do contrato administrativo e aquelas que podem resultar na aplicação de sanções administrativas. No art. 137 estão previstas as situações que dão ensejo à extinção do contrato administrativo. Dessas, destacam-se como infrações administrativas contratuais as previstas nos incisos I e II do referido dispositivo.³⁵²

A novidade trazida pela referida Lei é que há um rol específico de infrações contratuais que geram a aplicação de sanções administrativas. Portanto, a nova Lei

³⁵⁰ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei; IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; (...) XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul.2021.

³⁵¹ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2021

³⁵² Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos; II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial de União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>. Acesso em: 09 jul.2021.

busca ser mais detalhista no sentido de tipificação das condutas que levam à extinção por culpa do contratado. O art. 155 elenca, ao todo, 12 infrações contratuais geradoras de aplicação de penalidades, dentre condutas relacionadas à fase contratual. As que se referem ao descumprimento do contrato administrativo são as previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX, X e XII.³⁵³

As hipóteses que levam à extinção contratual por culpa do contratado podem ser perfeitamente encaixadas nos incisos I, II e III do art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021. Desse modo, percebe-se que as mesmas infrações administrativas contratuais que levam à aplicação de penalidades, também podem redundar em extinção do contrato administrativo. Desse modo, é possível perceber que algumas infrações administrativas contratuais levam a duas consequências punitivas: a sanção administrativa e a extinção unilateral do contrato administrativo.

A Lei nº 8.987, de 1995, também prevê duas hipóteses distintas de rescisão contratual: a caducidade e a encampação. A primeira está ligada à inadimplência da concessionária e tem natureza de sanção administrativa. Já a segunda ocorre por interesse público e não decorre de descumprimento do contrato pela empresa concessionária. O tratamento dado a ambas pela Lei é totalmente distinto, sendo que para a encampação há um regime mais rígido para que ocorra a rescisão. Enquanto para encampação é necessária Lei que autorize a rescisão e indenização prévia dos danos sofridos pelo particular (art. 37), na caducidade a rescisão pode ser autorizada por meio de decreto e não é garantida a prévia indenização à contratada (art. 38, § 4º). Assim, percebe-se a natureza punitiva da caducidade, haja vista que não possui o mesmo regime de garantias para o concessionário que o observado na encampação.

Entende-se que a rescisão contratual decorrente de inadimplência contratual e a aplicação de sanções administrativas possuem a mesma natureza jurídica. Aplicam-se, às duas consequências, as mesmas garantias processuais e os mesmos

³⁵³ Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; (...) VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013." BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial de União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>Consulta em: 09/07/2021.

princípios, posto que decorrem do mesmo fato (infração administrativa contratual) e sua previsão tem o mesmo objetivo (evitar a ocorrência da infração – natureza preventiva e dissuasória, e repressiva no caso da ocorrência da infração). Desse modo, defende-se a natureza de sanção administrativa para a rescisão unilateral decorrente de infração administrativa contratual, razão pela qual deve ser aplicado o Direito Administrativo Sancionatório e todo seu regime jurídico.

Alejandro Nieto também sugere que há distinção entre **sanções administrativas e multas de mora**, dada a ausência de finalidade repressiva das multas de mora. Destaca, porém, que deve ser observado um critério quantitativo para se considerar, ou não, a multa de mora como uma sanção. Nas hipóteses em que a sua aplicação superar o valor da sanção referente ao atraso na entrega, deverá ser considerada sanção administrativa.³⁵⁴

O Direito brasileiro, no âmbito dos contratos administrativos, faz distinção entre dois tipos de multa. A Lei nº 8.666, de 1993, estabelece, no art. 86, a multa pelo atraso injustificado na execução do contrato.³⁵⁵ O texto traz, expressamente, a nomenclatura para esse caso como “multa de mora”. Nessa hipótese, a infração contratual é, tão somente, o atraso na entrega de objeto ou no cumprimento de prestação, e não o inadimplemento parcial ou total da obrigação.

No entanto, a multa sancionatória está estabelecida no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e se refere ao “inadimplemento parcial ou total do contrato”.³⁵⁶ Nesse caso, não se trata de mero atraso, mas de descumprimento de obrigações contratuais.

A Lei nº 14.133, de 2021, manteve a lógica da Lei nº 8.666, de 1993, distinguindo multa de mora de multa compensatória. No art. 162 há a previsão da multa aplicada em razão do mero atraso (multa de mora).³⁵⁷ Há previsão expressa,

³⁵⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 158.

³⁵⁵ “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.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul.2021.

³⁵⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Consulta em: 09 jul. 2021

³⁵⁷ “Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato. Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>. Acesso em: 09 jul. /2021.

em seu parágrafo único, da conversão dessa multa em compensatória e a extinção unilateral do contrato. A hipótese do parágrafo único reside, justamente, na diferença entre a multa pelo mero atraso, da multa compensatória, já que essa última está relacionada ao inadimplemento parcial ou total do contrato, enquanto a primeira diz respeito ao mero atraso no cumprimento da obrigação (sem que a obrigação seja descumprida). A multa compensatória, por sua vez, está prevista no art. 156, II da referida Lei.³⁵⁸

A questão que ora se coloca é: há diferença ontológica entre uma e outra penalidade? Destinam-se a finalidades distintas, ou ambas se voltam para o mesmo objetivo? Há razões para se diferenciar o regime jurídico aplicável a uma e a outra?

A resposta às indagações deve ser negativa. A finalidade da sanção administrativa, tal como exposto nesta seção, é repressiva e dissuasória. A sanção administrativa é a resposta do ordenamento jurídico à ocorrência de infração administrativa estabelecida em lei, e tem como finalidade evitar a ocorrência dessa infração (finalidade dissuasória) e reprimi-la no caso em que vier a ocorrer.

No caso das multas de mora e multa compensatória, ambas possuem as finalidades próprias da sanção administrativa. O objetivo é dissuadir o particular-contratado de atrasar a execução ou entrega (multa de mora) ou de descumprir o contrato (multa compensatória). Ocorrendo a infração (atraso ou descumprimento do contrato), aplica-se a medida. Encaixam-se, ambas, no conceito e na finalidade de toda e qualquer sanção administrativa, não se vislumbrando qualquer razão para que sejam tratadas de forma diferente ou alijadas do âmbito de aplicação do Direito Administrativo Sancionador. A propósito, ressalta-se que quando se trata da multa de mora, a Lei nº 14.133, de 2021, prescreve “atraso injustificado”, de modo que o atraso para o qual haja motivo razoável, devidamente provado, junto à Administração, não poderá ser sancionado. Ao mesmo tempo, esse atraso injustificado reforça a natureza sancionatória da multa pois decorre de infração contratual quanto ao prazo de entrega ou à prestação dos serviços.

Questão diversa pode ser concluída a respeito dos juros de mora, os quais se diferenciam da multa de mora. A multa de mora, como se viu, tem finalidade

³⁵⁸ Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: (...) II - multa;” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>Consulta em: 09 jul.2021.

dissuasória e repressiva, caracterizando-se, assim, como sanção administrativa. Os juros de mora, por sua vez, quando aplicáveis, possuem finalidade de restabelecimento do *status quo ante*, tal como as medidas de ressarcimento, não se caracterizando como sanção administrativa.

Por fim, tem-se a distinção entre sanções administrativas e medidas acautelatórias, também presentes na legislação que trata dos contratos administrativos no Brasil. Conforme foi destacado na seção 3.1.2, as medidas cautelares possuem fundamento diverso das sanções administrativas. A finalidade da sanção administrativa é o estímulo para que não ocorra a infração administrativa e, ocorrendo, que seja reprimida. Já a medida acautelatória tem como fundamento a necessidade de imediata atuação da Administração com o objetivo de evitar danos ao interesse protegido.

No âmbito da regulamentação dos contratos administrativos, verifica-se a previsão de medidas acautelatórias no art. 80 da Lei nº 8.666, de 1993.³⁵⁹ Tais medidas são aplicadas após rescisão do contrato administrativo como forma de assegurar à Administração a autoexecutoriedade na proteção à continuidade do serviço público. Aditem, pois, a “assunção imediata do objeto do contrato, no local em que se encontrar”, bem como a “ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade”. Tal como observa Marçal Justen Filho,³⁶⁰ não possuem finalidade sancionatória, considerando o próprio *caput* do art. 80 que considera a aplicação de tais medidas “sem prejuízo das sanções previstas em lei”.

A Lei nº 14.133, de 2021, traz previsão similar. Em seu art. 104, ao definir os poderes atribuídos à Administração, prevê a medida cautelar de ocupação provisória

³⁵⁹ “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei; III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul.2021.

³⁶⁰ “O art. 80 enumera as faculdades que se abrem à Administração, após promover a rescisão por ato unilateral. As prerrogativas arroladas não têm natureza sancionatória (punitiva). A punição pelo inadimplemento far-se-á através de outros instrumentos jurídicos, cujo exame será feito avante. Bem por isso, a execução dos atos ali indicados não exclui a possibilidade de execução de sanção contra o particular. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1446.

de bens móveis e imóveis, bem como utilização de pessoal vinculado ao objeto do contrato, quando houver “risco à prestação de serviços essenciais” ou “necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato”. De igual modo, assinala como consequências da extinção do contrato a “assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar”, “ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade”, dentre outras medidas acautelatórias.³⁶¹ Também nesse caso há previsão legal de que a aplicação de tais medidas se dá sem prejuízo das sanções previstas em lei. Ou seja: o próprio texto legal já destaca que tais medidas acautelatórias não se confundem com sanções administrativas.

Pode-se destacar também como medida cautelar prevista para os contratos de concessão de serviço público a intervenção. A Lei nº 8.987, de 1995, trata da medida nos arts. 32 a 34 e prevê a possibilidade de o Poder concedente intervir na concessão, com a finalidade de assegurar a prestação dos serviços e o cumprimento das normas contratuais.³⁶² Não se trata de sanção administrativa, mas sim de medida cautelar, que busca proteger o interesse público na fiel execução do contrato administrativo. Dela poderá decorrer a rescisão do contrato administrativo, com aplicação de penalidades, ou a continuidade do contrato, inclusive com a possibilidade de indenização à contratada, caso seja comprovado que a intervenção não observou as hipóteses legais e prestação de contas pelo interventor ao final da medida.

Independentemente da previsão legal que deixa expressa que tais medidas não possuem natureza sancionatória, esta pesquisa alinha-se aos postulados de Celso Antônio Bandeira de Mello, Alejandro Nieto e Sirlene Arêdes, expostos na seção 3.1.2.

³⁶¹ “Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade; III - execução da garantia contratual para: a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c) pagamento das multas devidas à Administração Pública; d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133> Consulta em: 09 jul. /2021.

³⁶² BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2021.

Sanções e medidas cautelares possuem objetivos diversos e não se confundem. A medida cautelar não tem como fundamento, necessariamente, a existência de uma infração administrativa. Não se exige, sequer, a existência de culpabilidade para que sejam aplicadas. O objetivo é a proteção imediata do interesse público, haja vista sua perturbação por uma conduta ou omissão do particular, que pode ou não redundar em aplicação de sanção administrativa.

3.5.2 Espécies de sanções contratuais na legislação brasileira

Tendo sido feitas as distinções entre medidas administrativas e sanções contratuais, para fins do objeto desta pesquisa, é importante evidenciar as sanções administrativas contratuais previstas na legislação brasileira. Considerando o período de transição por que passa a matéria no país, será feita análise comparativa entre o regramento da Lei nº 8.666, de 1993 e da Lei nº 14.133, de 2021.

Na Lei nº 8.666, de 1993, conforme já se destacou, as espécies de penalidades estão previstas em seus arts. 86 (multa de mora) e 87 (demais espécies). Já na Lei nº 14.133, de 2021 a previsão está em seu art. 156.

Importante consignar que a Lei nº 14.133, de 2021, trouxe critérios a serem observados pela Administração na dosimetria da penalidade, o que não existia na Lei nº 8.666, de 1993. O art. 156, § 1º, estabelece que essa dosimetria deve levar em conta cinco critérios: (1º) natureza e gravidade da infração; (2º) peculiaridades do caso concreto; (3º) circunstâncias agravantes e atenuantes; (4º) danos decorrentes da infração para a Administração e (5º) a existência de programa de integridade.

Trata-se de previsão que deve ser observada pelo intérprete no momento da aplicação da penalidade, sendo, portanto, uma inovação positiva. Porém, tal como destaca Thiago Marrara, a nova Lei, ao prever a necessidade de se observarem as circunstâncias agravantes e atenuantes, não trouxe a previsão de quais são elas. Na falta do detalhamento legal, o referido autor defende que o dispositivo é inaplicável.³⁶³ Neste trabalho, discorda-se do autor para entender que é possível que regulamento específico, ou o próprio contrato, contenha o detalhamento de quais seriam essas circunstâncias atenuantes e agravantes, suprindo-se, assim, a lacuna da Lei.

³⁶³ MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.p. 230.

Destaca-se que o objetivo da presente pesquisa é investigar as sanções contratuais, sua finalidade e seus parâmetros de incidência. Todavia, as penalidades sobre as quais se discorrerá nesta seção também são aplicáveis na hipótese de descumprimento de deveres no processo licitatório e no caso das chamadas de infrações pré-contratuais (praticadas entre a homologação da licitação e a assinatura do contrato)³⁶⁴ que estão elencadas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 1993 e nos art. 155, incisos IV, V, VI, VIII, IX, X e XI da Lei nº 14.133, de 2021.

Nesse caso, os objetivos são outros, visto que buscam proteger a lisura do certame. Comportamentos inadequados e perturbadores da licitação dão margem à aplicação das sanções tratadas abaixo, além de estarem sujeitos a se caracterizar como crime contra a lei de licitações, tal como tipificado no art. 178 da Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021. Muitos dos comentários apresentados aqui podem ser fundamento tanto para aplicação de sanções no âmbito das licitações quanto dos contratos, porém, por medida de corte metodológico, as referidas sanções não serão abordadas aqui na perspectiva da licitação, mas sim na perspectiva das infrações contratuais.

3.5.2.1 Advertência

Em ambas as legislações, a penalidade mais branda é a advertência. A referida sanção representa sinalização ao contratado de que algo na relação contratual não está adequado. Trata-se de penalidade adequada nos casos em que pequenos descumprimentos contratuais não ensejam maiores consequências ou danos ao interesse público tutelado por meio do contrato administrativo.

Embora se trate de penalidade mais singela, isso não afasta a necessidade de instauração do devido processo legal, garantindo-se à empresa o direito à ampla defesa e contraditório. Deverá ser notificada da possibilidade de aplicação da penalidade, sendo a ela garantida defesa prévia e recurso. A pena de advertência não é uma mera admoestação verbal, mas é levada a registro nos sistemas de cadastro da Administração Pública, gerando consequências para o patrimônio jurídico da empresa. Ademais, pode ser utilizada como fundamento para aplicação de penalidades mais gravosas, caso a empresa venha a reincidir ou incorrer em outra

³⁶⁴ Neste sentido: MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella (Coordenação). **Licitações e Contratos Administrativos**. Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021 p. 223.

infração contratual. Em sendo assim, é imperioso que a empresa tenha resguardado o seu direito à ampla defesa.

Nesse aspecto, o *caput* do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993 é claro ao determinar que a aplicação de todas as penalidades nele elencadas deve ser precedida de defesa prévia.

A Lei nº 14.133, de 2021, prevê a penalidade de advertência no seu art. 156, inciso I, que teve sua aplicação restrita à hipótese de descumprimento parcial do contrato, conforme estabelece o art. 155, inciso I, conforme determina o art. 156, § 2º. A propósito, o descumprimento parcial do contrato foi desmembrado em duas infrações distintas, diferenciando a hipótese em que tal descumprimento implica em dano grave à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo e as hipóteses em que tal dano não ocorre. A penalidade de advertência foi restringida às hipóteses em que esse dano não ocorre.

Relativamente ao processo administrativo sancionador, a Lei nº 14.133, de 2021, em seus arts. 156 e 157 se limitou a criar procedimentos para as penalidades previstas nos incisos II (multa), III (impedimento de licitar e contratar) e IV (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar) do art. 155, permanecendo silente quanto à penalidade de advertência. Trata-se de lacuna que deve ser suprida com base no princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, devendo-se exigir, também para a penalidade de advertência, a observância destes preceitos.

Na verdade, o ideal seria que a Lei tivesse criado o devido processo legal sancionatório, estabelecendo garantias a serem observadas na aplicação de qualquer penalidade. Limitou-se, no entanto, a criar um procedimento simplificado para a aplicação da penalidade de multa e outro procedimento mais robusto, a ser conduzido por uma comissão de servidores, no caso das penalidades de impedimento de licitar e contratar e declaração e inidoneidade.³⁶⁵ Quanto à advertência, trata-se de lacuna que desprestigia o princípio da ampla defesa e do contraditório. É defensável que se

³⁶⁵ Neste sentido, também defendem Cristiana Fortini e Mariana Avelar: “Para além de perder a oportunidade de expressamente admitir a contratualização para além do acordo de leniência, a leitura literal do PL indicaria que alguns direitos e garantias fundamentais do devido processo legal seriam reservados a determinadas situações: o direito de produzir provas, alegações finais e de ter a defesa apreciada por comissão de servidores estáveis ou empregados públicos do quadro permanente foram mencionados apenas para as penalidades de suspensão e inidoneidade. No caso da aplicação de multa — sanção que não pode ser desprezada —, a lei facultou ao interessado 15 dias para defesa sem expressar qualquer outra garantia. A interpretação da futura legislação conforme a Constituição não poderá, evidentemente, restringir o alcance da garantia fundamental do devido processo legal, razão pela qual a literalidade (como usual) não servirá como régua interpretativa.” FORTINI, Cristiana. AVELAR, Mariana. Considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. **Revista Consultor Jurídico**, 14 jan. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-14/interesse-publico-consideracoes-pl-425320-futura-lei-licitacoes>. Acesso em: 10 ago 2021.

opte por procedimento mais expedito, porém a ausência de processo administrativo, ampla defesa e contraditório viola o ordenamento constitucional brasileiro.³⁶⁶

A única interpretação possível diante da omissão da Lei e que melhor se adequa ao princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório é a que aponta na necessidade de que, mesmo na sanção de advertência e, ainda que perante omissão legislativa, seja instaurado processo administrativo específico, garantindo-se à empresa o direito à ampla defesa e ao contraditório. Como já se disse anteriormente, a penalidade de advertência não é uma mera admoestação, mas se trata de notificação registrada por escrito e que serve como fundamento para demonstrar a existência de precedentes que, no futuro, podem ser utilizados como razão para a dosimetria de penalidade mais gravosa. A propósito, o art. 155, § 1º da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que, dentre os critérios a serem observados na aplicação das penalidades, devem ser consideradas “as circunstâncias agravantes ou atenuantes”, o que pode incluir penalidades pretéritas.

Além disso, ao regular o tipo de licitação técnica e preço, a Lei nº 14.133, de 2021, em seus artigos 36, § 3º e art. 37, III³⁶⁷ estabelece que o desempenho pretérito na execução de contratos administrativos deve ser considerado para fins de pontuação técnica. Isso significa que a existência de penalidades pretéritas registradas pode ser relevante para que o licitante vença ou não uma licitação. Além disso, ainda há o efeito moral da sanção, visto que é anotada no registro cadastral da empresa, o qual, a partir da Lei nº 14.133, de 2021, passa a ter abrangência nacional.³⁶⁸

³⁶⁶ Neste sentido: “O art. 156 trata de um procedimento simplificado a propósito da imposição de sanção de multa. O art. 157 trata de processo mais consistente relativamente às sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade. Logo, não caberia observar o devido processo legal para a imposição de advertência. Essa orientação infringe a Constituição.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1637.

³⁶⁷ “Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.(...) § 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento.
Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por: (...) III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

³⁶⁸ “Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

3.5.2.2 Multa

A penalidade de multa atualmente está regulada nos art. 86, *caput* e art. 87, II da Lei nº 8.666, de 1993. Conforme exposto na seção 3.5.1, a legislação prevê dois tipos de multa que poderão ser aplicadas durante a execução do contrato: (1º) multa de mora e (2º) multa sanção.

Primeiramente, o art. 86 trata da pena de multa decorrente do atraso na entrega do objeto contratado. Nesse caso, a penalidade tem caráter de compensação pelo atraso contratual. Ela está adstrita às hipóteses em que a empresa entregou o objeto contratado completo, mas atrasou a entrega. Há previsão no parágrafo primeiro para cumulação com outras penalidades, inclusive rescisão contratual, caso o atraso venha acompanhado de descumprimento parcial ou total do objeto. Destaca-se que o percentual da multa em relação ao valor do contrato deve ter previsão contratual.

O art. 86, § 2º exige que a multa seja precedida do devido processo administrativo, o que implica, por óbvio, necessidade de garantia prévia à empresa.

A multa tratada no art. 87, II da Lei nº 8.666, de 1993, por sua vez, não se refere a atraso, mas à inexecução total ou parcial do contrato. Por isso, ela tem natureza sancionatória e pode ser designada como multa sanção. Também nesse caso é possível cumular a multa com outras penalidades pelo descumprimento contratual, caso a gravidade da infração assim imponha.

Não é demais reforçar que pelo art. 87, *caput* exige-se a defesa prévia para a aplicação de todas as penalidades nele previstas, o que também se aplica nesse caso.

A Lei nº 14.133, de 2021, também faz a diferenciação entre multa de mora, prevista no seu art. 161, e multa sanção ou compensatória (como é denominada pelo art. 161, parágrafo único), prevista no art. 155, II. Para a multa compensatória há garantia de defesa prévia no art. 156, no prazo de 15 dias úteis. Por outro lado, no art. 161 nada se fala a respeito de defesa prévia à empresa em decorrência do atraso no pagamento. Pelas mesmas razões já levantadas quando dos comentários a respeito da penalidade de advertência, também aqui é necessário reiterar a necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório, garantindo-se à empresa o direito à defesa prévia e o direito de recorrer da aplicação dessa penalidade. Trata-se de mais uma lacuna da Lei no que se refere à garantia constitucional do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Outra questão importante a respeito da aplicação das penalidades de multa (seja ela compensatória ou de mora), é a cobrança a ser feita da empresa sancionada. O atual regramento da Lei nº 8.666, de 1993, prevê a cobrança da multa por meio da garantia apresentada pela empresa, preferencialmente em relação ao desconto de valores devidos à empresa contratada. É o que estabelece o art. 86, § 2º, somente sendo devido o desconto dos valores devidos pela Administração à empresa no caso da garantia não ser suficiente para suportar o valor da multa aplicada (art. 86, § 3º e art. 87, § 1º).

A Lei nº 14.133, de 2021, inverte essa ordem preferencial de cobrança. Segundo o art. 155, § 8º do referido Projeto, a garantia somente será acionada quando a multa for superior aos valores devidos pela Administração à empresa. A previsão é específica em relação à multa compensatória, porém a mesma lógica deve ser estendida à multa de mora prevista no art. 161, uma vez que são penalidades de mesma natureza.

A mudança do regime de preferências realizado pela nova Lei foi adequada. Mesmo diante da redação atual, já se defendia a possibilidade de a Administração compensar a multa aplicada ao particular dos valores devidos à empresa. Segundo Marçal Justen Filho, tal regra seria inaplicável, salvo se a garantia for dada em dinheiro, haja vista que quanto às demais modalidades de garantia prevista na legislação (títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro-garantia) invariavelmente será necessário recorrer a processos judiciais para que a dívida seja paga. O referido autor reputa ser um contrassenso “que a Administração liquidasse espontaneamente seus débitos e, posteriormente, ficasse assujeitada ao risco de não encontrar bens suficientes em poder dele para satisfazer a indenização por perdas e danos”.³⁶⁹

A propósito, é prática usual no mercado a compensação entre créditos e débitos nas relações jurídicas regidas pelo Direito Privado. É o que prevê o art. 368 do Código Civil, em que se estabelece: “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”. Não há razão alguma, de ordem pública ou privada, que determine que créditos devidos pela Administração à empresa sejam tratados de forma diversa.

³⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1451.

Pelo contrário, se a compensação é o caminho mais seguro e rápido para a cobrança da multa, é ele que deve ser o seguido, por imposição do interesse público.

Quanto ao processo administrativo sancionador, a Lei nº 14.133, de 2021, traz em seu art. 157 apenas a previsão de que será facultada a defesa do contratado pelo prazo de 15 dias. Ou seja: para a penalidade de multa foi previsto procedimento mais simplificado que o das penalidades restritivas de direitos. Não se pode apontar inconstitucionalidade na criação de um processo mais simplificado para penalidades mais brandas. Porém, não se pode negar ao particular outros direitos inerentes à ampla defesa e ao contraditório, quando requeridos, por falta de previsão legal. É o caso do contratado ou licitante solicitar a produção de provas, que deverão ser deferidas, se consideradas relevantes para o deslinde da controvérsia. A propósito, Marçal Justen Filho defende que devem ser estendidas, também para as penalidades de advertência e multa, previstas na Lei nº 14.133, de 2021, as garantias previstas para as penalidades restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração.³⁷⁰

3.5.2.3 Penalidades restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração

As penalidades mais graves previstas pela Lei nº 8.666, de 1993, no âmbito administrativo, são as de suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. Estão previstas, respectivamente, no art. 87, incisos III e IV da referida Lei.

Em ambos os casos, o objetivo é claro: a empresa fica impedida de participar de licitações e de celebrar contratos durante o prazo em que perdurar a penalidade aplicada. A Lei não estabeleceu, todavia, pressupostos objetivos para se optar por uma ou outra penalidade, recaindo a escolha para o gestor público com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em cada caso concreto.

Não obstante a ausência da diferenciação dos casos em que se aplica uma ou outra, é possível identificar algumas distinções entre as referidas penalidades.

O primeiro traço que as distingue está no limite temporal. Enquanto a pena de suspensão do direito de licitar é de até dois anos, a declaração de inidoneidade perdura até a reabilitação da empresa, respeitando-se o prazo mínimo de dois anos,

³⁷⁰ Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1637

até porque se trata de penalidade que se pretende mais gravosa que a suspensão. Problema que surge a partir disso é para o caso de a empresa nunca se reabilitar. Nesse caso, qual seria a consequência? Ficaria, indefinidamente, proibida de licitar e contratar com a Administração Pública?

Não é possível admitir que a pena de declaração de inidoneidade tenha prazo indefinido, sob pena de ofensa à proibição constitucional de penalidades perpétuas.³⁷¹ Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão 856, de 2011, já se posicionou pela observância do prazo de cinco anos, em analogia à prescrição quinquenal.³⁷²

O outro ponto que merece destaque na distinção entre a suspensão do direito de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade reside no âmbito de eficácia de cada uma das penalidades. Segundo a literalidade do dispositivo legal, a suspensão aplica-se no âmbito da Administração, enquanto a declaração de inidoneidade se aplica no âmbito da Administração Pública. Recorrendo ao art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, percebe-se que, no seu inciso IX, a definição de Administração Pública englobando todos os entes da Administração Pública Brasileira, enquanto a expressão Administração está definida no inciso XII e engloba o órgão, entidade ou unidade administrativa por meio da qual o Poder Público atua diretamente.³⁷³

A partir da interpretação literal do texto legal, a pena de suspensão teria eficácia apenas no órgão ou entidade em que se encontra vinculado o contrato, enquanto a declaração de inidoneidade teria validade para todos os órgãos da Administração

³⁷¹ Prevê o art. 5º, XLVII da CR/88: “XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Consulta em: 12/07/2021.

³⁷² “REPRESENTAÇÃO. FRAUDE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. INIDONEIDADE DA EMPRESA. A existência de fraude em procedimento licitatório enseja a declaração de inidoneidade do licitante envolvido, pelo prazo de até cinco anos, para participar de licitação na Administração Pública Federal.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 856/2011 - Plenário. Relator: Ubiratam Aguiar. Data da sessão: 06/04/2011. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A856%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁷³ “Art. 6º (...) XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;
XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 25 jan. 2021.

Pública Brasileira. Todavia, a interpretação tem oscilado, tanto nos Tribunais quanto na doutrina.

Marçal Justen Filho reconhece aplicabilidade ampla à declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público. Para ele, a aplicação da penalidade tem aplicação genérica, inclusive em órbita federativa diversa da que aplicou a penalidade.³⁷⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, adota em seu texto a interpretação literal do dispositivo, entendendo que a declaração de inidoneidade tem alcance mais amplo do que a pena de suspensão temporária do direito de licitar e contratar.³⁷⁵

Para José dos Santos Carvalho Filho os efeitos da sanção devem ser extensivos, ou seja, havendo punição tanto para o caso de suspensão quanto declaração de inidoneidade para licitar e contratar, a punição é extensiva a toda a Administração Pública. O autor adota como fundamento a necessidade de se proteger as contratações públicas, de modo que a empresa que esteja punida por um determinado ente também não detenha os requisitos necessários para contratar com outro.³⁷⁶

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem posicionamento similar à posição de José dos Santos Carvalho Filho, considerando a interpretação extensiva para ambos os casos. Ou seja: tanto na hipótese de suspensão quanto na hipótese de declaração de inidoneidade para licitar e contratar a penalidade se estende a toda a Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal.³⁷⁷

³⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1476.

³⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 319.

³⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. 26. ed..p. 222-223.

³⁷⁷ “Mandado de Segurança. Penalidade Aplicada Com Base Na Lei 8.666/93. Divulgação No Portal Da Transparência Gerenciado Pela Cgu. Decadência. Legitimidade Passiva. Lei Em Tese E/Ou Ato Concreto. Dano Inexistente.

(...)

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada.”BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 19657/DF, 1ª Seção. Relatora: Eliana Calmon. Publicação: 14.08.2013. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 2013.

“Administrativo. Suspensão de Participação Em licitações. Mandado de Segurança. Entes ou Órgãos Diversos. Extensão da punição para toda a Administração.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 174.274/SP, 2ª Turma, Relator. Ministro: Castro Meira. Publicação: 19/10/2004. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 2004.

Em sentido diverso da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União tem entendimento consolidado pela interpretação literal do dispositivo, de modo que a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar é restrita ao ente que aplica a penalidade e a declaração de inidoneidade tem validade nacional.³⁷⁸

Diante do que se expôs e no que se refere à Lei nº 8.666, de 1993, é possível identificar, hoje, basicamente três interpretações possíveis para o tema da extensão das penalidades restritivas de direitos em contratos administrativos: (1ª) a interpretação literal, que entende que a suspensão deverá ser aplicada no âmbito da entidade federativa envolvida e a declaração de inidoneidade deve ser aplicada para todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal; (2ª) a interpretação restritiva, baseada na autonomia dos entes federados, que estabelece que cada ente regula e aplica suas próprias penalidades, não sendo elas estendidas a outro ente federado; (3ª) a interpretação extensiva, adotada pelo STJ, que estabelece que ambas as penalidades (suspensão e declaração de inidoneidade) devem ser aplicadas nos três âmbitos da federação (Federal, Estadual e Municipal).

A interpretação extensiva adotada pelo STJ, no sentido de considerar que ambas as penalidades (suspensão e declaração de inidoneidade) são aplicáveis a todos os entes federados, não pode ser aceita. Normas que restringem direitos devem ser interpretadas de forma restritiva e não extensiva. Não é possível dar interpretação extensiva quando a própria lei atribui interpretação mais restrita.³⁷⁹ Portanto, quanto à

³⁷⁸ Neste sentido: “Não é esse o entendimento do Tribunal, conforme podemos observar nas Decisões 369/99, 226/00 e 352/98 do Plenário. Desta última, proferida no Processo TC 017.801/95-8, destaco três fortes argumentos para combater a tese acima: As sanções elencadas no art. 87 da Lei 8.666/93 encontram-se em escala gradativa de gravidade: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Percebe-se a intenção do legislador de distinguir as duas últimas figuras, de forma a permitir ao administrador que penalize uma falta não tão grave apenas com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Por outro lado, a sanção mais grave seria declarar o licitante inidôneo para contratar com a Administração Pública. O legislador utilizou os conceitos da própria Lei, art. 6º, XI e XII para definir a abrangência das duas sanções: a primeira aplica-se apenas à Administração como órgão, entidade ou unidade administrativa que atua concretamente, e a segunda aplica-se à administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais dispositivos cuidam de restrição de direitos, pelo que devem ser interpretados de forma restritiva. Não se permite estender a lei penal, aplicá-la por analogia ou paridade, reprimindo ações e aplicando penas sem fundamento legal específico e prévio. A impropriedade de termos ou lapso na redação não se presume, deve ser demonstrada cabalmente, sob pena de se praticar a injustiça”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 36, de 2001. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 2001.

³⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ary. **Licitação e contrato administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 117.

penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, não há dúvida de que se aplica exclusivamente no âmbito do ente federado em que ocorrer.

A divergência permanece apenas quanto à extensão da penalidade de declaração de inidoneidade. Nesse sentido, não é possível ignorar o alerta feito por Hely Lopes Meirelles no que se refere ao pacto federativo. Os entes federados possuem autonomia política, administrativa e financeiro-orçamentária, e a aplicação de sanções administrativas trata-se de competência administrativa. Portanto, por mais defensável que seja a restrição de direitos a uma empresa inidônea, a penalidade aplicada a um ente federado não poderia ser imposta a outro, sob pena de ofensa a essa autonomia administrativa. Defende-se, pois, neste trabalho que, em atenção ao princípio constitucional do pacto federativo, que outorga autonomia administrativa aos entes federados, também a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar se restringe ao ente federado que a aplicou, não obstante posicionamento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário. Todavia, não é essa a orientação predominante na doutrina e jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que a declaração de inidoneidade tem extensão para todos os entes federados.

Quanto à sanção estabelecida pelo art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, as polêmicas são menores. A Lei buscou minimamente estabelecer tipificações legais para as condutas que geram a aplicação da penalidade, embora ainda se tratem, em grande parte, de tipos penais abertos.

Quanto à extensão da penalidade de impedimento de licitar e contratar, o art. 7º não deixa dúvida quanto à vinculação da penalidade ao órgão envolvido. Ao utilizar a expressão “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”, fica claro que cada qual aplicará a penalidade, que valerá para sua própria esfera, não se estendendo aos demais entes federados. Dessa maneira, a previsão da Lei nº 10.520, de 2002, está afinada com o posicionamento que se defende neste trabalho, respeitando-se a autonomia administrativa.

A Lei nº 10.520, de 2002, não traz qualquer previsão a respeito da penalidade de advertência e multa. Assim, nesse aspecto, aplica-se, subsidiariamente, a Lei nº 8.666, de 1993, nos termos do que dispõe o art. 9º da Lei do Pregão.

A Lei nº 12.462, de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações) também trouxe regime próprio de sanções administrativas. Nela há previsão de penalidade similar à estabelecida para as licitações na modalidade pregão e os contratos, dela oriundos, com previsão do impedimento de licitar e contratar com a União, Estados,

Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até cinco anos.³⁸⁰ Percebe-se que também nesse caso há uma ampla margem decisória para a Administração sem que fossem traçados parâmetros objetivos a serem observados. De outro lado, a Lei nº 12.462, de 2011, traz uma melhor especificação às condutas infracionais, já numa tentativa de melhor tipificação das hipóteses de penalização. Permanece, porém, muito ampla a margem decisória da Administração na aplicação da sanção.

A referida Lei não trouxe previsão específica a respeito das sanções de multa e advertência, aplicando-se o regime da Lei nº 8.666, de 1993, conforme prevê seu art. 39.³⁸¹

A Lei nº 14.133, de 2021, traz algumas mudanças em relação à legislação atual e resolve algumas das polêmicas suscitadas acima. Possui o mérito de unificar a matéria sancionatória em um dispositivo único, visto que no regime anterior o assunto variava a depender da modalidade licitatória adotada. O inadimplemento de um contrato oriundo de uma licitação na modalidade pregão poderia gerar consequências diferentes do descumprimento em contrato na modalidade concorrência, o que representava grave distorção do sistema sancionatório contratual.

Assim, a primeira característica importante é que as penalidades restritivas de direitos estão estabelecidas em duas modalidades: o impedimento de licitar e contratar (art. 156, III) e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, IV). Merece destaque que no novo regramento legal deixa de existir a penalidade de “suspensão do direito de licitar e contratar” atualmente ainda presente na Lei nº 8.666, de 1993. Ela foi fundida com a penalidade do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002

³⁸⁰ “Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei; II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; IV - não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.” BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm Acesso em: 30 jul. 2021.

³⁸¹ “Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.” BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 30/07/2021.

(atual Lei do Pregão), passando agora a uma única categoria denominada “impedimento de licitar e contratar”.

De início, chama a atenção a utilização da conjunção “ou” para a penalidade de declaração de inidoneidade: “IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.” Causa estranheza que o legislador tenha utilizado, para o impedimento, a expressão “e contratar” e na declaração de inidoneidade tenha utilizado a conjunção ou, que tem função alternativa. Além desse dispositivo, a utilização da conjunção “ou” se repete no art. 156, § 4º, ao detalhar as hipóteses de incidência da penalidade de impedimento (em clara contraposição ao que prevê o art. 156, III, que utiliza para essa penalidade a conjunção “e”) e no art. 156, § 5º, ao descrever as hipóteses de aplicação da declaração de inidoneidade e seu prazo de duração.

Não parece haver sentido algum em se proibir uma empresa de licitar, mas admitir que contrate com a Administração, ou proibi-la de contratar, mas admitir que participe de licitações. O procedimento licitatório é meio que tem como objeto chegar à contratação. A empresa que está inapta para participar de licitações está, também para contratar, ou vice-versa. A única hipótese que a contratação está apartada da licitação é nas contratações diretas, por meio de dispensa e inexigibilidade. Ora, se uma empresa não está apta para celebrar contratos oriundos de licitação, estará, menos ainda, apta a celebrar contratos cujo procedimento licitatório foi, por alguma circunstância legal, afastado.

Ademais, a Lei cria uma gradação de sanções, partindo da mais branda até a mais gravosa. Desse modo, não teria cabimento que a penalidade mais branda (impedimento) proíba a empresa de licitar e contratar e a penalidade mais gravosa (declaração de inidoneidade) sirva para proibir apenas um desses direitos.

Assim, sob todas as perspectivas, não se vislumbra nenhum sentido em se criar essa alternativa, razão pela qual o emprego da conjunção “ou” somente pode ser reputado à má técnica legislativa. Outra não pode ser a interpretação senão a de que se trata de proibição para ambas as situações, ou seja, de participar de licitação e de contratar.

No que tange à tipificação das condutas, conforme já se ressaltou, é possível perceber o avanço da nova Lei em relação ao regramento da Lei nº 8.666, de 1993. No art. 156, § 4º, tem-se o elenco das infrações contratuais em que a penalidade de impedimento de licitar e contratar deve ser aplicada, quais sejam, as previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do art. 155.

Já no caso da penalidade de declaração de inidoneidade, ela incidirá nas hipóteses previstas no art. 155, incisos VIII, IX, X, XI e XII. Porém, a Lei ainda estabelece que mesmo as infrações que se aponta como geradoras da aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar (incisos II a VII do art. 154) podem gerar a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, caso se justifique a “imposição de penalidade mais grave” que a sanção de impedimento de licitar e contratar.

Dos dispositivos citados, é possível detectar que a Lei nº 14.133, de 2021, busca diferenciar duas hipóteses na aplicação das penalidades:

1ª) hipóteses de descumprimentos contratuais parciais ou totais e deslealdade com o andamento do processo de contratação, previstos nas hipóteses infracionais do art. 155, nos incisos II a VII e que implicam na penalidade de impedimento de licitar e contratar;³⁸²

2ª) fraude documental ou à licitação e ocorrência de atos lesivos tipificados no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção).³⁸³

Percebe-se claramente a divisão feita pelo legislador da gravidade das infrações, estando elencada no primeiro grupo hipóteses consideradas graves e no segundo grupo hipóteses consideradas gravíssimas. Porém, a Lei também pretende admitir que, a depender das circunstâncias, as hipóteses do primeiro grupo, puníveis com a penalidade de impedimento, possam ser consideradas gravíssimas e passem a ser punidas com a declaração de inidoneidade.

Assim, embora a Lei tenha elencado as infrações administrativas geradoras de uma sanção ou de outra, o que por si só é um avanço, a escolha a respeito de qual penalidade aplicar continua nas mãos do gestor público. A tipificação das infrações, portanto, permanece mitigada no que tange à adoção de uma outra penalidade.³⁸⁴

³⁸² “Art. 155 (...) II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III – dar causa à inexecução total do contrato; IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;” BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253, de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 21/02/2021.

³⁸³ “VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

³⁸⁴ Neste sentido: “Em face da Lei 8.666/93, havia uma crítica severa relativamente à ausência de previsão mais detalhada quanto aos pressupostos de cabimento das diversas sanções. o art. 156 da Lei 14.133/2021 preocupa-se em superar a limitação da legislação anterior, ainda que a questão não tenha sido resolvida de modo integral.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1621.

Quanto ao prazo de aplicação de cada uma das sanções, a Lei nº 14.133, de 2021, é mais específica e demonstra-se melhor quando comparada com a previsão da Lei nº 8.666, de 1993. O art. 156, em seu parágrafo 4º, estabelece o prazo de até três anos para penalidade de impedimento de licitar e contratar e no parágrafo 5º o prazo de três a seis anos para a declaração de inidoneidade. Quanto a essa última, a Lei coloca fim à discussão apresentada neste trabalho a respeito de sua duração, já que a Lei nº 8.666, de 1993, não trazia previsão a respeito.

Também a discussão sobre a extensão das penalidades, outra questão polêmica em relação à Lei nº 8.666, de 1993, é pacificada pela Lei nº 14.133, de 2021. O art. 156, § 4º, deixa claro que a penalidade de impedimento de licitar e contratar se aplica “no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção”, enquanto o § 5º estabelece que a declaração de inidoneidade “impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos”. Desse modo, ainda que se possa defender que a autonomia dos entes federados impeça a extensão da penalidade aplicada por um ente federado a outro, corrente à qual este autor se filia, a literalidade da Lei nº 14.133, de 2021, deixa clara a possibilidade.

Para o controle da aplicação dessas penalidades, o art. 161 estabelece a obrigatoriedade de que tais sanções sejam comunicadas por todos os entes federados ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e Cadastro Nacional de Empresas Punidas. Tal cadastro já havia sido criado pela Lei nº 12.846, de 2013 (Lei anticorrupção), pelos artigos 22 e 23. Desde então, as penalidades aplicadas a empresas, inclusive as decorrentes da Lei nº 8.666, de 1993, já devem ser objeto de registro no referido cadastro.

Ainda no que se refere às penalidades restritivas do direito de licitar e contratar, a Lei nº 14.133, de 2021, traz outra regulamentação importante. É que neste caso há a previsão de reabilitação, de modo que mesmo tendo sido a penalidade aplicada em seu prazo máximo, permite-se à empresa que se reabilite perante a Administração e se torne novamente apta a licitar e contratar com a Administração. O procedimento em referência é conhecido no Direito Europeu como *self-cleaning*, tratando-se de hipótese em que a empresa tenha a possibilidade de promover o seu autossaneamento.³⁸⁵

³⁸⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no Direito Comunitário Europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; VIANA, Ana Cristina Aguilar; XAVIER, Marília Barros (Coordenadores). **Direito Administrativo Sancionador Comparado**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. p. 87.

A previsão já existia no âmbito da Lei nº 8.666, em seu art. 87, IV. Porém, o regramento dessa possibilidade era bastante incipiente, prevendo a Lei apenas que ela seria dada quando “o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”³⁸⁶ A previsão era restrita à declaração de inidoneidade e o único requisito era o ressarcimento dos prejuízos causados à Administração.

A Lei nº 14.133, de 2021, traz agora regulamentação destinada a ambas as penalidades de impedimento e declaração de inidoneidade. Há, além disso, um rol de requisitos que devem ser preenchidos para que a empresa se reabilite, conforme prevê o art. 163.³⁸⁷

A reabilitação, por mais efetiva que seja, não elimina por completo a aplicação da penalidade. Assim, ainda que ela seja deferida, a empresa deve cumprir a pena mínima de um ano, no caso da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração e de três anos no caso de declaração de inidoneidade.

Atualmente, o procedimento de reabilitação de empresas inidôneas no âmbito da União está regulamentado pela Portaria nº 1.214, de 8 de junho de 2020, da Controladoria Geral da União (CGU).³⁸⁸ Nela, há a previsão do processo administrativo respectivo e suas fases. Destaca-se que há a previsão de análise técnica e jurídica para aceitação da reabilitação, bem como o transcurso do prazo mínimo de dois anos, visto que, no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, tal procedimento se aplica apenas à declaração de inidoneidade, que deve respeitar o prazo máximo da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar. Após a edição da Lei nº 14.133, de 2021, e até o fechamento da presente tese, não foi expedida nova regulamentação.

³⁸⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 12 jul.2021..

³⁸⁷ “Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: I - reparação integral do dano causado à Administração Pública; II - pagamento da multa; III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo. Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 12 jul.2021.

³⁸⁸ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 1.214, de 8 de junho de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, v.109, 2020:51. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45695/9/portaria_1.214_2020.pdf. Acesso em 28 fev. **Diário Oficial da União**, Brasília 2021.

No influxo das novas diretrizes que estão em pauta na Lei nº 14.133, de 2021, a respeito da consensualidade em matéria de sanções administrativas contratuais, é importante que se criem acordos procedimentais para que seja feito esse autossaneamento por parte da empresa. Trata-se de medida que se coaduna perfeitamente com os acordos previstos no art. 151 da referida Lei e sobre os quais se tratará na seção 5. Ora, se pode a Administração, em processo administrativo próprio, aceitar a reabilitação da empresa, com muito mais propriedade poderá celebrar com ela acordo de reabilitação, por meio do qual se estabelecem as condições para que a reabilitação aconteça, bem como sanções para o descumprimento de tais condições, o que melhor se coaduna com o princípio da consensualidade, defendido nesta tese, especialmente quando se trata de sanções em matéria de contratos administrativos.

3.5.3 Garantias constitucionais do Direito Administrativo Sancionador na aplicação de sanções contratuais

A Constituição da República de 1988 estabelece diversos princípios aplicáveis aos processos punitivos. Embora não sem divergência,³⁸⁹ a doutrina defende a aplicação de tais princípios ao processo administrativo sancionador.³⁹⁰ Alguns desses princípios do direito penal são recepcionados pelo Direito Administrativo Sancionador com algumas adaptações, entre elas destacam-se a culpabilidade, a razoabilidade e proporcionalidade, a motivação, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a proibição do *bis in idem*.

Nesse rol de importantes princípios do direito penal incorporados pelo Direito Administrativo Sancionador estão também os princípios da legalidade e tipicidade, corolários da previsão do art. 5º, XXXIX da Constituição da República de 1988.³⁹¹ A

³⁸⁹ Em trabalho dedicado ao tema, Alice Voronoff critica a transposição automática dos princípios de direito penal para o processo administrativo sancionador. Entende a autora que é preciso estabelecer um alinhamento teórico mais próximo da realidade do Direito Administrativo.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 324.

³⁹⁰ Nesse sentido: LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do direito penal e do Direito Administrativo sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 405-447. No mesmo sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.

³⁹¹ “Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal “BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jul.2021.

dúvida é quanto à exigência dessa tipicidade também para o âmbito do Direito Administrativo sancionador. Haja vista a complexidade do tema e sua importância para esta tese, a análise da legalidade e da tipicidade merecerá seção própria.

Fato é que o Direito Sancionador (gênero) estabelece diversas garantias e direitos fundamentais aos acusados em geral. Tais garantias, no Brasil, decorrem do texto constitucional e são replicadas na legislação específica sobre sanções administrativas. Tais princípios se aplicam também às sanções contratuais que estão inseridas no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, conforme se sustenta nesta pesquisa. O presente trabalho tratará, nesta seção, dos princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador com o objetivo de fixar os parâmetros do seu regime jurídico, sem a pretensão de esgotar o tema.

Inicialmente, aponta-se como pressuposto da aplicação de sanções administrativas o **princípio da culpabilidade**, aplicável às penas em geral e, portanto, às sanções contratuais. Sem a intenção de esgotar o tema, o que escaparia aos objetivos deste trabalho, a culpabilidade é princípio que impõe a existência de culpa para que alguém seja sancionado. Trata-se de princípio plenamente aplicável quando se trata de responsabilidade de pessoas físicas, porém, mais complexo quando o agente é pessoa jurídica. Esse é o ponto mais complexo do tema, o qual tem relação com o objeto desta pesquisa, visto que a celebração de contratos administrativos, em regra, se dá entre Administração Pública e pessoas jurídicas.

No âmbito do direito penal não se discute que o requisito da culpabilidade é pressuposto inafastável para aplicação da sanção. Por ter natureza constitucional, tal princípio não se aplica apenas ao direito penal, mas ao direito punitivo como um todo, o que inclui o Direito Administrativo Sancionador. Para que se possa retirar um indivíduo da condição de inocente para incluí-lo na condição de culpado exige-se a presença da culpa ou dolo, não se admitindo, em regra, a responsabilidade objetiva, especialmente no campo do direito punitivo.

Embora tratando especificamente das sanções disciplinares aplicáveis no âmbito do regime dos servidores públicos, Flávio Henrique Unes Pereira também reconhece o princípio da culpabilidade como limitador da atividade sancionadora do Estado. Trata-se de princípio garantidor de direitos fundamentais contra o arbítrio estatal.³⁹²

³⁹² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: O alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 75.

Fábio Medina Osório, ao tratar do tema, reconhece que a Constituição Brasileira não traz expressamente o princípio da culpabilidade. Porém, o princípio pode ser reconhecido por intermédio de três acepções distintas: “culpabilidade como fundamento da pena; culpabilidade como medição da pena; e culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva.”³⁹³ Com base nesse tripé se sustenta a premissa constitucional da culpabilidade.

Assim, se a Constituição não admite a responsabilidade objetiva, por óbvio, exige-se a culpabilidade para que alguém sofra algum tipo de sanção. O autor cita o exemplo do art. 37, § 6º da Constituição, que trata da responsabilidade objetiva da Administração.³⁹⁴ O dispositivo admite a responsabilidade objetiva para a Administração, mas exige culpa ou dolo para que haja ação de regresso contra o agente público causador de dano. Se, no âmbito da responsabilidade objetiva, é exigível a culpa ou dolo, quanto mais na aplicação de sanções administrativas.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho defende a necessidade da culpa ou do dolo na configuração da infração administrativa e na aplicação da sanção. Para ele, não se pode punir se prescindir do elemento subjetivo dolo ou culpa. Ao comentar o assunto, o autor cita decisão do STF que reconhece a exigência de culpa ou dolo em relação a ato praticado por licitante que apresentou atestado falso em licitação (RMS 31.972/DF).³⁹⁵

A tese contrária à da culpabilidade é a da mera voluntariedade. Para alguns autores, como Régis Fernandes de Oliveira, basta o comportamento contrário àqueles previstos na norma para que ocorra a infração administrativa. A culpa ou dolo serão essenciais quando se tratar de exigência legal, não sendo, porém, a regra para aplicação de sanções administrativas. A culpa ou dolo não são essenciais, bastando a ocorrência de “movimento anímico consciente e capaz de produzir efeitos jurídicos”.³⁹⁶ Ao lado do autor também se posicionam Celso Antônio Bandeira de Mello e Daniel Ferreira.³⁹⁷

³⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 389.

³⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Administrativo Sancionador**. 7.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 385.

³⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei nº 8.666/1993**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1473.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 10.

³⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 814.

Ocorre que quando se trata de pessoas jurídicas, a exigência de culpa ou dolo ganha dimensão especial. Embora no direito penal a responsabilização de pessoas jurídicas não seja algo corriqueiro, no Direito Administrativo e, em especial, no âmbito dos contratos administrativos, ela é muito comum. Tal complexidade reside no fato de que, por se tratar de pessoas jurídicas, não possui consciência ou vontade, elementos essenciais para a análise da culpabilidade baseada no dolo ou na culpa.

Para Fábio Medina Osório, a aplicação do princípio da culpabilidade para as pessoas jurídicas deve se dar de forma adaptada, com uma “culpabilidade peculiar”. Para o autor, é possível a criação de um juízo de censura subjetiva, com um modelo de culpabilidade especial, deixando-se, inclusive, alguma margem de flexibilidade.³⁹⁸

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes também defendem a “capacidade de culpabilidade” das pessoas jurídicas no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito penal judicial. Para ele, o requisito da culpabilidade exclui qualquer forma de responsabilidade objetiva, tal como ocorre no âmbito do direito penal. A única diferença é, pois, quanto às pessoas jurídicas, que possuem tal “capacidade de culpabilidade” no Direito Administrativo Sancionador e não o possuem no âmbito do direito penal.³⁹⁹

Sirlene Nunes Arêdes, ao tratar das diferenças entre direito penal e Direito Administrativo Sancionador, explica que alguns autores propõem como critério distintivo a existência da culpa ou dolo para a caracterização das infrações penais e sua desnecessidade na caracterização das infrações administrativas. A autora, porém, refuta essa teoria. Segundo ela, o Poder Legislativo não possui discricionariedade para dispensar a culpa ou dolo em nenhuma esfera punitiva, uma vez que há normas constitucionais que a impõe, em especial o princípio constitucional da individualização da pena. Admitir o contrário seria permitir que pessoas fossem punidas por atos em relação aos quais não tiveram influência.⁴⁰⁰

³⁹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 417.

³⁹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 898.

⁴⁰⁰ ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 96.

Na linha do que defendem Marçal Justen Filho, Fábio Medina Osório e Sirlene Nunes Arêdes, considera-se, nesta tese, que a culpabilidade é elemento inafastável de qualquer sanção, inclusive a sanção administrativa. No âmbito do Estado Democrático de Direito, a presunção de inocência é princípio que deve prevalecer, com reconhecimento expresso no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. A retirada de alguém, seja pessoa física seja jurídica, da condição de inocente para a condição de culpado, com a respectiva aplicação de penalidades, não pode se operar por mera conduta consciente. É preciso que se analisem as diversas nuances relacionadas à culpabilidade, em especial a ocorrência de fatores que possam justificar a prática da conduta, como inexigibilidade de conduta diversa, estado de necessidade ou outro fator ligado à conduta subjetiva. A responsabilidade objetiva, inclusive para as pessoas jurídicas, somente pode ser aceita em casos excepcionais e mediante previsão legal expressa.

No âmbito dos contratos administrativos, conforme bem ressalta Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666, de 1993, estabelece que a aplicação de sanções administrativas decorre de inadimplemento parcial ou total do contrato. O inadimplemento, portanto, pressupõe o descumprimento do contrato de forma culposa ou dolosa.⁴⁰¹

A Lei nº 14.133, de 2021, ao tipificar as infrações administrativas em seu art. 155, estabelece que o descumprimento contratual ocorre quando o contratado “der causa à inexecução” (incisos I e II) do contrato ou ensejar “retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado” (inciso VII). Observe-se que nos diversos tipos sancionatórios citados há a exigência da culpabilidade, uma vez que não se pode dar causa a algo ou ensejar algo sem que haja culpa ou dolo. No inciso VII a Lei é ainda mais categórica ao exigir o motivo “justificado”. A perquirição quanto à existência de motivo justo está na seara do elemento subjetivo, o que denota a exigência de culpabilidade para configuração do tipo infracional.

Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo exige que a aplicação das sanções considere valores como “natureza e gravidade da infração”, “peculiaridades do caso concreto” e “circunstâncias agravantes e atenuantes”, elementos esses que estão ligados à ideia de culpabilidade.⁴⁰² A gradação das infrações se dá levando em conta

⁴⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei nº 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1473.

⁴⁰² BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 12 jul.2021.

a maior ou menor gravidade dos fatos. Inegável, pois, que a nova Lei traz reconhecimento expresso da ideia de culpabilidade na análise das sanções administrativas contratuais.

Ao lado da culpabilidade, a aplicação de sanções administrativas exige o atendimento ao **princípio da motivação**. Trata-se de exigência que não se aplica apenas em casos de restrição de direitos ou aplicação de penalidades, mas para toda e qualquer decisão administrativa. O princípio da motivação é próprio da democracia e da república e obriga o gestor público a tomar suas decisões de forma fundamentada. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, há exigência pela Lei nº 9.784, de 1999, que trata do processo administrativo no âmbito federal.⁴⁰³

A motivação é considerada a exposição, a formalização dos motivos do ato, a explicação do administrador público sobre as suas razões de decidir.⁴⁰⁴ Alguns doutrinadores apontam o motivo como elemento do ato administrativo⁴⁰⁵ e outros o colocam como pressuposto do ato.⁴⁰⁶ Fato é que, independentemente da classificação, o motivo é apontado como requisito essencial de validade do ato administrativo. Florivaldo Dutra de Araújo classifica o motivo como requisito procedimental que pode levar à sua anulação, caso não seja possível a convalidação.⁴⁰⁷

A obrigação de motivar, já há muito tempo, não é apenas uma exigência formal a ser cumprida. Tal motivação deve ser coerente com a realidade dos fatos e adequada para justificar a decisão tomada pela Administração. A propósito, assiste-se, atualmente, a um movimento do Direito Administrativo que Gustavo Binenbojm denomina de giro pragmático, por meio do qual se buscam decisões “orientadas pelas

⁴⁰³ “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.” BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm Acesso em: 13/07/2021.

⁴⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed.. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 327.

⁴⁰⁵ Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 253 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 117.

⁴⁰⁶ Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed.. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 324 *apud* ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 129.

⁴⁰⁷ “Na generalidade dos casos, os atos dependentes de requisito procedimental são passíveis, quando emitidos sem esses pressupostos, de ser convalidados pelo suprimento dessa deficiência, a não ser que a lei expressamente afirme o contrário. A ausência de motivação, como requisito procedimental que é, torna, pois anulável o ato administrativo”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 129.

melhores consequências práticas”.⁴⁰⁸ Assim, também a motivação do ato sancionatório sempre deve levar em conta as consequências que podem advir da aplicação da respectiva penalidade.

No direito brasileiro, essa vertente foi incorporada pela Lei nº 13.655, de 2018, que promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), inserindo, dentre outros, o art. 20, que estabelece, em seu *caput*, que a Administração não pode decidir com base em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo prevê a exigência da motivação demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Desse modo, é possível considerar que a Administração, muitas vezes, pode optar por não sancionar ou não rescindir um contrato administrativo, por exemplo, quando motivada pelas consequências práticas que tal caminho pode tomar, com graves prejuízos para o interesse público. Trata-se de análise que deve ser feita no caso concreto, devidamente motivada pelo administrador. No presente trabalho, serão enfrentadas as alternativas às sanções administrativas e as hipóteses em que a Administração está autorizada a substituí-la, conforme estabelece o dispositivo legal supracitado.

Na aplicação da sanção administrativa também devem ser observados os princípios da **razoabilidade e proporcionalidade**, princípios que lançam luzes para a decisão, não só, entre aplicar ou não a sanção, mas também quanto a sua dosimetria. Conforme enunciado de Celso Antônio Bandeira de Mello, a razoabilidade tem ligação com a própria finalidade da Lei, devendo o administrador por meio dele tentar alcançar a medida que melhor se adéque à finalidade legal, evitando-se decisões que destoem do senso normal e do equilíbrio que se espera da Administração.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ “Aos poucos, mas nem sempre de forma linear, o direito administrativo vai se convertendo em um saber tecnológico, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores consequências práticas. A aproximação com domínios do conhecimento baseados em estudos empíricos, como a economia e, embora menos frequentemente, com a ciência política, acaba levando o direito administrativo a adotar, de certa forma, o olhar prospectivo e contextualizado do pragmatismo”. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 62.

⁴⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 91.

Já a proporcionalidade é considerada faceta da razoabilidade.⁴¹⁰ Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, é a utilização, pelo agente, de sua competência nos estritos limites necessários para cumprir a finalidade do ato.⁴¹¹

No âmbito das sanções contratuais, há espaço deliberativo para a decisão do administrador entre um rol de sanções estabelecidas pelo legislador. Sem adentrar, ainda, no mérito da existência ou não de discricionariedade na decisão sancionatória, fato é que, independentemente de se tratar de ato vinculado ou discricionário, ela terá que ser proporcional e razoável, não podendo a decisão se afastar desses princípios basilares, sob pena de nulidade.

No direito positivo brasileiro, tais princípios possuem previsão no já citado *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Além disso, conforme também já citado anteriormente, a Lei nº 14.133, de 2021, traz novos parâmetros para a tomada de decisão, em processo administrativo, de aplicação de sanções contratuais, determinando, no art. 156, § 1º, que a aplicação da sanção considere “a natureza e a gravidade da infração”, “as peculiaridades do caso concreto”, “as circunstâncias agravantes ou atenuantes” e “os danos que dela provierem para a Administração Pública”. Todos esses critérios, estabelecidos pela Lei, possuem ligação direta com os princípios da culpabilidade (análise do elemento subjetivo dolo ou culpa), da razoabilidade e da proporcionalidade (necessidade de que a resposta sancionatória seja compatível com a gravidade da infração administrativa).

A Lei nº 13.655, de 2018, por sua vez, estabelece previsão específica a respeito da aplicação de sanções administrativas. Em seu art. 22, § 2º estabelece que a aplicação de sanções deve considerar “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”, em clara referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴¹²

Quanto ao processo administrativo sancionador no âmbito dos contratos administrativos, inescusável também a aplicação dos **princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório**, conforme já se ressaltou na seção 3.5.2.1 desta pesquisa.

⁴¹⁰ Idem, p. 93.

⁴¹¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.p. 101.

⁴¹² BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Acesso em: 12 jul.2021.

Quanto à ampla defesa e contraditório, tal garantia é expressamente estabelecida no nosso regime jurídico-constitucional, seja no âmbito judicial seja no administrativo. Desse modo, nos termos do art. 5º, LV da CRFB/1988, a aplicação das penalidades, necessariamente, deve ser precedida do devido processo legal.

Merece especial destaque a função da defesa prévia, no âmbito do processo administrativo, de aplicação de penalidades decorrente de inexecução contratual. O art. 87, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993 estabelece sua obrigatoriedade.⁴¹³ A apresentação da defesa prévia não deve ser apenas o cumprimento de formalidade, já que os argumentos dela constantes devem ser detalhadamente analisados pela Administração Pública, sob pena de nulidade da decisão.

Quanto ao processo administrativo sancionador previsto na Lei nº 14.133, de 2021, há previsão específica da obrigatoriedade da apresentação de defesa no caso de aplicação de penalidade de multa (art. 155, II), de impedimento de licitar e contratar (inciso III) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (inciso IV), em todos os casos pelo prazo de 15 dias úteis.

Quanto à penalidade de multa, o processo é mais simplificado. A Lei traz somente a previsão do prazo de defesa prévia. Já no que se refere à pena de advertência, não há qualquer previsão de processo administrativo sancionador, conforme já se fez referência na seção 3.5.2.2, quando dos comentários à referida penalidade. Oportunamente, já foi feita a crítica a essa lacuna legislativa que deve ser suprimida na prática com a abertura de processo e garantia de ampla defesa e contraditório, ainda que em procedimento mais singelo.

A principal inovação da Lei nº 14.133, de 2021, quando comparada com a Lei nº 8.666, de 1993, foi quanto à aplicação das penalidades de impedimento de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar e contratar. Houve a previsão da necessidade de criação de comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis (art. 157, *caput*) ou empregados públicos, preferencialmente, com mais de três anos de serviço no órgão ou entidade (art. 157, § 1º).

A necessidade de criação da referida comissão é uma inovação importante, tornado o processo administrativo sancionador em contratos administrativos próximo

⁴¹³ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 24 jan.2021.

à previsão da Lei nº 8.112, de 1990, no que se refere ao processo administrativo disciplinar dos servidores públicos. Na criação da referida comissão, embora não esteja expresso no texto legal, por força dos princípios constitucionais do devido processo legal, é imperioso que se observe o princípio do juízo natural, tal como defende a doutrina em relação ao processo administrativo disciplinar, representada em especial pelos ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho.⁴¹⁴ Isso significa que não se pode admitir a nomeação da comissão *ad hoc*, sendo necessário que haja Comissão Permanente, nomeada antes da ocorrência dos fatos, sob pena de se criar um tribunal de exceção, o que encontra vedação no regime constitucional processual, em especial no art. 5º, XXXVII.⁴¹⁵ Embora nesse ponto o texto constitucional se refira mais propriamente ao processo judicial, a aplicação dessa diretriz é plenamente justificável e necessária no âmbito administrativo, pelas mesmas razões que o são no processo judicial. Conforme destaca Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio da máxima efetividade exige que a aplicação dos princípios constitucionais ocorra da maneira mais ampla possível, não havendo, portanto, justificativa para não se aplicar o princípio do juízo natural no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, nos casos em que há criação de comissão processante. Aliás, a exigência de existência de uma Comissão Permanente, nomeada previamente aos fatos, é corolário do princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput* da Constituição da República de 1988.⁴¹⁶

Há um cuidado maior da Lei quanto ao processo administrativo de aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, haja vista suas consequências mais graves para o patrimônio jurídico da empresa. No art. 156, § 6º da Lei nº 14.133, de 2021, fixam-se a

⁴¹⁴ “Conforme já assinalado, em sede de interpretação constitucional, vige o “princípio da máxima efetividade”, ou seja, a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Conquanto no Brasil as decisões em sede de processo administrativo disciplinar sejam autoexecutáveis, atingindo a esfera jurídica do servidor com a mesma força cominatória das decisões judiciais (as sanções administrativas são aplicadas de forma independente das sanções penais e civis, por força dos arts. 125 e 126 da Lei n. 8.666/90), a incidência do juiz natural garante a imparcialidade e objetividade do julgamento administrativo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 403.

⁴¹⁵ “Art. 5º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 fev.2021.

⁴¹⁶ Neste sentido, posiciona-se também Romeu Felipe Bacellar Filho. Embora neste trecho o autor trate especificamente do processo administrativo disciplinar, a ideia é a mesma para o processo sancionatório em matéria de contratos administrativos. Veja-se: “O princípio do juiz natural, em sede de processo administrativo disciplinar, compatibiliza-se com a garantia de imparcialidade da administração no exercício da competência disciplinar”. BACELLA FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 441.

obrigatoriedade de análise jurídica e as autoridades competentes para aplicação dessa sanção, as quais devem se referir às autoridades máximas dos órgãos ou entidades.

A novidade está especialmente na exigência de análise jurídica prévia. Na verdade, é recomendável que a aplicação de toda e qualquer sanção administrativa seja precedida dessa análise e, não só, a penalidade de declaração de inidoneidade, uma vez que é por meio da Assessoria Jurídica e/ou da Advocacia Pública que se faz o controle prévio de legalidade dos atos administrativos praticados. A propósito, é exatamente essa a diretriz da Lei nº 14.133, de 2021, que, de forma inovadora e oportuna, traz a previsão de três linhas de controle quanto ao processo de contratação pública em seu art. 168: (1ª) a linha de defesa integrada por servidores que atuam na estrutura de governança (primeiro nível); (2ª) a linha de defesa das Unidades de Assessoramento Jurídico e Controle Interno (segundo nível); (3ª) a linha de defesa do órgão central de controle interno e Tribunais de Contas (terceiro nível).⁴¹⁷

Assim, na perspectiva desse controle prévio dos atos administrativos relacionados à aplicação das sanções administrativas, embora a exigência legal de análise jurídica se dê apenas quanto à sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, entende-se ser desejável que a aplicação de toda e qualquer penalidade seja precedida de análise jurídica.

Como o corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima é também aplicável ao Direito Administrativo Sancionador o **princípio do *non bis in idem***. Trata-se da garantia de que um mesmo indivíduo não será punido, em uma mesma instância (administrativa, penal ou cível) mais de uma vez pelo mesmo fato.

Tal princípio encontra-se, atualmente, positivado pela Lei nº 13.655, de 2018, a qual estabelece, em seu art. 22, § 3º, que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”⁴¹⁸ Embora o dispositivo se refira a agentes públicos, como se trata

⁴¹⁷ “Art. 168. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 18 jul.2021.

⁴¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 18 jul.2021.

de garantia que se interpreta diretamente do texto constitucional, deve ser considerado igualmente aplicável a todo o Direito Administrativo Sancionador, inclusive no caso das sanções decorrentes de contratos administrativos.

Embora seja reconhecida pela doutrina sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador, identifica-se hoje, na Administração Pública, grande profusão de competências punitivas que acabam por mitigar o princípio, sendo que instâncias diversas apuram o mesmo fato e acabam por punir o indivíduo mais de uma vez por esse fato.⁴¹⁹

Fábio Medina Osório defende que o princípio do *non bis in idem* deve ser considerado em relação ao sistema punitivo como um todo, ou seja, determinada penalidade aplicada no âmbito do Direito Administrativo pode se tornar excludente de outras medidas. Isso ocorreria se a sanção aplicada, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, fosse de alto impacto e com conteúdo finalístico que já atendesse às necessidades do sistema punitivo como um todo, de tal modo que as respostas do direito penal se mostrassem inócuas ou excessivas diante do caso concreto. O autor adota o princípio da prevalência, de modo que a instância mais severa prevaleça sob a menos severa, ainda que predomine a instância administrativa.⁴²⁰

Sirlene Nunes Arêdes explica que parte da doutrina e a legislação não reconhecem a aplicação desse princípio na relação entre a esfera penal e administrativa em virtude da aplicação da teoria da autonomia e independência entre instâncias. Porém, a autora defende que tal teoria não é compatível com o Estado de Direito, visto que conduz à insegurança jurídica, por sancionar a mesma pessoa pelos mesmos fatos em esferas punitivas múltiplas. Diante disso, tal como Fábio Medina Osório, defende a criação de critérios para se impedir o *bis in idem* não só na relação entre esferas específicas, mas, inclusive, na relação entre direito penal e Direito Administrativo.⁴²¹

⁴¹⁹ CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 293.

⁴²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020, p. 337.

⁴²¹ ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 328.

Não obstante a robustez dos argumentos, conforme delineado pela própria autora, trata-se de definição que ainda não é recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

Quanto à matéria de sanções em contratos administrativos, objeto deste trabalho, importante citar a interpretação feita por Cristiana Fortini e Ariane Sherman, com a qual a presente pesquisa se alinha. Em trabalho dedicado ao tema, as autoras lançam luzes a respeito da diferenciação entre aplicação de sanções em esferas diversas e a proibição do *bis in idem* em uma mesma esfera. Segundo as autoras, um mesmo ato pode ocasionar a punição em esferas diversas (administrativas e judicial), o que se resolveria com base na independência das instâncias. De igual modo, a Lei pode estabelecer a aplicação de sanções cumulativas, o que ocorre com o art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993 (também agora no art. 156, § 7º da Lei nº 14.133, de 2021), bem como a cumulação das penalidades da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei anticorrupção) e da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Situação diversa ocorreria quando “a mesma esfera – administrativa ou judicial – pretende exercer duplo juízo, proveniente de autoridades distintas em momentos diversos.”⁴²²

Sem prejuízo de outros princípios que são igualmente aplicáveis ao processo administrativo sancionador, os princípios aqui arrolados afiguram-se como os mais recorrentes na matéria. Caberá agora enfrentar na presente pesquisa, em seção própria, os princípios da legalidade e da tipicidade e a incidência ou não de discricionariedade na aplicação de sanções administrativas.

⁴²² FORTINI, Cristiana. SHERMAN, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91 – 112, maio/ago. 2018.

4 TIPICIDADE E DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Dentre as garantias constitucionais estabelecidas no Estado de Direito em matéria de sanções, tem destaque para o tema ora abordado o princípio da tipicidade. No âmbito do direito penal, trata-se de princípio prestigiado pela doutrina e regulamentado pela Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 37, XXXIX. Dada sua importância para esta pesquisa, merece ser tratado em seção própria, em que serão abordados os contornos da tipicidade no âmbito das sanções administrativas e a existência de discricionariedade ou vinculação da Administração na aplicação de tais penalidades.

Ao mesmo tempo, pretende-se perquirir a respeito da existência de autonomia contratual da Administração entre aplicar ou não a penalidade, sob a ótica da discricionariedade e vinculação. Pretende-se que as conclusões desta seção sirvam de embasamento na análise da substituição das sanções administrativas por acordos e a autonomia da Administração ao tomar essa decisão, a serem estudados na seção 5.

4.1 Princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador

O princípio da legalidade é postulado básico do Estado de Direito e se aplica não só nas relações com o Estado, mas também entre particulares. Na Constituição Brasileira está estabelecido no art. 5º, II como direito fundamental individual.⁴²³ Por meio dele, se assegura a primeira liberdade, que é aquela de somente se obrigar a algo por força de determinação legal.

Quanto às relações com o Estado, esse princípio ganha conotação especial. Se somente se pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo por intermédio da lei, o Estado, em suas relações com os indivíduos, deve amparar-se em lei para a tomada de decisões. Atualmente, porém, se admite-se sentido mais amplo ao significado da legalidade, passando-se do princípio da legalidade estrita, predominante em especial no Estado Liberal, para o da juridicidade administrativa, o qual determina que as decisões da Administração devem encontrar amparo não apenas na lei, mas no Direito como um todo, passando a englobar as demais fontes.

Gustavo Binenbojm, ao abordar essa mudança de paradigmas do Direito Administrativo, explica que essa concepção tradicional de vinculação da

⁴²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em :20 jul.2020.

Administração à lei é substituída pela vinculação à Constituição e seus princípios. Trata-se da constitucionalização do Direito Administrativo que ocasiona a superação do dogma da “imprescindibilidade de lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública”.⁴²⁴ Nesse sentido, os regulamentos administrativos passam a ter papel relevante na estruturação das normas, complementando e clarificando o conteúdo da Constituição e das leis.

No mesmo sentido, Paulo Otero explica que os estudos atuais em torno do princípio da legalidade no Direito Administrativo levam à desmistificação da ideia oitocentista de perfeição da lei, encontrando-se o modelo de subordinação mecânica da Administração “desesperadamente ultrapassado”. Em seu lugar, tem-se uma “abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública, que por esta via, adquire um crescente ativismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares”.⁴²⁵

Ambos os autores explicam, com suas proposições, o fenômeno da vinculação da Administração à juridicidade e, não mais, à legalidade estrita. Nesse novo cenário, ganham relevo os papéis da Administração de complementar o conteúdo das leis por meio de regulamentos, sobretudo quando se trata das chamadas “leis em branco”, bem como de interpretação da lei, dando-lhe sentido no caso concreto.

Romeu Felipe Bacellar Filho aborda os princípios da legalidade e juridicidade em uma perspectiva um pouco distinta. Para o autor, os dois princípios coexistem e não há a mitigação da legalidade com o reconhecimento do princípio da juridicidade, de modo que a legalidade deve continuar sendo tratada como vinculação à lei formal, enquanto a juridicidade impõe a observância, pela Administração, de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado. Embora sob perspectiva diversa, o autor também reconhece a existência da juridicidade e sua aplicação ao agir administrativo.⁴²⁶

⁴²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. .2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 36.

⁴²⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administra** O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 894.

⁴²⁶ “Ressalte-se, contudo, que não se está a defender a inexistência do princípio da juridicidade e, por consequência, a desvinculação da administração pública ao direito como um todo. Pelo contrário, sustenta-se apenas a diferenciação e a autonomia dos dois princípios, que exigem a delimitação dos seus respectivos fundamentos normativos e conteúdos jurídicos. O princípio da legalidade administrativa encontra suporte no art. 37, caput, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo a exigência de atuação secundum legem, ao passo que o princípio da juridicidade, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios constitucionais não expressos -, traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico”. BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167.

Na legislação brasileira já há reconhecimento expresso desta mudança de paradigmas. A Lei nº 9.784, de 1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, estabelece, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, o dever de a Administração atuar nos processos administrativos “conforme a lei e o direito”.⁴²⁷

Essa alteração de paradigma também pode ser observada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Numa leitura apressada do texto constitucional brasileiro, poderia se concluir que a normatização administrativa de sanções encontraria óbice no princípio da reserva legal das sanções, estabelecido no art. 5º, XXXIX da Constituição Brasileira de 1988, que estabelece a necessidade de definição legal prévia para que um fato seja considerado crime, bem como a cominação de pena também por meio de Lei⁴²⁸

Ocorre que essa definição, plenamente aplicável no âmbito do direito penal e muito relevante para o conceito de crime (fato típico, ilícito e culpável), deve ser recepcionada pelo Direito Administrativo Sancionador com matizes, tal como já se defendeu, na seção 3, para os princípios do Direito Penal em geral.

No âmbito do Direito Penal, a exigência de lei formal implica que não pode haver definição de crimes e penas por meio de regulamentos. Exige-se lei formal, aprovada perante o parlamento mediante o adequado processo legislativo. Tal exigência é rígida em relação ao Direito Penal, historicamente marcado por conceitos típicos fechados. No Direito Administrativo Sancionador, porém, o entendimento a respeito do princípio da legalidade tem sido abordado de forma mais flexível.

Discorrendo a respeito da flexibilidade do Direito Administrativo Sancionador quanto à legalidade, Fábio Medina Osório explica que as sanções administrativas sempre foram tratadas no Direito Administrativo no âmbito do poder de polícia, seara na qual prevalece a ideia da discricionariedade no manejo das sanções. Nesse sentido, o Direito Administrativo Sancionador tem seu regime jurídico ligado a essa legalidade flexível, com tipificação mais elástica. Além disso, o autor justifica que o Direito Administrativo Sancionador necessita de maior dinamismo que o direito penal para que possa assim acompanhar com maior agilidade as mudanças da sociedade. E é também por esses motivos que o Direito Administrativo Sancionador contém maior

⁴²⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

⁴²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.. Acesso em: 15 jul. 2021.

quantidade de conceitos jurídicos indeterminados que o direito penal, na medida em que muitas soluções necessitarão ser analisadas diante do caso concreto.⁴²⁹

Assim, a mitigação da tipificação legal própria do direito penal é defendida como necessária no âmbito do Direito Administrativo. Gustavo Binjenbojm destaca a importância de se estabelecer alguma margem de inovação em prol da Administração, mesmo no âmbito da restrição de direitos. Segundo ele, é necessário se exigir “a máxima determinabilidade possível das normas legislativas, mas, ao mesmo tempo, a abertura para o mínimo incompressível de margem de livre decisão ou apreciação da Administração”.⁴³⁰

No mesmo sentido, Alice Voronoff explica que não há como defender que o modelo de legalidade do direito penal seja importado para o Direito Administrativo Sancionador sem adaptações. Defende a autora que a previsão do art. 37, XXXIX da Constituição Brasileira de 1988 é restrita ao âmbito criminal, não havendo previsão constitucional similar em relação às sanções administrativas. Além disso, a própria finalidade da sanção penal e os bens jurídicos que ela protege são diferentes das sanções administrativas, visto que aquelas estão vinculadas a uma reprovabilidade ético social mais grave.⁴³¹

Paulo Otero, por sua vez, enuncia relevantes argumentos que sustentam essa maior flexibilidade da legalidade no âmbito do Direito Administrativo atual. Segundo o autor, a necessidade de complementação da densificação normativa pela Administração Pública, com uma postura integrativa das chamadas “normas penais em branco” é uma realidade das modernas sociedades pluralistas. Para o autor, há cinco razões principais para esse fenômeno: (1ª) a necessidade de conciliar princípios conflitantes da legislação ordinária, cabendo à Administração harmonizá-los na normatização administrativa e no caso concreto; (2ª) a necessidade de conciliar interesses opostos no caso concreto; (3ª) o aumento da tecnicidade das matérias que estão submetidas à intervenção pública, não podendo o legislador ter o domínio técnico de todas as questões que serão submetidas à Administração; (4ª) a inviabilidade de previsão cristalizada em lei de soluções para questões que possuem

⁴²⁹ Idem, p. 239.

⁴³⁰ BINENBOJIM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92.

⁴³¹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 218.

rápida evolução histórica e política, devendo haver maior maleabilidade da regulamentação no âmbito administrativo; (5ª) a necessidade de se garantir maior autonomia decisória para a Administração pluralista e decisória.⁴³²

Para além de todos os argumentos apresentados pelos autores, destaca-se que não é possível ao legislador estabelecer tipificação fechada similar à do direito penal para o Direito Administrativo Sancionador. São diversas as infrações que podem ocorrer no âmbito administrativo e, para tanto, seria necessário a criação de um código próprio para o Direito Administrativo. Esse código, se possível de ser estabelecido, necessitaria ser alterado em velocidade muito maior do que o Código Penal, haja vista o maior dinamismo da atividade administrativa.⁴³³ Sob todos os aspectos, portanto, é necessária a adaptação de tipicidade legal no que se refere ao Direito Administrativo Sancionador.

No entanto, essa flexibilização da legalidade, no âmbito do Direito Administrativo, exige maior atenção do intérprete, visto que pode colocar em risco o princípio da segurança jurídica.⁴³⁴ Nesse sentido, Alejandro Nieto faz importantes críticas sobre a falta de aderência entre o que se defende na teoria e a prática da Administração. Para o autor, embora teoricamente se defenda a aplicabilidade das definições legais na maior medida possível, a prática administrativa denota maior abertura para a normatização. Com base na impossibilidade de se tipificarem na lei todas as condutas que podem ser consideradas infrações administrativas, inviabilidade prática da qual não se pode discordar, passa-se a admitir a previsão do tipo infracional em normas administrativas e não na lei, com a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da antijuridicidade. Admite-se, com isso, a chamada tipificação indireta, conforme se verá na seção XXX, sendo que a lei prevê o tipo

⁴³² OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 897.

⁴³³ Neste sentido, leciona Alejandro Nieto: “El repertorio de delitos es, por lo pronto, cuantitativamente limitado, de tal manera que los catálogos del Código penal y demás leyes penales, por muy amplos que parezcan, son facilmente cognoscibles, mientras que el repertorio de infracciones administrativas es literalmente interminable y, si pretendiera ser exhaustivo, comprendería bibliotecas enteras”. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2018. p. 276.

⁴³⁴ Neste sentido leciona Paulo Otero: “No que especificamente se refere ao domínio do Direito Administrativo, as “normas legais em branco”, sendo passíveis de se traçar uma distinção entre aquelas que são “completamente em branco” e as que são “parcialmente em branco”, contribuem para um modelo de legalidade administrativa maleável e aberto, envolvendo, neste sentido, acrescidos riscos em termos de segurança, previsibilidade e igualdade da actuação decisória da Administração Pública”. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 895.

infraccional genérico e a norma administrativa estabelece sua especificação. O autor destaca, com isso, o risco à segurança jurídica, inclusive porque é possível que isso leve a uma tipificação que, além de indireta, é incerta.⁴³⁵

Desse modo, se é fato que a legalidade não pode ser concebida no Direito Administrativo Sancionador tal como no direito penal, também deve estar claro o desafio que se coloca ao intérprete de garantir segurança jurídica diante dessa maior flexibilidade da tipificação. É preciso que sejam traçados parâmetros para essa tipicidade flexível e para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados do Direito Administrativo Sancionador.

Pode-se identificar duas consequências desta adaptação do princípio da legalidade para o Direito Administrativo Sancionador: (1ª) maior incidência das chamadas normas penais em branco, havendo maior espaço de regulamentação no âmbito administrativo e (2ª) maior incidência de conceitos jurídicos indeterminados nas Leis e regulamentos, o que permite maior espaço interpretativo na tomada de decisão pela administração. Nas seções seguintes, serão analisados os dois fenômenos para se identificarem os parâmetros utilizados pela doutrina para garantir segurança jurídica à decisão administrativa em processos sancionatórios. A partir disso, pretende-se identificar a autonomia da Administração nessa decisão no âmbito dos contratos administrativos, inclusive a autonomia para substituir a sanção pelo acordo administrativo, bem como a possibilidade de controle dessa autonomia.

Antes, porém, de passar para os próximos tópicos, é necessária uma advertência final no que se refere à flexibilização do princípio da legalidade. Alguns autores, ao tratar da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, defendem a

⁴³⁵ “Por si esto fuera poco, el segundo paso hacia atrás há sido aún más grave. Después de haber pasado del principio de la legalidad al de antijuridicidad – el decir, después de haber abandonado el dogma de la *lex previa* – ha habido que entregar también el de la *lex certa*. La tipificación, en efecto, ya no es inexcusablemente precisa y directa, sino que se practica – de hecho y casi sin excepción em todas las leyes sancionadoras – la tipificación indirecta o por remisión, como se comprobará más adelante. (...) Hay, con todo, una tercera alteración absolutamente inadmisible, que ha deteriorado el principio hasta hacerlo irreconocible. Porque ahora ya no se trata simplemente de sustituir el principio de la legalidade por el de la antijuridicidad ni de admitir la tipificación indirecta o por remisión, sino de prescindir lisa e llanamente de la reserva legal específica de las infracciones administrativas – que es la clave de todo el moderno Derecho Administrativo Sancionador – para sustituirle em la práctica por una simple exigência de cobertura legal. Lkas consecuencias de este deslizamiento de la reserva legal a la cobertura legal son gravísimas: el Derecho Administrativo Sancionador pierde su especificidad y, con ella, su identidad. La actividad sancionadora de la Administración se cubierte así em una actividad interventora más con olvido de una tradición centenária, de una doctrina que parecía definitivamente consolidada y, en último extremo, de um mandato constitucional expreso”. NIEETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancioandor**. Madri: Tecnos, 2018. p. 166.

existência de uma maior flexibilidade nas relações denominadas de “especial sujeição”, aplicáveis àqueles que travam relações jurídicas específicas com a Administração, tais como os servidores públicos, os alunos de escola pública e os contratados pela Administração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as infinitas hipóteses de infração administrativa nessas relações de especial sujeição inviabilizam que sejam todas previstas em lei.⁴³⁶

O conceito de relações especiais implica naquelas que se contrapõem à relação geral que todos os indivíduos mantêm com a Administração. Historicamente, a teoria das relações especiais ou de supremacia especial é uma criação do Direito Alemão imperial por meio da qual se justificava uma maior intervenção do Estado em relação a determinados sujeitos, com mitigação de direitos fundamentais e do princípio da reserva legal. Porém, essa concepção foi sepultada pela sentença do Tribunal Constitucional Alemão, de 14 de março de 1972, que consolidou entendimento de que tais relações também não escapam às garantias da reserva legal, do respeito aos direitos fundamentais e da proteção dos tribunais, conforme destaca Alenjandro Nieto.⁴³⁷

O conceito de relações de especial sujeição tal como abordado no passado na Alemanha é absolutamente inconcebível para qualquer Estado que se qualifique como democrático de direito. Nenhuma relação jurídica pode se manter à margem do Direito e dos princípios constitucionais.

Ainda que se admita a hipótese de que a distinção entre relações de sujeição especial e relações de sujeição geral pode ter alguma utilidade no Direito Administrativo, o que não será aprofundado neste trabalho por não ter relação com os objetivos da pesquisa, não se verifica motivo para dar tratamento diferente, do ponto de vista do princípio da legalidade, entre relações de sujeição geral e relações de sujeição especial. A justificativa apresentada pela doutrina para a aludida flexibilização da legalidade no âmbito das relações especiais é a mesma que impõe a flexibilização

⁴³⁶ Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 791 – 792.

⁴³⁷ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 185.

da legalidade e da tipicidade para todo o Direito Administrativo Sancionador. Conforme se verá adiante, a grande variedade de infrações administrativas que podem ocorrer é um dos motivos que impedem a tipificação fechada no Direito Administrativo Sancionador, de forma idêntica ao que ocorre no direito penal. E essa constatação não se restringe às relações de sujeição especial, mas atinge todas as relações com o Estado e todo o Direito Administrativo Sancionador.⁴³⁸ Portanto, por não se reconhecer qualquer distinção na repercussão das sanções aplicáveis no âmbito de relações gerais e relações especiais é que se dará tratamento unificado à matéria.

4.2 Tipicidade flexível e as chamadas normas penais em branco no Direito Administrativo Sancionador

O princípio da tipicidade é desdobramento dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Segundo Alejandro Nieto, o princípio da legalidade se desenvolve em duas vertentes: (1ª) a formal, que se refere à exigência de reserva legal e (2ª) a material, que se refere ao mandado de tipificação legal.⁴³⁹

A tipicidade é a definição por meio da norma de condutas consideradas infrações administrativas, em relação às quais será estabelecida uma punição. Por meio do princípio da reserva legal, exige-se que haja lei que preveja a conduta como ilícita e sua respectiva sanção. Por meio do princípio da segurança jurídica, exige-se que essa previsão legal seja prévia ao ato infracional, para que o particular possa ter ciência da sanção que pode lhe ser imputada mediante determinada conduta. Não obstante se admitam as chamadas normas penais em branco e conceitos jurídicos indeterminados no tipo infracional, é necessário que haja o máximo de clareza na definição da infração e da sanção, sob pena de ofensa ao princípio da segurança

⁴³⁸ Ao tratar do assunto, Fábio Medina Osório explica que o Direito Punitivo pode ter muitas variações e tratamento diversificado. Porém, o autor defende a criação de uma base teórica única. Veja-se: “O Direito Punitivo, e aqui nos referimos tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Administrativo Sancionador, requer normas fundamentais, básicas, mínimas, para o balizamento das atividades punitivas do Estado. É claro que não se pode estipular desde logo limites máximos ou inflexíveis a essas atividades que são muito diversificadas, tanto no tocante aos valores que protegem, finalidades que perseguem, quanto no que diz respeito às relações que atingem. (...) É praticamente infinito o leque de relações submetidas ao princípio do Direito Administrativo Sancionador. Não obstante, é útil fixar os limites básicos a essa atividade, com abertura suficiente às legítimas variações e opções legais ou administrativas no tratamento das especificidades dos problemas em análise”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.p. 234.

⁴³⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madri: Tecnos, 2018. p. 259.

jurídica e à ideia de previsibilidade da sanção, a qual também opera em favor da finalidade dissuasória e preventiva da norma.

Para distinguir legalidade de tipicidade, Alejandro Nieto cita a sentença de 20 de dezembro de 1989 (Ar. 9640; conde Martín) do Supremo Tribunal Espanhol:

Os conceitos de legalidade e de tipicidade não se identificam, senão que o segundo tem um conteúdo próprio, como modo especial de realização do primeiro. A legalidade se cumpre com a previsão das infrações e sanções na lei, porém para a tipicidade se requer algo mais que é a precisa definição da conduta que a lei considere que pode ser imposta, sendo em definitivo o meio de se garantir o princípio constitucional da segurança jurídica e de tornar realidade a exigência de uma lei prévia e de uma lei certa.⁴⁴⁰

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que o significado da tipicidade do Direito Administrativo Sancionador não coincide com o do direito penal, visto que naquele se admite uma tipicidade flexível, cabe definir em que medida essa tipificação pode ser feita pela norma administrativa sem prejudicar os pressupostos de ser **prévia e certa**.

O próprio Alejandro Nieto destaca que o mandado de tipificação se desenvolve em dois planos sucessivos: ele deve estar voltado a especificar as condutas que se consideram infrações administrativas (tipificação da infração) e deve atribuir a cada uma destas infrações a sanção correspondente (tipificação da sanção).⁴⁴¹

Conforme já se ressaltou ao tratar do princípio da legalidade no tópico anterior, a tipicidade possui definição bastante rígida no âmbito do direito penal. No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, porém, essa definição possui flexibilizações com vistas a se adaptar ao cenário administrativo, cuja regulação necessita de maior dinamismo. Assim, a doutrina reconhece que a previsão do art. 37, XXXIX da CRFB/1988 se aplica ao âmbito do direito penal, devendo ser incorporada ao Direito Administrativo com matizes.⁴⁴²

Ocorre que a ausência de uma tipicidade fechada no Direito Administrativo Sancionador dá margem a riscos. Uma maior abertura para a interpretação no caso concreto e para regulamentação dos tipos infracionais pela Administração representa certa mitigação do princípio da tipicidade. Portanto, no Brasil, cabe à doutrina traçar parâmetros interpretativos claros para se entenderem os limites dessa liberdade da Administração em regulamentar e em interpretar os tipos infracionais.

⁴⁴⁰ Idem, p. 179.

⁴⁴¹ Idem, p. 266.

⁴⁴² Neste sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 242.

Por um lado, há quem defenda a existência do princípio da atipicidade no Direito Administrativo. É como sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que explica que a tipicidade nem sempre está presente na descrição das sanções administrativas. A autora cita como exemplo o art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, que, ao descrever as infrações contratuais, menciona “inexecução total ou parcial do contrato”. Segundo a autora, a motivação ganha especial relevância nesses casos, já que por seu intermédio é que se poderá justificar o enquadramento e a dosagem da sanção.⁴⁴³

Por outro lado, há críticas contumazes da doutrina quanto à baixa densidade normativa do Direito Administrativo Sancionador e, em especial, a essa ausência de tipicidade das condutas. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández chegam a afirmar que “o direito administrativo sancionador é um direito repressivo pré-beccariano”, que ainda admite institutos retrógrados.⁴⁴⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a tipicidade é requisito indispensável para a garantia do particular. Isso porque as normas precisam qualificar de forma clara e objetiva qual a obrigação pretendem impor, bem como qual a consequência que advirá em decorrência da prática de determinada conduta antijurídica. O autor critica, inclusive, a existência de normas administrativas que estabeleçam sanções e deixem a gradação muito aberta, podendo a penalidade incidir de uma intensidade insignificante até graves consequências. Para ele, esse grande espaço de escolha outorgado aos gestores públicos pela norma sancionatória viola o Estado de Direito, pois faz com que os cidadãos sejam governados pelos administradores públicos ou, em última medida, pelos juízes, e não pela lei.⁴⁴⁵

Além disso, Celso Antônio Bandeira de Mello critica o fato de se deixar ao administrador a função de estabelecer, por meio de instrumento normativo próprio, os parâmetros de aplicação da norma. Para ele, ainda assim, se estaria diante de ofensa à legalidade, já que a norma administrativa não é lei.⁴⁴⁶

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao tratar da tipicidade no âmbito do Direito Disciplinar dos servidores públicos, também alerta quanto à necessidade de se estabelecer um grau mínimo de determinabilidade dos tipos sancionadores no Direito

⁴⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 776.

⁴⁴⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 891.

⁴⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 812.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 805.

Administrativo, na impossibilidade de se exigir uma precisão absoluta. Segundo o autor, é necessário que se garanta o nexo entre a conduta descrita e a punição aplicável, não se compatibilizando com o princípio da reserva legal a aceitação de uma atipicidade da infração ou ampla discricionariedade de sua aplicação.⁴⁴⁷

Fábio Medina Osório também aponta a necessidade do tipo sancionador conter grau mínimo de certeza e previsibilidade da conduta reprovada. Reconhecendo que o Direito Administrativo Sancionador não trabalha com o mesmo conceito de tipicidade do direito penal, o autor, ainda assim, critica a possibilidade de uma deslegalização completa em matéria sancionadora, podendo esse movimento dar margem a atuações administrativas arbitrárias. Quanto às normas penais em branco, o autor sustenta a impossibilidade de se delegar a totalidade da função tipificadora para o âmbito administrativo.⁴⁴⁸

Edilson Pereira Nobre Júnior, por sua vez, compara a ausência de tipicidade no âmbito das sanções administrativas às normas penais em branco. Explica o autor que nem mesmo no âmbito do direito penal, que lida com valores de elevada importância por tratar do *jus libertatis*, não se tem negado vigência a tais normas, de modo que, para as sanções administrativas, não se deve entender de forma distinta. Para ele, o problema se resolve na análise da proporcionalidade da sanção em conformidade com o caso concreto.⁴⁴⁹

Flávio Henrique Unes Pereira, ao tratar da ausência de tipicidade no âmbito das sanções disciplinares, defende que os tipos abertos do direito penal se assemelham aos conceitos jurídicos indeterminados das infrações disciplinares. O autor defende que na ocorrência desses conceitos, deve ser aplicada a teoria da adequabilidade normativa, a qual estabelece que o julgador se vincula às peculiaridades do caso concreto no juízo de aplicação das normas, adotando-se a decisão adequada para a solução da controvérsia, precedida do devido processo legal.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

⁴⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 254.

⁴⁴⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções Administrativas e princípios de Direito Penal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p. 127 – 151.

⁴⁵⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: O alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 73.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández defendem a necessidade de “*determinações mais demarcadas e precisas e não uma remissão em branco que possa preencher qualquer norma mínima*”. Para eles, a baixa caracterização do tipo penal na sanção administrativa viola o princípio da legalidade.⁴⁵¹

Já no que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados, os autores reconhecem a necessidade de sua utilização no âmbito das sanções administrativas, visto que os deveres a que elas se referem são indetermináveis. Porém, o gestor público deverá fazer sua interpretação com base em critérios objetivos e baseando-se em motivos ligados ao caso concreto.⁴⁵²

Ainda sobre essa tipicidade flexível do Direito Administrativo Sancionador, Alice Voronoff defende que embora não haja uma determinação para a obediência à legalidade, tal como ocorre no âmbito do direito penal, a necessidade da previsibilidade e do maior controle da atividade sancionatória do Estado exige que haja um padrão de legalidade mais detalhado que o comum no Direito Administrativo. Isso significa que, embora seja possível à Administração Pública expedir atos regulamentares nos casos em que a lei não contenha a especificação completa da conduta típica, ela deve sempre respeitar a habilitação legal que lhe foi concedida no manejo das sanções administrativas. Desse modo, os regulamentos ou atos administrativos não podem inovar na criação de tipos sancionadores, mas devem sempre encontrar respaldo na legislação. A atividade sancionadora deve sempre se basear em uma lei que “autorize a atividade regulamentar e fixe *standards* mínimos que a orientem. A hipótese, portanto, é de uma reserva legal relativa”.⁴⁵³

A autora aponta que, não obstante essa flexibilidade da legalidade, é necessário que a Lei que autoriza a regulamentação das infrações e sanções pela Administração contenha um grau de previsibilidade, clareza e segurança mínimos. Não pode ser um cheque em branco entregue à Administração. A maior ou menor densidade normativa da lei autorizativa poderá variar caso a caso, a depender da gravidade da sanção administrativa, da especialização do segmento disciplinado, do

⁴⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 895.

⁴⁵² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 897.

⁴⁵³ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.p. 231.

público-alvo a que é dirigida a sanção, entre outros fatores.⁴⁵⁴ De todo modo, exige-se ao menos que a Lei contenha o rol de sanções passíveis de serem aplicadas, sob pena de se outorgar à Administração um poder muito amplo de tipificação sancionatória.⁴⁵⁵

A autora defende, ainda, que essa reserva legal relativa atenda à necessária “*flexibilidade, dinamismo, criatividade institucional e tecnicidade*”, típicos do Direito Administrativo atual. Além disso, está afinada com a finalidade da sanção administrativa, mais voltada para a regulação e incentivo a serem produzidos e, não apenas, sob uma ótica retributiva.⁴⁵⁶

Alejandro Nieto explica que mesmo que o legislador se esforce, é praticamente impossível se ter uma tipicidade perfeita. Defende o autor, então, que a norma tipificadora deve perseguir a maior precisão possível, na impossibilidade de ser absolutamente precisa.⁴⁵⁷ Em análise do grau dessa precisão, o autor conclui:

Em resumo – e na tentativa de facilitar uma regra simplificada de ouro – a tipificação pode ser flexível o bastante para permitir ao operador jurídico uma margem de atuação no momento de determinar a infração e a sanção concretamente, porém não tanto como para autorizar que se “crie” figuras de infração suprindo as imprecisões da norma. (tradução livre)⁴⁵⁸

O autor também destaca que há uma diferença importante entre a tipificação penal e a tipificação administrativa. É que na seara penal a enumeração dos delitos se dá diretamente pela lei, não havendo mais delitos que os nela tipificados. As normas penais não proíbem nem autorizam nada, apenas trazem consequências para determinadas condutas que possam ocorrer. No Direito Administrativo Sancionador ocorre de forma diversa, já que os tipos sancionadores legais não são autônomos, mas remetem a uma outra norma em que se formula uma proibição. O tipo legal trata-se, portanto, de um pré-tipo, que condiciona a infração, a qual vem definida na norma administrativa.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.p. 246.

⁴⁵⁵ Idem, p. 251.

⁴⁵⁶ Idem, p. 255.

⁴⁵⁷ NIETO, Alejandro. Derecho . **Curso de Direito Administrativo**. Madri: Tecnos, 2018 p. 268.

⁴⁵⁸ No original: “En resumidas cuentas – y en trance de facilitar una simplificada regla de oro – la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico um margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para autorizarla para que “cree” figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma.” Idem, p. 274.

⁴⁵⁹ Idem, p. 276.

Conforme já se disse, o mandado de tipificação deve descrever dois planos sucessivos: a infração e a sanção. A tipificação desses elementos pode se dar com a descrição completa da infração e da sanção na própria Lei ou mediante uma operação mais complexa, declarando que o descumprimento de determinada norma administrativa é considerado infração administrativa e resulta da aplicação de uma determinada sanção. Com isso, há a técnica chamada por ele de tipificação por remissão, de modo que há a conjugação de duas normas: a norma legal que estabelece que o descumprimento da regulamentação administrativa é infração; e a norma administrativa, que define as respectivas obrigações cujo descumprimento será infração. Para ele, as duas fórmulas (tipificação completa na Lei ou tipificação por remissão) atendem ao princípio da tipicidade.⁴⁶⁰

Em outra passagem de sua obra o autor ressalta, porém, que a tipificação por remissão não é um cheque em branco, razão pela qual apresenta crítica à expressão “norma penal em branco”. A lei deve fazer uma encomenda de complementação ao regulamento que advirá, traçando seus limites e seus contornos. O regulamento não deve servir a suprir espaços da lei, mas complementar o que foi, deliberadamente, deixado para ser especificado por ele, ou seja, acabar a definição que ficou sem terminar, mas que foi iniciada. Fala-se, portanto, em colaboração e não em substituição.⁴⁶¹

Deste modo, o autor indica o conteúdo mínimo que deve conter as chamadas “leis em branco” no Direito Administrativo Sancionador:

No Direito Administrativo Sancionador o conteúdo de uma lei em branco compreende os seguintes elementos: a) Uma regulação substantiva da matéria que deliberadamente não pretende ser exaustiva; b) a determinação de umas instruções, critérios ou bases, que sem chegar a supor uma regulação substantiva, resulte suficientemente expressiva para que, a partir disso, possa logo desenvolver-se a normativa; c) uma habilitação regulamentar, ou seja, uma autorização ao regulamento para que regula a matéria penetrando em uma zona reservada à lei que, sem esta habilitação, resultaria ilícita e cuja realização não há de exceder das instruções legais; d) uma remissão ao resultado da colaboração regulamentar que, nos termos ditos, se tem possibilitado ou ordenado. (tradução livre)⁴⁶²

⁴⁶⁰ Idem, p. 285.

⁴⁶¹ Idem, p. 227.

⁴⁶² “En el Derecho Administrativo Sancionador el contenido de una lei em blanco comprende los siguientes elementos: a) Una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; b) la determinación de unas instrucciones, criterios o bases, que sin llegar a suponer una regulación sustantiva, resulten lo suficientemente expresivos como para que a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa. C) Una habilitación reglamentaria, o sea, una autorización al reglamento para que regule la materia penetrando en una zona reservada a la ley que, sin esta habilitación, resultaría ilícita y cuya realización no há de exceder de las instrucciones legales; d) una remisión al resultado de la colaboración reglamentaria que, en los términos dichos, se há possibilitado u ordenado”. Idem, p. 228.

No mesmo sentido, Marcelo Madureira Prates denomina “técnica de reenvio” o que Alejandro Nieto conceituou como normas sancionadoras por remissão. Segundo o autor, a constante necessidade de modificação e atualização das infrações administrativas gera a definição da infração administrativa de forma indireta pelo legislador. A norma principal remete a uma norma secundária que fará a regulamentação do ilícito administrativo.

Ao mesmo tempo, o autor destaca problemas que podem advir desse modelo de regulamentação. O primeiro deles é a possibilidade de ocorrer transferência indevida de competência. Além disso, é possível que nessa regulamentação indireta ocorram imprecisões e manipulações na definição do conteúdo do ilícito administrativo, o que deve ser evitado pela aplicação do princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos, em equiparação com a tipicidade do direito penal.⁴⁶³

Além disso, o autor destaca a importância não só de publicação dessas normas, mas, sobretudo, de sua adequada divulgação. A política sancionadora exige que se dê amplo conhecimento aos cidadãos da norma publicada em razão da finalidade dissuasória da sanção administrativa.⁴⁶⁴

Fato é que, conforme destacado pelos diversos doutrinadores citados nesta seção, é ilusório tentar equiparar a tipificação das infrações administrativas à tipificação penal. Tanto o princípio da legalidade quanto o da tipicidade, necessariamente, sofrerão adaptações ao serem importados para o Direito Administrativo Sancionador. Porém, embora se possa flexibilizar a legalidade e a tipicidade, não é admissível que se flexibilize a segurança das relações jurídicas e o princípio da proteção à confiança.

Desse modo, adotando-se o conceito trazido por Alejandro Nieto, pode-se admitir tanto a tipificação completa no texto legal (modelo ideal, porém inalcançável na totalidade) ou a tipificação por remissão (mais comum no Direito Administrativo Sancionador). Nesse último caso, ainda que a norma administrativa seja necessária para se completar a tipificação, é obrigatório que ela atenda aos critérios de anterioridade ao fato infracional, à transparência e à clareza de suas proposições.

⁴⁶³ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral**: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005. p. 83- 86.

⁴⁶⁴ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral**: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005. p. 85.

Assim, a regulamentação no âmbito da administrativo, complementar à tipicidade legal, deve se dar anteriormente à constituição do fato infracional. E a tipificação na norma administrativa deve ser suficientemente clara para se transmitir ao indivíduo destinatário da norma as informações suficientes para demovê-lo da intenção da prática infracional ou informá-lo, previamente, das consequências que advirão de seus atos. Tipos infracionais muito genéricos ou que contenham termos obscuros, mesmo no âmbito administrativo, não podem ser tolerados, porque ferem a própria segurança jurídica.

Além disso, importante observação final deve ser feita, na esteira do que sustenta Alice Voronoff. É que mesmo diante do reconhecimento pela doutrina dessa aludida flexibilidade, seja na delegação para regulação da sanção ou mesmo na atividade interpretativa das normas em branco, é essencial que haja a motivação adequada das decisões tomadas pela Administração em processo administrativo sancionador com o objetivo de se garantir a possibilidade de controle das decisões sancionatórias. A legalidade relativa e a flexibilização da tipicidade decorrem de uma necessidade de adaptação de tais princípios às finalidades da sanção administrativa. Porém, não podem servir de subterfúgio para a mitigação de garantias constitucionais, em especial a segurança jurídica.

Assim, pode-se concluir que a norma penal em branco é mais utilizada no Direito Administrativo Sancionador, inclusive como técnica de regulamentação. É que a variedade de infrações que podem ocorrer no âmbito de incidência da regulação administrativa é muito grande, sendo inviável que haja a completa regulação em Lei. Desse modo, o princípio da tipicidade é incorporado ao Direito Administrativo Sancionador de forma mitigada, admitindo-se a complementação da lei pela regulamentação administrativa por meio da chamada tipificação por remissão. Nesses casos, a lei deve traçar os parâmetros com base nos quais a Administração fará a regulamentação incluindo as sanções que poderão ser aplicadas, não sendo possível que se deixe para definir quais são as sanções possíveis no regulamento administrativo, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Cabe, portanto, ao regulamento tipificar a infração, remetendo-a a uma das sanções previstas em lei. Na aplicação da sanção ao caso concreto, as decisões devem estar devidamente motivadas, para que seja possível o exercício do controle a respeito da razoabilidade e da proporcionalidade da decisão administrativa.

Cabe, na sequência, enfrentar o tema da existência ou não de discricionariedade nessa tomada de decisão pela Administração.

4.3 Análise da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo Sancionador e a incidência do controle

A incorporação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo Sancionador é feita com adaptações, conforme já se enfrentou na seção 4.2. A tipificação por remissão é a forma do legislador outorgar ao regulamento administrativo a possibilidade de complementação dessa falta de densidade da norma legal. De igual modo, há também hipóteses em que a tipificação deixa espaços de decisão para aplicação no caso concreto, seja com a criação de tipos infracionais muito amplos ou com a criação de conceitos jurídicos indeterminados. Exemplo disso, já lembrado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a criação das sanções em contratos administrativos. A Lei nº 8.666, de 1993 estabelece que o descumprimento parcial ou total do contrato acarreta a aplicação de quatro tipos de penalidades: (1ª) advertência; (2ª) multa, (3ª) suspensão do direito e (4ª) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração. Desde a penalidade mais simples (advertência) até a mais severa (declaração de inidoneidade), cabe ao administrador público decidir qual delas aplicar.

Além disso, o administrador público é o primeiro intérprete de conceitos imprecisos contidos na legislação e normas administrativas. Não obstante a possibilidade da revisão da interpretação dada pela Administração pelo Poder Judiciário, é o administrador quem decide no caso concreto como o conceito será aplicado, já podendo a sanção ser aplicada e exigida no caso concreto, em decorrência dos princípios da imperatividade e da executoriedade.⁴⁶⁵

A questão que ora se busca enfrentar é a análise quanto à existência de discricionariedade na tomada de decisões pela Administração em processo de aplicação de penalidades. Busca-se analisar se nesses espaços de decisão deixados pela legislação e na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados há discricionariedade administrativa ou se é atividade vinculada da Administração.

Para que se possa responder a essas indagações, a análise se iniciará pelos conceitos de discricionariedade e vinculação e sua relação com os elementos do ato administrativo, para que, então, se possa fazer a transposição destas conclusões especificamente para o ato administrativo sancionador.

⁴⁶⁵ Sobre os atributos do ato administrativo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 340.

4.3.1 Discricionariedade, vinculação e os elementos do ato administrativo

Os espaços de escolhas deixados pela Lei à Administração são inerentes à atividade administrativa. É inconcebível que a legislação consiga elencar todas as atitudes a serem tomadas no caso concreto sem deixar margem deliberativa para aquele que está diretamente ligado à execução. Além disso, o enrijecimento da regulação tem como consequência o travamento da máquina pública e, até mesmo, ofensa ao princípio da eficiência, visto que é necessário que muitas decisões sejam tomadas à luz do caso concreto.

Nesse sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández entendem que a discricionariedade é algo inerente do governo humano que não pode ser reduzido a mero “jogo automático de normas”, nomocracia objetiva e neutral. Segundo os aludidos autores, é ilusório querer reduzir os atos administrativos à vinculação normativa.⁴⁶⁶ Ao mesmo tempo, destacam o quanto é desafiadora e necessária a atividade de controle da discricionariedade. Citando Hans Hüber, afirmam ser a discricionariedade “o cavalo de Tróia dentro do Estado de Direito”.⁴⁶⁷ Isso porque ela ainda é vista como resquício de arbitrariedade oriunda dos chamados “atos de império”, espaços em que a intervenção judicial supostamente não pode ou não deveria atuar. O desafio está justamente na necessidade de se “juridificar” a discricionariedade (a qual seria o último reduto da antiga arbitrariedade) sem atingir a legítima liberdade de decisão do administrador público.⁴⁶⁸

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discricionariedade administrativa é “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.⁴⁶⁹ Ao contrário, quando não há espaço para que o administrador escolha entre uma ou outra solução com base

⁴⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 392.

⁴⁶⁷ “A expressão plástica de que a discricionariedade administrativa representaria no Estado de Direito um verdadeiro “Cavalo de Tróia” até parecer ser ainda justificada no Brasil, onde os conceitos da discricionariedade e do mérito até hoje, servem para encobrir arbitrariedades, nepotismo e falta de vontade (causada por múltiplas razões que não analisar aqui) de muitos juízes em analisar ou anular os atos e medidas da Administração Pública”. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 85.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 392.

⁴⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

em critérios de conveniência e oportunidade, já tendo o legislador apresentado fórmula única para a decisão a ser tomada no caso concreto, têm-se vinculação.⁴⁷⁰

Justifica-se a existência da discricionariedade administrativa na complexidade dos diversos atos que a Administração Pública tem que executar. Não seria viável que o legislador pudesse prever toda a diversidade de situações que podem envolver as decisões administrativas, sem deixar determinada margem de liberdade para que o administrador, no caso concreto, adote a solução que melhor se amolda a ele.⁴⁷¹ Desse modo, entende-se que a existência de margem de liberdade para atuação da Administração é algo inerente ao regime jurídico administrativo.

Odete Medauar pontua que antes de ser objeto de estudo do Direito Administrativo, o termo “discricionariedade” era ligado a atributo do soberano para o desempenho de suas funções. Inicialmente tal conceito estava relacionado à ideia de escolha livre, baseada em critérios subjetivos da autoridade. Porém, já no início do século XX é possível perceber a limitação da ampla liberdade da discricionariedade, especialmente no campo do Tribunal Administrativo francês, que passa a exigir a observância de regras de competência e forma pelos atos discricionários.⁴⁷² Ato contínuo, surge a exigência de controle judicial da conformidade do ato administrativo discricionário quanto ao fim (análise do elemento finalidade), além do controle quanto ao nexos entre decisão administrativa e circunstâncias de fato (motivo).

A autora ressalta, também, que na segunda metade do século XX houve expansão da atividade administrativa decorrente do contexto da dinâmica estatal intervencionista e, por consequência, maior preocupação com a atuação discricionária da Administração, exigindo ampliação do seu controle.⁴⁷³

O Direito Administrativo atual não nega a discricionariedade, porém defende limites ao seu exercício e cada vez mais ampla possibilidade de controle. A margem de escolha do agente público continua a existir quando admitida em lei, outorgando liberdade de atuação em hipóteses específicas de apreciação de conveniência e

⁴⁷⁰ Ibid., p. 62.

⁴⁷¹ Neste sentido, leciona Agustín Gordillo: “Em realidade, nunca las atribuciones de um órgão administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible em la practica – e inconveniente – prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer; siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante”. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: Tomo 1. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. X-19

⁴⁷² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 135.

⁴⁷³ Ibid, p. 136.

oportunidade do ato administrativo. Porém, cabe ao Direito Administrativo delinear os limites do exercício dessa liberdade.⁴⁷⁴

Desse modo é que se defende que o ato administrativo pode ser vinculado sob alguns aspectos e discricionário quanto a outros. É o que destaca Florivaldo Dutra de Araújo, ao defender a utilização da expressão “aspectos vinculados do ato administrativo” em lugar de “poder vinculado”.⁴⁷⁵ Portanto, faz-se necessário analisar os elementos do ato administrativo e destacar em quais reside a discricionariedade administrativa.

Fala-se, pois, em relatividade da competência discricionária do administrador, estando sempre vinculado em relação a alguns aspectos do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os sentidos nos quais se pode falar em relatividade da discricionariedade administrativa. É relativa porque o ato estará sempre vinculado ao que a Lei estabeleceu como margem de discricionariedade, falando-se então em discricção “*intra legem*” e não “*extra legem*”. Além disso, é relativa porque vinculada aos limites impostos ao administrador em relação àquilo que já ficou resolvido pela norma. É também relativa porque somente pode ser exercida na busca pela finalidade legal, sob pena de incorrer em desvio de poder. O autor ainda defende os limites da discricionariedade e sua relatividade quanto aos conceitos jurídicos indeterminados (tema a ser enfrentado na seção 4.3.2). E, por fim, ressalta a relatividade da discricionariedade quando, diante do caso concreto, a regra, ainda que discricionária, se aplica perfeitamente, não havendo margem para deliberação.⁴⁷⁶

No mesmo sentido do aludido professor, Eduardo Garcia de Enterría e Tomaz-Ramón Fernandez defendem que o poder discricionário, entendido como “liberdade

⁴⁷⁴ “A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário se sujeita não só a normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137.

⁴⁷⁵ “Entendemos que a expressão aspectos vinculados do ato administrativo é, efetivamente, mais fiel para indicar o fenômeno. E é de se afastar também a expressão ‘poderes vinculados’ da Administração a que levou a adoção da teoria de Hauriou, pois, se é possível existir um ato que seja em tudo vinculado, inadmissível é a existência de um poder que possa, abstrata e genericamente, ser definido como vinculado ou discricionário. O poder do administrador público é um só e indivisível, exercitando-se, no entanto, conforme determina a lei. E esta, sim, é que poderá qualificar como vinculada ou discricionária a apreciação deste ou daquele aspecto do ato administrativo”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 58.

⁴⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da competência discricionária.” **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr. / jun. 1998, p. 49-56.

de apreciação pela administração”, não pode se referir a todos os elementos do ato administrativo.⁴⁷⁷

Outrossim, é importante analisar em quais elementos se admite a discricionariedade e aqueles em relação aos quais o ato será necessariamente vinculado. Passa-se, pois, a essa análise.

É possível identificar cinco elementos do ato administrativo: (1º) sujeito; (2º) objeto ou conteúdo; (3º) forma; (4º) motivo e (5º) finalidade.⁴⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, faz classificação distinta. Para ele, os elementos do ato administrativo são o conteúdo e a forma. Os demais são por ele denominados pressupostos do ato administrativos, os quais subdivide em: pressupostos de existência, quais sejam, objeto e pertinência à função administrativa; e pressupostos de validade, que são o sujeito, o motivo, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização⁴⁷⁹.

Essa classificação utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello é criticada por Seabra Fagundes. Para ele, o motivo é elemento do ato administrativo, uma vez que está no conteúdo do ato, já que sem ele o ato não existe, assim como a sentença não pode existir sem a devida fundamentação. Defende, ainda, que se trata de elementos a considerar no ato administrativo, e não necessariamente elementos que o integram.⁴⁸⁰

Foge ao objetivo deste trabalho se deter a essa discussão. Adotar-se-á, portanto, a teoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que identifica os cinco citados elementos do ato administrativo. Contudo, utilizar-se-á, também, a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello para fins comparativos.

Um dos elementos do ato administrativo é o **sujeito (ou competência)**. Ele está ligado ao agente público que pratica o ato. Quanto a esse elemento, não há margem de discricionariedade, uma vez que competência outorgada a cada uma das

⁴⁷⁷ “Com efeito, se resulta que o poder é discricionário já que é atribuído como tal pela lei à Administração, resulta que essa lei tem tido que configurar necessariamente vários elementos de tal potestade e que a discricionariedade, entendida como liberdade de apreciação pela Administração, só pode se referir a alguns elementos, nunca a todos, de tal potestade”. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 390.

⁴⁷⁸ Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

⁴⁷⁹ MELLO, Celso Antônio. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 320 – 321.

⁴⁸⁰ FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 30 – 31.

autoridades decorre da lei. Poderá até mesmo haver previsão legal para a delegação dessa competência, sendo tal delegação ato discricionário. Todavia, o exercício da competência em si não é discricionário.⁴⁸¹

O **objeto ou conteúdo** é o comando que o ato emite, aquilo sobre o que ele expressa. É elemento para o qual é possível que a lei outorgue ao administrador margem de discricionariedade. Segundo explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode a norma deixar opções para o administrador entre agir ou não agir ou mais de uma opção para agir. Haverá aí faculdade outorgada à Administração.⁴⁸²

Ao tratar da possível discricionariedade existente no conteúdo do ato administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a inexistência de discricionariedade quanto ao objeto ou conteúdo no comando da norma faz surgir para o particular direito público subjetivo ao ato. Do contrário, havendo discricionariedade, ocorreria o que Renato Alessi denomina direitos debilitados ou direitos menores ou enfraquecidos em virtude da discricionariedade da Administração.⁴⁸³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que está no objeto do ato administrativo o conceito de conveniência. Para o autor, o ato administrativo é conveniente “quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado”. Para ele, mesmo em se tratando de atos discricionários há limites mínimos que o conteúdo do ato, no que se refere à sua conveniência, deve atender, a saber, a possibilidade, a conformidade e a eficiência.⁴⁸⁴

A possibilidade tem a ver com o conceito de objeto lícito e possibilidade jurídica e física, destacando-se que o conceito de licitude deve ser empregado de forma ampla, ou seja, no sentido de juridicidade.⁴⁸⁵ Já a conformidade impõe que o objeto imediato do ato tenha que servir à finalidade do ato, que é o seu objeto mediato.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 75.

⁴⁸³ “Nos casos *em que não existe discricionariedade no mandamento da norma, o administrado tem um direito subjetivo oponível à Administração, podendo fazê-lo valer em juízo; o contrário acontece quando o mandamento da norma confere uma faculdade à Administração, hipótese em que o administrado não tem como exigir a satisfação de seu interesse; é aí que os doutrinadores italianos, dentre os quais Renato Alessi, falam em direitos debilitados ou direitos menores ou enfraquecidos pelo poder discricionário da Administração”. *Ibid.*, p. 75

⁴⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo., **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 71.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 72.

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 74.

Por fim, o autor destaca a necessidade de que o ato atenda à eficiência impõe que a Administração envide todos os esforços para que o meio empregado produza os melhores resultados, sendo essa a concepção de boa administração.⁴⁸⁷

Não atendidos alguns desses requisitos, o objeto ou conteúdo pode ser considerado ilícito e estará sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Outro elemento do ato administrativo é a **forma**, assim entendida a maneira como o ato se exterioriza. O ato administrativo poderá adquirir a forma de decreto, de ofício, de despacho, de portaria, de instrução normativa, entre outros. Em regra, os atos administrativos são escritos, porém nada impede que se manifestem de forma verbal ou, conforme destaca Florivaldo Dutra de Araújo, até por meio de mímica, no caso dos guardas de trânsito.⁴⁸⁸

Gordillo explica que nem sempre há normas jurídicas que imponham determinada forma ao ato, hipótese em que se pode reconhecer discricionariedade na adoção de um ou outro modelo. Podem existir costumes e práticas que indiquem como o ato deva ser praticado, porém não possui nenhuma força jurídica. Muitas vezes, porém, a lei pode estabelecer formas específicas pelas quais o ato deve ser praticado, como a exigência de sua publicação ou que seja realizado por meio de decreto, hipótese em que haverá vinculação.⁴⁸⁹

André Saddy também defende a existência de discricionariedade na escolha da forma, caso ela não tenha previsão legal específica. Todavia, elenca a existência de quatro critérios que devem ser observados como limitadores dessa discricionariedade: (1º) a coerência, não se permitindo que se opte por formas desproporcionais; (2º) consistência, de modo que seja compatível com a forma determinada pela norma e com os objetivos a que se destina; (3º) publicidade; e, por fim, (4º) que seja fixada dentro de um procedimento.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Idem, p. 76.

⁴⁸⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 54.

⁴⁸⁹ É o caso, por exemplo, do que prevê a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões de serviços públicos), a qual estabelece que a intervenção deverá se dar mediante decreto: “Art. 32 (...)Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida”. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em: 03/01/2020

⁴⁹⁰ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 27.

O **motivo** é a razão para a prática do ato administrativo, o que ocorreu no âmbito dos fatos e levou à sua exteriorização. A partir dele se desenvolve a teoria dos motivos determinantes que estabelece que os atos administrativos são praticados em função dos fatos ocorridos e a eles se sustentam. Se o ato administrativo se dissocia dos fatos nos quais se sustenta, estará viciado.⁴⁹¹

Celso Antônio Bandeira de Mello trata o motivo como pressuposto de validade do ato administrativo, por entender que ele é externo e, portanto, não pode ser considerado elemento do ato. Faz também importante distinção entre motivo, móvel e motivação. Para o autor, o motivo é o que ocorre no âmbito real, fático; o móvel, porém, é a intenção do agente que praticou o ato. O motivo é objetivo e o móvel é subjetivo.⁴⁹²

A motivação, por sua vez, é a explicação dada pelo agente público sobre o motivo, a exposição que integra o ato administrativo. O motivo é o que ocorreu no mundo dos fatos, a motivação é a explicação desse motivo.

Florivaldo Dutra de Araújo pontifica que o ato estará materialmente motivado “quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática”.⁴⁹³

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece o princípio da motivação entre os aplicáveis à Administração Pública. Em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VII, indica que, nos processos administrativos, deve ser observada a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão (portanto, a motivação). Em seu art. 50, estabelece hipóteses específicas em que o ato administrativo deve ser motivado.⁴⁹⁴ Veja-se que a legislação federal no Brasil elenca hipóteses específicas em que o ato administrativo deverá ser motivado. Dúvida persiste, pois, se afora esses atos elencados pela Lei nº 9.784, de 1999, no âmbito federal, os demais precisariam ser motivados ou se estariam dispensados dessa exposição de motivos.

Florivaldo Dutra de Araújo explica que de um lado, há doutrinadores defensores de que somente os atos vinculados precisam ser motivados, uma vez que para esses a Administração precisa demonstrar a sua conformidade com a lei, enquanto no que

⁴⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed.. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 330.

⁴⁹² Ibid., p. 370.

⁴⁹³ ARAUJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91.

⁴⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 03 jan. 2020.

se refere aos atos discricionários a legislação deixou a decisão a critério da Administração, não havendo por que exigir fundamentação.⁴⁹⁵

De outro lado, há os que defendem com mais vigor a fundamentação dos atos discricionários.⁴⁹⁶ O citado autor defende a necessidade de motivação dos atos discricionários e rejeita a desnecessidade de motivação dos atos vinculados. Para ele, todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, seja discricionário seja vinculado.⁴⁹⁷ A posição do autor é que melhor se amolda aos princípios democráticos e republicanos.

A necessidade de motivação dos atos vinculados decorre do dever do agente público em demonstrar o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela Lei. Com mais razão, por sua vez, a necessidade de motivação dos atos discricionários, uma vez que a lei facultou ao administrador realizar escolhas as quais jamais podem se afastar dos motivos que a ela se vinculam. Além disso, no caso dos atos discricionários, é necessário que o administrador demonstre as razões pelas quais, dentro da conveniência e oportunidade, a via por ele escolhida atende melhor ao interesse público. Não se deve confundir discricionariedade com arbítrio, esse último invariavelmente munido de motivações obscuras e motivos pessoais que não podem sequer ser manifestados.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, por um lado haverá vinculação quanto ao motivo quando a lei usar expressões e vocábulos “unissignificativos”, conceitos que não dão margem a dúvida. Por outro lado, haverá discricionariedade quando a lei deixar o motivo a critério da Administração ou defini-lo por meio de noções vagas, imprecisas ou plurissignificativas.⁴⁹⁸ Quanto a esse último aspecto (conceitos jurídicos

⁴⁹⁵ “Os que só vêm obrigatoriedade de motivação para os “atos vinculados” argumentam que a Administração precisa demonstrar, nessa hipótese, a conformidade de seus atos com a estrita vontade da lei, sob pena de invalidade. Por entenderem que os atos discricionários são gerados no campo da livre apreciação do Administrador, a quem a lei deixa a faculdade de decisão ao seu alvedrio, quando a estes – sustenta essa corrente – não haveria por que exigir a fundamentação”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 111.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁹⁷ “Com efeito, o fato de tanto os atos vinculados como os discricionários estarem, em maior ou menor medida, sujeitos a controle, obra a uma mesma conclusão: devem ser motivados”. *Ibid.*, p. 113.

⁴⁹⁸ “Haverá vinculação do motivo, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva.(...) Ao contrário, haverá discricionariedade quando: 1. A lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; (...) a lei definir o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos (os chamados conceitos jurídicos indeterminados) que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; (...) Com relação a este segundo aspecto, existe toda uma teoria sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Existe controvérsia sobre se a sua utilização na norma legal gera ou não discricionariedade administrativa. (...)” DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. . São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-78.

indeterminados), a doutrina diverge e a própria autora reconhece a controvérsia. Em virtude da densidade do tema dos conceitos jurídicos indeterminados e da sua importância para este trabalho, dedica-se a seção 4.3.2 para tratar dele.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto indica que se insere no âmbito dos motivos o juízo discricionário da oportunidade. Segundo o autor, os limites de oportunidade à discricionariedade são “requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo” possa atender à finalidade do ato. O autor destaca, então, que esses limites de oportunidade impostos ao motivo são: existência; suficiência; adequabilidade; compatibilidade e proporcionalidade.⁴⁹⁹

Não atendidos tais limites, ainda que se trate de ato administrativo discricionário, o ato poderá ser considerado ilícito e estará sujeito a controle.

Por fim, o elemento **finalidade** do ato administrativo é o resultado que se pretende alcançar com ele. Celso Antônio Bandeira de Mello elenca a finalidade como pressuposto de validade do ato, denominando-o pressuposto teleológico.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “não se compreende ato administrativo sem fim público”. Em razão dessa conclusão, o autor defende que a finalidade é elemento vinculado do ato administrativo.⁵⁰⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que, na análise do ato administrativo, pode-se identificar a finalidade sob duas perspectivas. A primeira, mais geral, é a de que todo ato possui finalidade pública. A segunda, específica, é aquela que a lei explicita.⁵⁰¹ Ainda quanto a esta última, Hely Lopes Meirelles defende a vinculação, uma vez que “não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos”.⁵⁰²

Entretanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece “certa margem de discricionariedade” quanto aos fins do ato administrativo em relação a cada caso concreto. A autora reforça que todo ato administrativo está vinculado quanto à sua finalidade pública. Todavia, no que se refere à finalidade da lei (finalidade mais específica), há espaço para interpretação quando o agente público se depara com conceitos jurídicos indeterminados. Para ela, no caso de conceitos jurídicos

⁴⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo., **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 59- 61.

⁵⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 156

⁵⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

⁵⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156

indeterminados poderia haver mais de uma solução válida perante o direito, o que implica em margem de discricionariedade. Explica a autora:

Todavia, isso não é suficiente para afastar certa margem de discricionariedade quando os fins têm que ser analisados em relação a cada caso concreto. É aqui que se coloca, do mesmo modo que no motivo do ato, a questão dos conceitos indeterminados, quando a lei se refere à finalidade do ato como sendo a ordem pública, a moralidade, o bem-estar, o interesse público, o bem comum, e não há critérios objetivos que permitam concluir, em cada caso, o que é melhor para a consecução daqueles objetivos, ainda que a Administração tenha que observar determinadas limitações, como a competência, a forma, a motivação, a proporcionalidade dos meios aos fins, a razoabilidade. Dentro desses limites, haverá mais de uma solução válida perante o direito, hipótese em que haverá discricionariedade com relação aos fins. A lei não predetermina a conduta que a Administração deve adotar num caso concreto, para atingir determinados objetivos de interesse público; a autoridade é que deverá decidir entre agir ou não agir, agir por uma ou outra forma.⁵⁰³

Também é o que defende André Saddy, para quem existirá discricionariedade na finalidade do ato administrativo quando não há o enunciado de um fim explícito na norma, se ele é enunciado por meio de termos vagos ou, ainda, quando há pluralidade de fins definidos na norma. Embora entenda que essa discricionariedade tenha limites mínimos de eleição, ele defende que ela poderá existir.⁵⁰⁴

Sem antecipar a discussão a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados, entende-se por discordar da autora para afirmar, na linha do que defende Hely Lopes Meirelles, que não há espaço para discricionariedade nos fins a que se destina o ato administrativo. Seja quanto à finalidade geral (interesse público), seja quanto à finalidade específica (finalidade legal), sempre o agente público estará vinculado. Ainda que haja espaço para interpretação, essa deverá ser feita à luz dos princípios e devidamente motivada, estando, pois, sujeita a controle. O legislador pode facultar ao agente público escolher caminhos e tomar decisões de acordo com o caso concreto, mas jamais poderá facultar a ele escolher a finalidade a ser alcançada. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui, citando Cirne Lima, não ser a discricionariedade um cheque em branco para a Administração, não existindo em favor da esfera pessoal de liberdade do agente público, mas em prol do interesse legal e do interesse público.⁵⁰⁵

⁵⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. P. 79-80.

⁵⁰⁴ SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 26.

⁵⁰⁵ “Assim, a franquia da norma existe para proporcionar ao agente um desfrute, um proveito, uma ampliação de sua esfera pessoal de liberdade, mas unicamente para ensinar-lhe a adoção do comportamento que, ‘in concreto’, seja especificamente o mais adequado ao implemento do interesse público em causa.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Relatividade da competência discricionária*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun.1998.p. 49 - 56.

Ainda quanto à finalidade, destaca-se que sua inobservância leva a vício do ato administrativo, o qual é denominado desvio de poder ou desvio de finalidade. Para Gordillo, ocorre desvio de poder “toda vez que o funcionário atua com uma finalidade diferente da perseguida pela lei”. Ressalta, ainda, o caráter vinculativo da finalidade, entendendo que ao se afastar daquela estabelecida pela lei, há a prática de conduta antijurídica.⁵⁰⁶

Ao dissertar sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández explicam que a teoria do desvio de poder foi desenvolvida, inicialmente, pelo Conselho de Estado Francês na segunda metade do século XIX, e por meio dela constatou-se que toda atividade administrativa deve estar voltada para um fim, tratando-se esse de elemento regulado (vinculado) do ato administrativo. Afastando-se dessa finalidade, o ato praticado deve ser anulado.⁵⁰⁷

Além disso, os aludidos autores afirmam que o desvio de finalidade não se manifesta apenas na hipótese em que a finalidade diversa do ato seja um interesse particular (vingança pessoal ou tentativa de favorecimentos por parte do agente público). Opera-se também o desvio de poder quando se busca uma finalidade pública diversa daquela para a qual o ato deveria ter sido praticado. Assim, a ilegalidade não está apenas no descumprimento de regras morais, mas também no descumprimento da finalidade legal específica para a qual aquele ato se destina.⁵⁰⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, também, a causa como pressuposto de validade do ato administrativo, que ele denomina “pressuposto lógico”. O autor conceitua a causa como “o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato”.⁵⁰⁹ Ou seja: por meio da causa pode-se fazer a correlação lógica entre o que ocorreu no mundo dos fatos (motivo) e o que a administração decidiu (conteúdo). Portanto, a inexistência dos motivos invalida o ato administrativo por lhe faltar o seu pressuposto lógico.

O autor explica que por meio da causa é possível realizar o controle do ato administrativo, visto que, ainda quando o administrador pode escolher os motivos do ato, eles precisam guardar relação lógica com o conteúdo. Além disso, há grande

⁵⁰⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo 3. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. IX-23

⁵⁰⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1991.p. 402.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 403.

⁵⁰⁹ MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 334 – 335.

importância nesse pressuposto em relação ao controle da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo. É por meio dessa correlação lógica que se pode observar se o que ocorreu no plano dos fatos (motivo) tem correlação razoável e proporcional com o que a Administração decidiu (conteúdo).

De tudo que se expôs, pode-se perceber que todo ato administrativo é vinculado ao menos quanto aos elementos competência, forma e finalidade. É possível identificar discricionariedade quanto aos elementos conteúdo (objeto) e motivo. Assim, reside na apreciação do motivo a análise de oportunidade e na verificação do conteúdo a análise de conveniência.

Essa divisão dos elementos do ato administrativo e a análise da discricionariedade e vinculação do ato administrativo a partir deles não é indene a críticas. Para Andreas J. Krell, essa teoria pouco tem contribuído para o controle da discricionariedade administrativa, já que a defesa da discricionariedade quanto ao conteúdo e ao motivo, no caso dos atos discricionários, somente tem contribuído para a “imunização” do controle de tais elementos.⁵¹⁰

Outrossim, o autor defende que o tema da discricionariedade e da vinculação não seja tratado de forma binária (se há discricionariedade ou se há vinculação), mas sim quanto a graus de discricionariedade. Em outras palavras, a análise da discricionariedade não se daria de forma qualitativa, mas sim quantitativa. A discricionariedade varia de intensidade, de acordo com a natureza das normas a serem aplicadas e com as circunstâncias encontradas no caso concreto. Assim, defende que essa divisão da discricionariedade e vinculação entre os cinco elementos do ato administrativo não pode ser fechada, mas tratada adequadamente por graus de vinculação e discricionariedade, de acordo com o caso concreto.⁵¹¹

⁵¹⁰ “A referida subdivisão do ato administrativo em cinco elementos, na verdade, tem contribuído muito pouco para uma mais acurada análise da abrangência e do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (“ato vinculado x ato discricionário”) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Passos afirma que este “fracionamento artificial” do ato jurídico administrativo “exerce uma função de imunização dos elementos chamados ‘internos’ (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado (...)”. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

⁵¹¹ “Impede frisar, contudo, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados nas leis apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza diferente do ato “discricionário”, sendo a diferença de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os polos de (quase) plena vinculação e discricionariedade. Esta “não pode ser encarada em termos binários e excludentes (existe ou não existe)”, mas constitui uma competência que possui diversos graus, cuja intensidade depende tanto da feição das normas jurídicas a serem aplicadas quanto das circunstâncias fáticas do caso concreto”. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

Não obstante a citada crítica, a tese da divisão da discricionariedade por elementos ainda é difundida no Brasil. Ao contrário do que defende o citado autor, não se entende que a análise da discricionariedade dos atos administrativos por meio de seus elementos seja algo irrelevante, até porque, conforme se verá na seção 4.3.3., não há qualquer discricionariedade que esteja desvinculada do controle. Ainda quanto ao motivo e quanto ao conteúdo, o controle deverá existir, embora de forma mais temperada que no caso dos elementos, sobretudo quando se encontrar diante da conveniência e da oportunidade. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade serão sempre elementos importantes no controle das escolhas da Administração.

Independentemente da vertente de análise que se adote, levando em conta os elementos do ato administrativo ou não, fica claro que a doutrina reconhece que não há ato administrativo totalmente discricionário, havendo sempre algum grau de vinculação. É o que Agustín Gordillo denomina “regulação residual”, ao explicar que mesmo que o ato não esteja regulado direta ou indiretamente, ele estará sempre vinculado aos princípios constitucionais e, portanto, se deles desviar, será ilícito.⁵¹²

Nessa perspectiva, conclui-se que todo ato administrativo discricionário possui graus de vinculação ao ordenamento jurídico, estando, pois, sujeito a controle.

4.3.2 Discricionariedade administrativa e conceito jurídico indeterminado

Conforme explicitado, o conceito de discricionariedade é a margem de escolha deixada pelo legislador, ao gestor público para que se tome a decisão no caso concreto, de modo a atingir a finalidade do ato administrativo de forma mais adequada. Sob outra perspectiva, encontra-se o conceito de vinculação ligado à ideia de legalidade, hipótese em que o ato administrativo está condicionado ao que prevê a lei,

⁵¹² “Cuando falta la regulación directa e también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos de la administración y los particulares. La Constitución argentina y em forma similar otras constituciones americanas, dispone em su art. 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos em los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la esencia de los derechos subjetivos que ella reconoce y garantiza, al igual que el derecho internacional de los derechos humanos. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni em forma directa ni em forma inversa, le resta esta regulación residual que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 1. 7.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. X-14.

não havendo espaço de escolha para que o administrador decida com base em razões de conveniência e oportunidade.

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles considerados de natureza fluida, para os quais não se tem definição apriorística, dotados de plurissignificação. O debate se concentra na análise quanto à existência de discricionariedade na atividade interpretativa da Administração, ou se, também ela está sempre vinculada a uma única solução possível na aplicação desses conceitos.

Leonardo Ferraz, ao tratar do tema, distingue as duas principais correntes, que historicamente se formaram na Alemanha, no enfrentamento da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados. De um lado, a corrente defendida por Bernatizk, a qual entende pela existência de discricionariedade na interpretação feita pelo administrador dos conceitos jurídicos indeterminados. De outro, o pensamento de Tezner e Buhler, que defende a separação completa entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Por essa última corrente entende-se que toda interpretação tem cunho estritamente jurídico e, portanto, tais conceitos não conferem discricionariedade ao administrador.⁵¹³ O debate ainda é atual e objeto de divergências no Direito Administrativo.

Ao definir a discricionariedade, Florivaldo Dutra de Araújo explica que ela ocorre quando houver “uma escolha entre comportamentos igualmente qualificados pela regra de direito, de modo tal que qualquer deles, adotado, satisfará o dever de boa administração”.⁵¹⁴ Nesse caso, a Administração tem à sua disposição mais de um comportamento que o legislador lhe autorizou, sendo que ela poderá avaliar, naquele caso concreto, qual deles melhor atende às suas razões de conveniência e oportunidade.

O autor, fazendo referência à doutrina de Eduardo García de Enterría, defende que os conceitos imprecisos utilizados pela lei possuem o que se chama de “unicidade de solução justa”, rejeitando a ideia de que possa existir discricionariedade na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração:

Trata-se, portanto, de tema da Teoria Geral do Direito, e não particularidade do Direito Administrativo, a conferir poderes especiais (“discricionários”) ao agente público. E se a indeterminação dos conceitos existe enquanto a norma permanece em sua abstração e generalidade, ao tornar-se aplicada num caso

⁵¹³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O Administrativismo do século XXI**: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 114.

⁵¹⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 68.

concreto, aquela desaparece, pois, diante de uma específica situação fática, a valoração desta, segundo a experiência humana, leva a uma só conclusão: (...) Sendo, então, modalidade de vinculação, o uso de conceitos jurídicos indeterminados não veda ao Judiciário o controle dos atos práticos com base neles.⁵¹⁵

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam que conceitos jurídicos indeterminados não são privilégio do Direito Administrativo. A lei em geral se utiliza de conceitos indeterminados por impossibilidade de determinação mais precisa. Todavia, ressaltam os autores, tais conceitos não admitem mais que uma solução:

A Lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação e tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução” justa em cada caso.⁵¹⁶

Ao discorrerem sobre o assunto, os aludidos autores explicam que parte da doutrina (em especial a doutrina alemã mais recente) e jurisprudência tem defendido que a maioria das “potestades discricionais” se transformaram em vinculadas com o entendimento de que conceitos jurídicos indeterminados não comportam decisões discricionárias. Isso porque os atos discricionários estão sempre vinculados quanto ao fim, qual seja, o interesse público, e este último, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, só admitiria uma interpretação possível.⁵¹⁷

⁵¹⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 72.

⁵¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.

⁵¹⁷ “Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso. Observação coma qual se teriam convertido virtualmente (e a última doutrina alemã aceita esta conclusão extrema) a generalidade das potestades discricionais em reguladas, já que, explícita ou implicitamente, todas as potestades discricionais se outorgam para alcançar um interesse público, conceito indeterminado cuja aplicação só permitiria em cada caso uma única solução justa.

Uma sentença de nosso Tribunal Supremo obteve já esta conclusão, a de 24.10.59, e declarou que se “transformou a noção do ato administrativo discricional, pois, sem prejuízo de certa amplidão de critérios na decisão, este no que afeta a sua parte resolutiva converteu-se em regulado, já que não se considera válido mais que quando cumpre o fim que implica a ideia do bem do serviço ou do interesse público, podendo-se dizer que todas as vezes que a legalidade ou objeto do fim está determinada não existe poder discricional”. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 395.

Os autores, por sua vez, reconhecem que na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados é possível identificar núcleos de certeza positiva (hipótese em que é certo que o conceito se aplica) e núcleos de certeza negativa (hipótese em que é certo que o conceito não se aplica). Entre esses dois núcleos (de certeza positiva e de certeza negativa) pode existir uma zona de imprecisão ou zona de incerteza, em que reside a maior dificuldade da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Porém, mesmo nessa zona de incerteza, não há discricionariedade, não havendo margem de liberdade para apreciação da Administração. Trata-se, segundo eles, de âmbito puramente “cognoscitivo e interpretativo da lei”, algo que é comum aos diversos ramos do direito e, não só, ao Direito Administrativo.⁵¹⁸

Na interpretação localizada na zona de incerteza dos conceitos jurídicos indeterminados haveria presunção de razoabilidade do uso feito pela administração. Todavia, trata-se de presunção *juris tantum*, podendo o interessado combatê-la e cabendo ao juiz apreciá-la de acordo com as circunstâncias e provas apresentadas. Não se trata, pois, de indiferente jurídico ou análise discricionária, em que mais de uma solução é possível ser dada pela Administração com a mesma aceitação pelo Direito. É necessário que a decisão que interpreta o conceito jurídico indeterminado passe pelo crivo da juridicidade.⁵¹⁹

No mesmo sentido, Agustín Gordillo também explica que a doutrina espanhola tem defendido o conceito de discricionariedade zero em relação aos conceitos jurídicos indeterminados. Haveria, pois, uma única solução possível, justa e razoável quando se interpretam conceitos jurídicos indeterminados.⁵²⁰

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 397.

⁵¹⁹ “Em último extremo, como notou Sáinz Moreno, a discricionariedade não se justificará já por uma simples razão formal de competência única e exclusiva da Administração, constatada a qual o juiz teria que aceitar qualquer uso que a Administração tenha feito da mesma; justificar-se-á unicamente na presunção de “razoabilidade” (test fo reasonableness) com que a Administração a tem utilizado, por seu contato direto com os fatos, pro seus meios técnicos, pela multiplicidade de aspectos e valores que teve que integrar na decisão. Porém, essa presunção será *juris tantum* e qualquer recorrente poderá destruí-la, e o juiz apreciá-lo assim, se as circunstâncias e as provas apresentadas justificam que o uso da potestade não tem sido razoável no caso concreto, possibilidade que a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados justifica definitivamente”. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 398.

⁵²⁰ “La doutrina y jurisprudência españolas han acuñado el concepto de discrecionalidad zero, emparentada com el concepto de los principios jurídicos indeterminados. Em tales supuestos es posible que la conclusión del examen de los hechos, en una cuestión aparentemente discrecional, lleve a la determinación de que no existe sino una única possible solución justa y razonable al caso, situación em lacual la solución deja de ser discrecional em reglada. El principio há sido acertadamente recogido y aplicado em nuestro país”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. X-17.

Eros Roberto Grau é enfático ao defender a possibilidade de controle da interpretação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados e sua respectiva vinculação. Baseando-se na doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, entende que tais conceitos na verdade são noções e, como tal, possuem caráter histórico, podendo ser interpretados de formas diferentes, a depender de sua contextualização histórica.

Assim, se de um lado a discricionariedade admite mais de uma solução legalmente adequada, de outro lado o conceito jurídico indeterminado (ou noção indeterminada, como prefere o citado autor) somente admite uma única solução adequada, cabendo ao Poder Judiciário ajustar sua aplicação quando manejada de forma inadequada pela Administração Pública.⁵²¹

Para Eros Grau, ao realizar o juízo de discricionariedade, o administrador público cuida de decidir, com base em indifferentes jurídicos. Já no caso da apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, há a realização do “juízo de legalidade”, esse último sujeito ao controle jurisdicional.⁵²²

Ao fazer a comparação entre o conceito dado pela doutrina tradicional sobre conceitos jurídicos indeterminados, especialmente o de Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau defende que aquilo que se conceitua como discricionariedade no âmbito dos conceitos indeterminados é, na verdade, interpretação, atividade que não admite espaço para avaliação de oportunidade, mas apenas de legalidade.⁵²³

Florivaldo Dutra de Araújo posiciona-se na mesma linha dos aludidos autores. O autor avalia que os conceitos jurídicos indeterminados são modalidade de vinculação, sendo cabível o seu controle jurisdicional.⁵²⁴ O autor critica a utilização da teoria da separação de poderes como justificativa para a não intervenção do Poder

⁵²¹ “Em razão disso, a aplicação dos “conceitos indeterminados” só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito. A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indifferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração -, ao passo que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei. A consequência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita precisamente ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses. Se não lhe cabe, por um lado, a apreciação da decisão discricionária, por outro lhe cumpre, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos “conceitos indeterminados”. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 201.

⁵²² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 202

⁵²³ Ibid., p. 211.

⁵²⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.p. 72.

Judiciário. Destaca que o juiz não irá substituir o administrador, mas exercer a função de verificar se o caso concreto dava margem à aplicação dada pela Administração ao conceito.⁵²⁵

O autor explica também que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados não é própria apenas do Direito Público, mas enquadra-se como tema da Teoria Geral do Direito.⁵²⁶ Nesse sentido, critica o fato de que muitos defendam a inaplicabilidade do controle dos conceitos jurídicos indeterminados, no âmbito do Direito Público, enquanto nos demais ramos do direito (civil, criminal, etc) conceitos jurídicos indeterminados como “bom pai de família”, “boa intenção das partes em negócio jurídico” e “dolo eventual” são comumente apreciados pelo Poder Judiciário. Conclui, pois, que não há distinção alguma entre a análise que o Poder Judiciário faz dos conceitos indeterminados nos demais ramos do direito e no Direito Público, não havendo imunidade para esse último.⁵²⁷

Na mesma linha dos aludidos autores, Eurico Bitencourt Neto defende que as incertezas semânticas ou conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com a discricionariedade. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a decisão é entre aplicar ou não a norma, enquanto diante da discricionariedade deve-se resolver quanto ao sentido da decisão administrativa.⁵²⁸

Em Portugal, Antônio Francisco de Sousa defende a inexistência de discricionariedade no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados. Para ele, a interpretação desses conceitos é atividade vinculada à lei, havendo apenas uma solução justa no caso concreto, não se podendo vislumbrar duas soluções simultaneamente. Trata-se, pois, de uma atividade de mero reconhecimento da realidade existente, ou seja, atividade vinculada.⁵²⁹

⁵²⁵ Ibid., p. 74.

⁵²⁶ Ibid., p. 72.

⁵²⁷ ARAUJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.p. 74.

⁵²⁸ BITENCOURT.NETO, Eurico Bitencourt. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.p. 265.

⁵²⁹ “A interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma actividade da Administração vinculada à Lei, pois caracteriza sempre situações em que apenas há uma solução justa: uma pessoa ou é idônea, ou não o é; um edifício ou ameaça ruína, ou não; um edifício ou tem valor monumental, ou não; uma manifestação ou representa perigo para a ordem e segurança públicas, ou não; um troço de estrada ou tem interesse público, ou não. Podemos naturalmente discutir sempre, em caso de dúvida, sobre o ‘sim’ ou ‘não’, ou seja, sobre se no caso concreto o Tatbestand de um conceito legal indeterminado já está preenchido ou não. Mas, por isso mesmo, não se podem verificar simultaneamente as duas soluções, conjuntamente ou em alternativa. A interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados representa pois sempre uma mera actividade de reconhecimento ou constatação de uma realidade existente. Perante essa constatação, a lei impõe sempre à Administração uma e só uma modalidade de comportamento. A Administração está, pois vinculada a decidir no sentido imposto pela lei.” SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 205 – 206.

Flávio Henrique Unes Pereira, em trabalho dedicado a analisar as sanções disciplinares, conclui pela inexistência de discricionariedade na apreciação de conceitos jurídicos indeterminados. A partir do marco teórico da teoria da adequabilidade normativa, o autor sustenta que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador impõe ao operador do direito o dever de utilizar a decisão que melhor se adéque à finalidade legal, não tendo espaço para a discricionariedade administrativa. Nesse sentido, o autor estabelece que no plano de validade da norma (âmbito abstrato) não é possível apontar uma única solução possível para todos os casos que forem analisados. Todavia, no plano da aplicação e mediante a análise das peculiaridades do caso concreto é que se poderá construir uma única solução adequada, havendo uma única decisão que melhor se amolda à realidade do caso concreto.⁵³⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, vislumbra a existência de discricionariedade no âmbito da atividade interpretativa dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração. O autor faz a mesma distinção entre zona de certeza positiva e zona de certeza negativa na interpretação dos conceitos. Há, porém, o intervalo entre ambas, em que residiria a discricionariedade interpretativa do administrador. Nesse sentido:

Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Já observou Bernatzik, colacionado por Afonso Rodrigues Queiró, que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa. Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.⁵³¹

⁵³⁰ “Portanto, quando se afirma que a única solução justa é um artifício irreal, está-se levando em conta apenas o juízo de justificação das normas. De fato, no plano de validade, não há como apontar a única decisão – verdade absoluta -, vez que é possível imaginar pluralidade de soluções, à medida que se imaginam hipóteses com peculiaridades diversas. Para cada uma, em tese, pode haver respostas diferentes, a partir dos elementos que tenham sido cogitados. Exatamente por isso, faz-se necessária a inauguração do discurso de aplicação, a partir da ocorrência do caso concreto – datado e contextualizado -, para que se construa a única decisão adequada”. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: O alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 106.

⁵³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.

Para o autor, nessa zona de incerteza reside o que ele denomina de “liberdade intelectual”.⁵³² Na sequência, defende que não caberia ao Poder Judiciário o controle do ato decorrente de conceito jurídico indeterminado se detectar que a Administração se baseou em uma inteligência cabível (comportamento defensável perante o caso concreto), ainda que outra interpretação também fosse possível.⁵³³ Entende, ainda, que a discricionariedade comporta tanto operações mentais denominadas volitivas (em que há a manifestação de vontade) quanto aquelas denominadas intelectivas (inserida aqui a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados), sendo iguais os efeitos jurídicos que incidem sobre uma e outra.⁵³⁴

Todavia, mesmo com entendimento divergente da linha adotada pelos autores anteriormente citados, Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que não se pode defender discricionariedade ilimitada para os conceitos jurídicos indeterminados. Para ele, no mínimo deve-se defender a possibilidade de controle da razoabilidade, analisando-se perante o caso concreto se não houve dilatação excessiva do sentido que se pode extrair do conceito legal.⁵³⁵

Ao defender seu posicionamento, afirma, inclusive, que mesmo diante da discricionariedade, o controlador do ato administrativo não pode deixar de analisar se o entendimento do gestor público, na aplicação dos conceitos contidos no texto da norma, não tenha saído do âmbito do razoável, do chamado por ele “campo

⁵³² “Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes”. Ibid., p. 24.

⁵³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.

⁵³⁴ “Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma liberdade intelectual ou uma liberdade volitiva, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos. Por que, então, considerar que são realidades jurídicas distintas, se o “fenômeno jurídico é o mesmo?””. Ibid., p. 25.

⁵³⁵ “Mesmo que se considere, como o fazemos nós – em dissonância com este eminente mestre – que perante muitas situações concretas a fluidez de conceito indeterminado é insuscetível de reduzir-se a uma acepção única, ensejando, pois, que remanesça alguma discricionariedade administrativa, ainda assim jamais seria possível negar que a extensão desta discricionariedade é ilimitada. Circunscreve-se ao campo dentro do qual sejam admissíveis juízos controversos igualmente razoáveis na caracterização de um dado fato legalmente qualificado. E este exame, sobre o cabimento ou não de mais de uma inteligência, vale dizer, sobre a razoabilidade ou irrazoabilidade da inteligência adotada, cabe perfeitamente à apreciação de legitimidade. Nota-se, pois (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verifica se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação no sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplica-lo.” Ibid., p. 92.

significativo daquelas palavras”, assim considerada a acepção corrente na sociedade.⁵³⁶ Sendo assim, mesmo que de forma mais restrita, faz a defesa da possibilidade de controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados.

Ao tratar da autonomia pública na prática de atos administrativos, José Manuel Sérvulo da Fonseca distingue a discricionariedade da “margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados”. Ambas as hipóteses são formas de aplicação do Direito pela Administração. Segundo o autor, a discricionariedade nunca é total, pois se vincula pela finalidade e por princípios jurídicos como imparcialidade, proporcionalidade. Já quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, o autor defende ser necessário distinguir duas situações: (1ª) aquela em que se trata apenas de uma questão de entendimento e (2ª) aquela situação em que a indeterminação dos conceitos somente é possível de ser solucionada por uma valoração da situação concreta. Nesse último caso, a situação não pode ser resolvida por métodos teórico-discursivos, hipótese em que o administrador tem que optar por uma dentre várias hipóteses possíveis em abstrato. A decisão, no caso concreto, estará vinculada quanto ao fim e quanto a esse aspecto sujeito a controle, porém o restante estará na denominada margem de livre apreciação, hipótese em que o controle é mais limitado. Para o autor, como não é possível medir o conteúdo da decisão por falta de critérios legais, o exercício do controle pelo tribunal somente se tornaria mais um juízo subjetivo, sem que se garanta, objetivamente, algum controle de legalidade.⁵³⁷

André Saddy concorda com o que defende o citado autor. Para ele, os conceitos jurídicos indeterminados podem, ou não, redundar em margem de livre apreciação pelo administrador, o que somente se pode verificar no caso concreto. No caso da zona de certeza positiva e da zona de certeza negativa há vinculação. Porém,

⁵³⁶ “De toda sorte, até o ponto em que se chegou, pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a intelecção das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras, considerado tal campo significativo ao lume da acepção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed.. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 31.

⁵³⁷ CORREIA, José Manuel **Sérvulo**. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474 – 475.

diante da zona de incerteza, haverá diferentes sentidos, todos válidos e passíveis de serem objeto de decisão.⁵³⁸

Sérgio Guerra também defende a possibilidade de mais de uma interpretação justa para conceitos jurídicos indeterminados. Ressalta, inclusive, que a eliminação dessa possibilidade de mais de uma interpretação possível leva ao aniquilamento da possibilidade de consensualidade com o particular. Para ele, a integração dos conceitos jurídicos indeterminados pode facilitar, até mesmo, a interlocução com os particulares, com o fornecimento de informações relevantes que podem levar a um processo de tomada de decisões mais benéfico para a sociedade, inclusive com a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.⁵³⁹

Também na linha de defesa da existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados está o posicionamento de Gustavo Binbenbojm. Para ele, aplicação do conceito jurídico indeterminado não é fruto da vontade do administrador, mas escolha feita pelo legislador que optou por utilizar-se de conceito jurídico indeterminado.⁵⁴⁰

⁵³⁸ SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. 2 .ed. São Paulo: CEEJ, 2020. p. 297.

⁵³⁹ “A solução justa, no ambiente de ponderação de interesses e observância dos custos e benefícios da escolha inerentes à intervenção reguladora, somente poderá existir em um plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos em que o regulador precisa trabalhar com categorias econômicas e sociais na decisão a ser tomada diante de conflitos distributivos. Chegou-se à conclusão de que pensar que somente existe uma solução justa seria aniquilar qualquer tentativa de se perseguir uma atuação estatal mediadora de interesses públicos e privados, extinguindo-se a consensualidade. Mais do que isso, suprimindo-se a possibilidade de se alcançar qualquer termo de ajustamento de conduta nos casos em que fosse menos oneroso ao interesse público a aplicação pura e simples da lei interpretada de foram uníssona. Especialmente na integração de conceitos jurídicos indeterminados que, para serem concretizados, dependem de outros aspectos a serem sopesados, a atuação determinante do particular no fornecimento de dados e informações essenciais para a tomada de decisão final pelo poder público pode conduzir a situação do caso a soluções ne mesmo vislumbradas pelo Estado e mais benéficas à sociedade.” GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 257 – 258.

⁵⁴⁰ “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido. Mais precisamente, a aplicação de um conceito jurídico indeterminado passa por duas operações lógicas: “a interpretação abstracta do conceito (Auslegung) e a sua sobreposição ao caso concreto por via da subsunção deste à hipótese da norma (Anwendung).” BINEBONJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 219 – 220.

Baseando-se na teoria alemã de zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa, o autor defende que há espaços de decisão relacionados a tais conceitos que não comportam interferência do Poder Judiciário. Isso porque o Poder Legislativo, ao utilizar-se de conceitos indeterminados, acabou por deixar em muitas hipóteses a chamada “zona intermediária, de penumbra”. Nessas hipóteses, a margem de apreciação administrativa não pode ser substituída pelo Poder Judiciário.⁵⁴¹

Outrossim, Gustavo Binenbojm também defende o controle dessa aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, porém não quanto ao resultado, mas quanto à forma, ou seja, se o ato foi devidamente motivado e justificado. Trata-se de controle referente à necessidade de motivação do ato de tomada de decisão, e não se o ato praticado foi o correto ou o mais correto.⁵⁴²

Andreas J. Krell também se utiliza da teoria alemã para se posicionar tal como a tese de Gustavo Binebonjm. Defende que, no âmbito da zona de certeza positiva e negativa, não há conceito jurídico indeterminado, mas sim, determinado. Porém, quando se trata da zona cinzenta, a possibilidade de controle judicial diminui em razão da incerteza:

Ao mesmo tempo, existem áreas cinzentas (“zonas de incerteza”), dentro das quais poderão existir diferentes opiniões razoáveis sobre a questão se os conceitos linguísticos empregados no texto da norma foram preenchidos pelos fatos do caso concreto. Nessas “zonas de penumbra”, contudo, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, somente se admite um controle judicial parcial.⁵⁴³

⁵⁴¹ “Essa ideia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir a sua incidência. A controvérsia sobre a abrangência de situações que o signo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra. Em tal zona é que se deve preservar a chamada margem de apreciação administrativa, que não pode ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário”. *Ibid.*, p. 221-222.

⁵⁴² “Como já dito, no controle da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, o juiz não deve controlar se o resultado da operação foi o “correto”, superando a antiga doutrina germânica segundo a qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente “intelectivo”, mas se foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”. O parâmetro para se verificar se a interpretação e a aplicação dadas foram sustentáveis é construído a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública.” *Ibid.*, p. 224.

⁵⁴³ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

Ou seja: mesmo no âmbito da zona de incerteza não há impedimento ao controle jurisdicional. Porém, para o autor, o controle aparece com menor intensidade, restando algum espaço decisório de âmbito discricionário.

Além disso, destaca que a discussão da distinção entre vinculação ou discricionariedade, em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, está ligada, sobretudo, à existência ou não de direito subjetivo dos cidadãos a uma determinada solução jurídica. Por um lado, ao entender-se que se trata de atividade vinculada, há direito subjetivo do cidadão a uma determinada interpretação. Por outro lado, ao se entender que se trata de atividade discricionária, esse direito não existiria.⁵⁴⁴

Odete Medauar defende que, como regra, os conceitos jurídicos indeterminados não estão associados à discricionariedade. Segundo a autora, sendo possível se alcançar, de forma objetiva, uma única solução plausível, não há discricionariedade. Todavia, a autora reconhece a possibilidade de discricionariedade quando uma situação fática admitir margem de escolha entre soluções igualmente válidas.⁵⁴⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apreciar o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, fez análise detalhada do direito comparado. No caso da Alemanha, a autora constata conceito bastante restrito de discricionariedade, o que possibilitou aos tribunais maior controle sobre os atos administrativos, inclusive os relativos aos conceitos jurídicos indeterminados. Os tribunais analisam o atingimento, pelo ato administrativo da finalidade legal, fazendo tal avaliação a partir do princípio da proporcionalidade.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ “A distinção entre o estabelecimento de vinculação ou de discricção do administrador por conceitos legais indeterminados depende da questão se estes têm (ou não) o fim de conceder direitos subjetivos e garantias aos administrados ou se servem para fixar os meios para atuação dos órgãos estatais. A vinculação destes resultaria “do reconhecimento legislativo direto de um bem da vida”, com decisão da própria lei sobre o respectivo conflito de interesses. Ao contrário, a discricionariedade atribuiria à Administração a competência de resolver o referido conflito mediante escolhas autônomas, enquanto ela respeite as normas que guiam o exercício do poder. Assim, o critério decisivo para a existência de vinculação ou discricionariedade seria a questão da “disciplina material sobre o bem da vida, já no plano legal”. KRELL, Andreas J.

Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 69.

⁵⁴⁵ “Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 141.

⁵⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101.

Ao analisar o Direito Francês, a autora explica que, embora não exista teoria precisa sobre o assunto, há tendência na ampliação do controle da Administração pelos tribunais em se tratando de conceito jurídico indeterminado. Nesse caso, o Judiciário analisa os motivos do ato mediante a “teoria do erro manifesto” e à luz do princípio da proporcionalidade.⁵⁴⁷

Quanto ao Direito Espanhol, a autora destaca a doutrina de Eduardo García de Enterría, que trabalha os conceitos jurídicos indeterminados a partir da ideia de zona de certeza positiva e zona de certeza negativa (também incorporada por Celso Antônio Bandeira de Mello). Todavia, diferentemente do que conclui Celso Antônio Bandeira de Mello, para Enterría nem mesmo na zona de incerteza existiria discricionariedade, já que caberia ao Juiz reduzir a incerteza e reconduzir o problema à zona de certeza. Segundo Di Pietro, é este o pensamento dominante nos tribunais espanhóis.⁵⁴⁸

Ao descrever as duas posições fundamentais a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados (a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração e a dos que entendem que sim), a autora defende a diferenciação entre conceitos de experiência (ligados a questões técnicas) e conceitos de valor, em que não é possível se chegar uma solução única, hipótese em que haverá discricionariedade para a Administração decidir. Observe:

No caso dos conceitos de experiência ou empíricos, a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Qual a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada em seu sentido usual. (...)

Na hipótese de conceitos de valor, a discricionariedade pode existir ou não, dependendo do resultado da interpretação diante do caso concreto. Pode ocorrer que, terminado o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, positiva ou negativa. Restará uma zona cinzenta em que é preciso reconhecer certa margem de apreciação para a Administração Pública decidir.⁵⁴⁹

Conforme descrito nos diversos textos analisados ao longo deste trabalho, discricionariedade implica fazer escolhas, optando por uma via legal em detrimento de outra via também legal, denominadas indiferentes jurídicos. Trata-se da análise de

⁵⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 118-119.

conveniência e oportunidade nas hipóteses em que o legislador, de forma clara e proposital, deixa ao administrador mais de uma opção.

A partir deste conceito, adota-se como referência para este trabalho a tese apresentada por Florivaldo Dutra de Araújo, Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández e Antônio Francisco de Sousa para sustentar que os conceitos jurídicos indeterminados não deixam margem a discricionariedade para a decisão a ser tomada pelo gestor público. Expressões como “boa-fé”, “caso fortuito e força maior”, “bons antecedentes” e “interesse público”, por exemplo, não admitem duas interpretações juridicamente adequadas. É inegável que existe a chamada “zona cinzenta” da interpretação, para a qual não se tem unanimidade interpretativa, ou seja, nem se tem certeza quanto à aplicação da norma (zona de certeza positiva) nem certeza quanto a sua não aplicação (zona de certeza negativa). Todavia, mesmo nesse caso há um intérprete legítimo da Lei que dará o sentido adequado para o caso concreto. Esse intérprete é, em primeira instância, o administrador público e, na via do controle, o Poder Judiciário.

4.3.3 Controle de juridicidade dos atos administrativos e discricionariedade

Um dos grandes desafios do Direito Administrativo sempre foi estabelecer os limites da discricionariedade e da interpretação administrativa, tratando-se de um movimento histórico. No período do Estado Liberal, o controle em relação aos atos discricionários da Administração era limitado, de forma semelhante ao que ocorria com os chamados atos de império. A partir do século XIX, na França, surgem teorias que defendem o controle de tais atos com base na análise do abuso de poder. Assim, alguns aspectos do ato administrativo discricionário passam a ser objeto de controle.⁵⁵⁰

Nesse sentido, o Conselho de Estado Francês começou a reconhecer a possibilidade de controle dos atos discricionários quanto à competência, quanto à forma e quanto à finalidade para, já no fim do século XIX, admitir a possibilidade de controle de tais atos em decorrência de qualquer violação de lei. Já no pós- Segunda Guerra Mundial, a teoria do controle dos atos discricionários ganha força e passa a ser reconhecida inclusive com base nas violações a princípios gerais do direito.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ ENTRERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 399.

⁵⁵¹ ENTRERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 399-400.

Conforme já destacado neste trabalho, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, ao tratar das transformações pelas quais passou a Administração na mudança do Estado de Direito Liberal para o Estado Social Democrático de Direito, disserta sobre a tendência de atuação da Administração por meio de formas não autoritárias, destacando então a privatização, a contratualização e a tecnicização da Administração, sendo consideradas pontos de fuga em relação ao ato administrativo autoritário. Para entender a ampliação do controle jurisdicional da Administração, a tecnicização do ato administrativo é o ponto principal. Isso porque a utilização da técnica impõe ao administrador o dever de motivar os atos administrativos, de modo que a tomada de decisões passa a não se basear mais na escolha “pura”. Essa redução da discricionariedade permite, assim, o aumento do controle jurisdicional, já que parâmetros técnicos da decisão podem ser judicialmente contestados.⁵⁵²

O controle dos atos administrativos, com base nos princípios, coincide justamente com o surgimento das teorias ligadas ao neoconstitucionalismo. No pós-Segunda Guerra Mundial, o pós-positivismo surge como crítica ao positivismo jurídico, e, no âmbito da ciência do Direito, tem lugar o neoconstitucionalismo.⁵⁵³ Luís Roberto Barroso, ao descrever a evolução desse novo constitucionalismo, explica que o seu marco histórico na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha (1949) e a instalação do Tribunal Constitucional Federal (1951). Ato contínuo, registra-se a Constituição da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional, em 1956, seguida da Corte Constitucional de Portugal (1976) e Espanha (1978).⁵⁵⁴ Esse novo constitucionalismo pós-guerra reconhece força normativa à Constituição e se

⁵⁵² “Este fenômeno de generalização do uso da técnica na actividade administrativa, apresenta igualmente consequências do ponto de vista do controle jurisdicional da Administração. De facto, ‘a tecnicização’ da vida administrativa reduz o âmbito da discricionariedade, o que produz regularidade e previsibilidade mesmo em apreciações não puramente técnicas. A utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública permite, assim, o alargamento do controlo jurisdicional que, não podendo ser igual ao das vinculações legais, possibilita, no entanto, a fiscalização dos casos extremos de má utilização de meios e de conhecimentos técnicos, mediante a via do “erro manifesto” ou da violação do princípio da proporcionalidade.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

⁵⁵³ “O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvimento em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**.: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 300.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 280.

caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética, entre a ciência jurídica e a Filosofia do direito.⁵⁵⁵

Nesse novo paradigma, a conformidade da ação estatal não é avaliada unicamente com base na compatibilidade com a letra da lei, mas, sobretudo, sua adequação aos princípios constitucionais.⁵⁵⁶ É o que se denomina, no âmbito do Direito Administrativo, de juridicidade administrativa, em superação ao princípio da legalidade estrita. Com base nesse paradigma, a atuação da Administração é observada não apenas com a lente da literalidade legal, mas sobretudo com base em sua adequação ao Direito (o que inclui todas as suas fontes, em especial doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito).

No Brasil, o neoconstitucionalismo se apresenta de forma mais evidente com a Constituição de 1988. As principais características desse movimento, resumidas acima como a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais e o reencontro do Direito com a Ética e a Filosofia do direito podem ser detectados no texto constitucional brasileiro, fruto de processo de redemocratização ocorrida após longo período de governo autoritário.⁵⁵⁷

No Direito Administrativo brasileiro, esse movimento foi incorporado pela Lei nº 9.784, de 1999, que estabelece, em seu art. 2º, parágrafo único, que dentre os critérios de atuação, no âmbito dos processos administrativos, está a “atuação conforme a lei e o Direito”.⁵⁵⁸ A juridicidade administrativa impõe análise mais aprofundada do ato administrativo no momento do seu controle, logo não bastará estar compatível com a

⁵⁵⁵ Ibid., p. 284.

⁵⁵⁶ “Contudo, pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, Leis, regulamentos gerais regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (sind na Gesetze und Recht gebunden). Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140-141.

⁵⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.

⁵⁵⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm

literalidade da lei, mas com todo o Direito. Tudo isso torna a tarefa do controle dos atos administrativos uma atividade ainda mais minuciosa.

Seabra Fagundes, um dos precursores no tratamento do controle jurisdicional dos atos administrativos no Brasil, ainda que utilizando-se da concepção clássica de legalidade,⁵⁵⁹ já defendia que a Administração Pública está limitada pela ordem jurídica.⁵⁶⁰ Para ele, a discricionariedade administrativa possui limites, em especial quanto à forma, quanto à competência e quanto à finalidade.⁵⁶¹ O autor cita, nesse sentido, a possibilidade do desvio de finalidade ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, mesmo diante de atos discricionários.⁵⁶²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao citar a evolução do controle da discricionariedade com base no direito Administrativo Francês, explica que o Conselho de Estado Francês, já no século XIX, passou a admitir o controle dos atos discricionários com base no excesso de poder (relacionado, portanto, à competência) e vícios de forma. Ato contínuo, passa-se a reconhecer a possibilidade de controle no que se refere à finalidade, surgindo, pois, a teoria do desvio de poder. Logo após, a teoria dos motivos determinantes também passa a ser fundamento do controle do ato administrativo discricionário, até que, agora, já se passa a admitir o controle com base em princípios, conforme descrito.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Neste sentido, está a crítica feita por Gustavo Binenbojm, atualizador da citada obra do autor, que em nota de atualização do texto aqui citado, escreveu: “O que se verifica é que a visão liberal clássica da legalidade (da qual decorre a concepção de M. Seabra Fagundes) perdeu importância porque, dentre outros motivos, descambou para aspectos meramente formais, tendo o Direito se afastado da consecução da justiça e de outros valores e se fechado em miudezas quanto à forma, dentro de uma concepção que ‘a lei contém todo o direito’”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 118.

⁵⁶⁰ “Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 111.

⁵⁶¹ “Aliás, é ainda de notar que a própria competência discricionária pode ser ora mais, ora menos extensa. Vezes há em que diz respeito à utilidade e oportunidade (motivos do ato administrativo). Algumas vezes refere-se ao modo de agir (objeto ou conteúdo do ato administrativo). Outras vezes, ainda, alcança a ambos simultaneamente. Mas como quer que seja, subsistem mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade etc, vinculando-se à legalidade.” FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 123.

⁵⁶² Ibid., p. 125-126.

⁵⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149.

Quanto aos atos discricionários, nesta seção analisaram-se os elementos dos atos administrativos e a discricionariedade ou vinculação em cada um deles. Concluiu-se que os elementos forma, competência (ou sujeito competente) e finalidade são objeto de amplo controle, uma vez que são considerados vinculados para todo e qualquer ato administrativo. Resta a análise da existência de controle sobre os demais elementos do ato administrativo discricionário (objeto e motivo) e como ele se dá.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que tanto o ato administrativo vinculado quanto o discricionário estão sempre sujeitos a controle, vez que mesmo nesse último há controle jurisdicional ao menos quanto aos elementos forma, sujeito (competência) e finalidade, pois há vinculação. Resta analisar a possibilidade de controle do ato administrativo quanto ao conteúdo (ou objeto) e motivo.

Ao discorrer sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández destacam três técnicas de controle do ato administrativo discricionário. Inicialmente, o controle dos elementos vinculados (regrados), o qual não comporta grandes dúvidas.⁵⁶⁴

Como segunda técnica de controle dos atos discricionários, os autores discorrem sobre o controle dos fatos (motivos) determinantes. Nesse ponto, o controle é feito no plano da existência ou não dos motivos que o administrador elenca como determinantes à prática do ato administrativo. Não se trata de controlar a avaliação da realidade feita pela Administração, mas sim de averiguar se os fatos por ela utilizados como fundamento para a prática do ato administrativo ocorreram ou não. Não pode a Administração se basear em suposições, conjecturas ou presunções para a prática de atos administrativos. Deve, outrossim, amparar seus atos em situações reais, motivos (fatos) comprovadamente existentes no plano da realidade.⁵⁶⁵

Por fim, destacam os autores a possibilidade de controle dos atos discricionários com base nos princípios gerais de direito. Não se trata de substituir o critério utilizado pela Administração pelo critério próprio e pelo objetivo do juiz, uma vez que essa operação representaria, tão somente, retirar a discricionariedade das mãos da Administração e transferi-la para o julgador. Trata-se, no entanto, do escrutínio do ato administrativo, de modo a encontrar uma explicação objetiva por meio da qual se expressa um princípio geral de direito.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Ibid., p. 401.

⁵⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 405.

⁵⁶⁶ Ibid., p. 410.

Eberhard Schmidt-Abmann, ao tratar da discricionariedade administrativa, defende ser ela um conceito jurídico e não “configuração política”. Por esse motivo, há diversas diretrizes jurídicas que necessitam ser respeitadas para atuação da Administração no âmbito da discricionariedade. Defende que, embora se trate de um modelo jurídico que se pautar por uma maior abertura, a atuação autônoma da Administração nesses casos deve se orientar pela lei. Assim, o exercício racional da discricionariedade deve considerar alguns critérios: o processo decisório deve ser transparente; os fatos nos quais se baseia a decisão devem levar em conta a ponderação; ao tomar a decisão, deve o gestor público incorporar outros elementos de juízo, muitas vezes implícitos no poder discricionário, tais como otimizar vantagens e minimizar inconvenientes; realizar análise de valoração técnica com base na ciência.⁵⁶⁷

Gustavo Binenbojm, ao tratar do controle dos atos administrativos, defende que a partir da ideia de juridicidade administrativa não cabe mais falar em dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados. Estando a Administração Pública vinculada aos princípios constitucionais (juridicidade administrativa), haveria graus de vinculação e discricionariedade em todos os atos administrativos.⁵⁶⁸

O autor defende que o controle do mérito dos atos administrativo segue uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:

O mérito – núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:

a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);

⁵⁶⁷ SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNÉS, Javier. **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Derecho Global, 2006. p. 15-132.

⁵⁶⁸ “Nos últimos anos, vem-se observando no Brasil o delineamento da doutrina que admite uma esfera de discricionariedade justificável, diante do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos aos quais a atuação discricionária da Administração Pública estaria diretamente vinculada”. A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos”. BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.

- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).⁵⁶⁹

Assim, os atos vinculados por regras teriam maior incidência de controle por parte do Poder Judiciário e órgãos de controle. Já no caso dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados o controle é menos intenso, sendo ainda menor em relação aos atos vinculados diretamente por princípios.⁵⁷⁰ Conclui o autor que não se pode falar em conveniência e oportunidade fora dos limites constitucionais, sendo possível o controle do mérito quanto aos aspectos da moralidade, da proporcionalidade e da eficiência.

De forma similar, André Saddy trata da distinção entre os limites postos à discricionariedade administrativa, havendo limites negativos e limites positivos. Os limites negativos são aqueles que não estão contemplados na norma (seja em matéria de discricionariedade ou de interpretação). Já os limites positivos são os parâmetros estabelecidos, pela legislação ou pelo próprio administrador, para que a discricionariedade e a interpretação sejam exercidas. Nesse sentido, o autor defende que o ideal é que se criem limites positivos, tornando viável o controle da discricionariedade e da interpretação administrativa.⁵⁷¹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as limitações da discricionariedade são facilmente identificáveis quando reguladas pela lei. Todavia, a própria limitação pode corresponder a um conceito jurídico indeterminado, já que na atual quadra interpretativa do Direito Administrativo se admite o controle com base em princípios, tais como interesse público, razoabilidade e moralidade. Aduz a autora que inicialmente o princípio da legalidade poderia ter a feição que interessava ao Estado Liberal do século XIX, quando imperava o positivismo jurídico. Porém, a exigência de conformidade da Administração Pública com a lei e com o Direito, própria do pós-positivismo, conforme já se destacou, faz com que a discricionariedade seja limitada e até eliminada diante do caso concreto.⁵⁷² A autora conclui por defender que o Poder Judiciário não pode mais “cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato

⁵⁶⁹ Ibid., p. 209-210.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 229.

⁵⁷¹ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 154.

⁵⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.

administrativo, pois terá que confrontá-los com valores consagrados como dogmas na Constituição”.⁵⁷³

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o controle dos atos administrativos discricionários reconhece a possibilidade de controle do motivo do ato administrativo sob a perspectiva dos princípios, tais como razoabilidade, proporcionalidade,⁵⁷⁴ lealdade, boa-fé e igualdade.⁵⁷⁵ O autor defende a necessidade de se avaliar o caso concreto para se delimitar a extensão da discricionariedade. Assim, a liberdade outorgada pela lei, no âmbito abstrato, não define o limite da discricionariedade administrativa, já que em alguns casos uma solução pode ser adequada e em outros não. O controle do ato deve ser feito diante do caso concreto, de modo que somente não deverá atuar diante de situações em que o gestor público se encontrava diante de alternativas igualmente razoáveis, já que nesse caso seria impossível detectar qual seria a solução mais adequada. Todavia, quando a conduta adotada for considerada objetivamente inadequada de acordo com a finalidade da lei, caberá a atuação do controle para sua anulação.⁵⁷⁶ Além disso, o autor defende que cabe análise quanto ao conjunto de circunstâncias fáticas (motivo), para avaliar se elas “afunilaram” ou até suprimiram a discricionariedade.⁵⁷⁷

No mesmo sentido, Agustín Gordillo defende que o juiz não pode anular ato discricionário quanto ao objeto, visto que esse está dentro da liberdade dada ao administrador. Todavia, explica o autor que há possibilidade de análise dos fatos (motivos) do ato pelos órgãos de controle. Ele estabelece que nos casos das faculdades reguladas, poderá haver anulação pelo Poder Judiciário. Havendo a lei

⁵⁷³ Ibid., p. 265.

⁵⁷⁴ “Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo conduto para a Administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando – conforme se viu – a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade. Também não poderiam admitir medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias que suscitaram o ato – e, portanto, assintônicas com o fim legal – não apenas porque conduta desproporcional é, em si mesma, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um extravasamento da competência”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-97.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 98.

⁵⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

⁵⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

estabelecido parâmetros para atuação da Administração, no caso dos fatos não corresponderem à realidade, ele poderá ser anulado.⁵⁷⁸

Florivaldo Dutra de Araújo, por sua vez, defende que todo e qualquer ato administrativo está sujeito a controle pelo Poder Judiciário, inclusive o discricionário.⁵⁷⁹ Estando a decisão administrativa dentro das hipóteses válidas perante a norma, o Judiciário manterá o ato. No entanto, se o ato praticado não estiver entre as hipóteses legais possíveis de serem eleitas pelo administrador, o juiz determinará a anulação do ato, sem praticá-lo no lugar do administrador. Restará para a Administração a prática de novo ato administrativo, utilizando-se de sua competência discricionária, sem que o Judiciário o tenha substituído na avaliação de conveniência e oportunidade.⁵⁸⁰ O autor destaca, ainda, o papel fundamental da motivação para que o controle seja possível. Para ele, “quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação faz-se necessária ao seu controle e, pois, à sua validade”.⁵⁸¹

Ainda a respeito do controle dos atos administrativos discricionários, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, conforme já se discorreu ao tratar dos elementos do ato administrativo, faz a distinção entre conveniência e oportunidade do ato administrativo. A conveniência e a oportunidade estão inseridas no mérito do ato administrativo, respectivamente no objeto e no motivo do ato administrativo e, para cada um deles, há o estabelecimento de alguns limites, os quais estão sujeitos a controle. Portanto, pode-se afirmar que quanto a estes limites estabelecidos para a conveniência (objeto) e oportunidade (motivo) é cabível o controle do ato administrativo discricionário. Neste sentido:

O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundamentos em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade

⁵⁷⁸ “En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto em lo que concierne al objeto, pues la ley há entendido dejar libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida; en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley há precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debió obrar en tal o cual sentido, el juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 1. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. X-18.

⁵⁷⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 133.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 134.

⁵⁸¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 135.

de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário.

O que se defere ao Judiciário é, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o controle de legalidade – um poder-dever que lhe é próprio.⁵⁸²

A defesa do autor é que, apesar de se tratar do mérito do ato administrativo, em suas razões de conveniência e oportunidade, há limites que decorrem do ordenamento jurídico e que não podem ser postos de lado no exercício do controle do ato administrativo. Desse modo, com base no que se viu de grande parte da doutrina, já está ultrapassada a ideia da não sindicabilidade do ato administrativo discricionário, inclusive quanto ao mérito e quanto às razões de conveniência e oportunidade. A evolução da ideia de legalidade estrita para a juridicidade administrativa faz com que a análise dos atos administrativos se dê de forma muito mais ampla do que anteriormente se admitia, avançando as técnicas de controle também em relação ao conteúdo e ao motivo do ato administrativo.

4.3.3.1 Controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários a partir da teoria da autovinculação administrativa

Eurico Bitencourt Neto trata a respeito da admissão de autovinculação concertada no âmbito da discricionariedade administrativa. Explica o autor que essa autovinculação é a *“autocontenção voluntária da Administração, podendo ser feita com a fixação de parâmetros e critérios decisórios gerais e abstratos limitativos dos sentidos possíveis da decisão concreta”*.⁵⁸³ Defende que mesmo diante da discricionariedade administrativa, a Administração pode adotar condutas que lhe coloquem em situação de vinculação, como é o caso de precedentes administrativos e hipóteses de concertação administrativa já praticadas.

Assim, o autor analisa se o exercício de competências discricionárias pode ser predefinido por meio de instrumentos de consensualidade. A adoção da autovinculação, para o autor, apresenta diversas vantagens:

As vantagens da autovinculação, em sentido geral, são diversas: a) assegura maior certeza, previsibilidade e segurança; b) mitiga os riscos para a igualdade de aplicação das normas jurídicas que decorrem das decisões casuístas, valorizando a tutela da confiança dos cidadãos; c) contribui para a

⁵⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 85.

⁵⁸³ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**.: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 270.

simplificação administrativa; d) é fator de celeridade; e) proporciona maior transparência do processo de formação da decisão administrativa; f) prestigia a imparcialidade administrativa.⁵⁸⁴

Por outro lado, destaca que a autovinculação pode representar ofensa à legalidade, por gerar eliminação da discricionariedade, que foi atribuída pelo legislador ao administrador público. Para que tal ilicitude seja afastada, ele defende que a autovinculação deverá preencher alguns requisitos:

a) os critérios de predeterminação do sentido das decisões não podem ser imutáveis, admitindo-se a autodesvinculação; b) a autovinculação não pode significar, em tese, a eliminação da margem de livre decisão administrativa; c) a autovinculação não dispensa o administrador de verificar a possibilidade de o caso concreto ser atípico, isto é, não se enquadrar nos critérios predeterminados. Observadas tais condições, a autolimitação administrativa ainda significará uma forma de exercício da discricionariedade.⁵⁸⁵

Antônio Francisco de Sousa também trata do princípio da autovinculação administrativa como um dos critérios para o controle jurisdicional da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Segundo ele, a conduta administrativa anterior condiciona a atual e a futura em casos idênticos, tratando-se de princípio que decorre da imparcialidade e da isonomia que devem estar presentes nos atos administrativos.⁵⁸⁶

André Saddy, ao analisar as divergências existentes a respeito da possibilidade ou não de a Administração se autovincular, entende pela sua possibilidade. O autor destaca que a Administração pode estabelecer princípios, diretrizes ou modelos para resolução de casos, com autolimitação de seus poderes discricionários. Desse modo, na atuação perante o caso concreto, a Administração deve adotar a orientação decorrente da autolimitação administrativa ou motivar o seu afastamento no caso concreto. O autor ressalta a aplicação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, visto que o agente público não pode agir de forma diferente perante situações iguais, sob pena de ofensa aos aludidos princípios.⁵⁸⁷

A respeito da vinculação aos precedentes administrativos como espécie de autolimitação administrativa, o autor cita Eva Desdentado Daroca, quem reafirma a

⁵⁸⁴ Ibid., p. 270.

⁵⁸⁵ Ibid., p. 273.

⁵⁸⁶ SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 232.

⁵⁸⁷ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018 .p. 148.

necessidade de decisões similares para casos de conteúdo similar. Ao resolver um caso em um determinado sentido, a Administração cria determinada expectativa em quem esteja em situação idêntica de que a decisão será a mesma. Adotar decisão diferente viola diversos princípios gerais de direito, em especial a confiança legítima e a segurança jurídica.⁵⁸⁸

Ao tratar do tema, José Manuel Sérvulo Correia trata da importância em se distinguir a renúncia quanto ao exercício do poder discricionário da antecipação quanto ao sentido de uma certa decisão ou conjunto de decisões. A discricionariedade outorgada pelo legislador trata-se de um poder-dever para que o administrador possa conformar sua decisão ao concreto. Todavia, o autor defende que, tendo o poder público em suas mãos elementos suficientes para caracterização da futura decisão administrativa discricionária, ele pode estabelecer, de antemão, o sentido que a decisão terá sem que isso represente renúncia ao poder discricionário. Além disso, também pode ocorrer que uma determinada diretiva aplicada frequentemente sirva de parâmetro para casos concretos idênticos, somente podendo a referida diretiva ser afastada mediante justificativa plausível. Além disso, o autor destaca que essa definição prévia do conteúdo de decisões discricionárias pode ser feita tanto por meio de ato quanto contrato administrativo.⁵⁸⁹

No mesmo sentido é o posicionamento de Paulo Otero, para quem a predeterminação do poder discricionário ou sua autolimitação, no âmbito administrativo, também são formas de exercício da discricionariedade. Para o autor, a autovinculação administrativa pode se dar por meio de mecanismos normativos, como os regulamentos, ou mecanismos não normativos, como é o caso dos acordos endoprocedimentais (acordos que definem o conteúdo discricionário de uma futura decisão unilateral) e o poder de direção dos superiores hierárquicos que determinam decisões discricionárias a serem tomadas por seus subordinados.⁵⁹⁰

Adota-se aqui o entendimento de que a autovinculação não enseja ilegalidade. Na verdade, a existência da discricionariedade não é a outorga de uma liberdade

⁵⁸⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva. **Discrecionalidad administrativa y planeamento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial**. 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 184. *Apud* SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p. 149.

⁵⁸⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2013.p. 750.

⁵⁹⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 854 – 857.

pessoal ao administrador público, que seria amparada por um manto protetor em desfavor do controle. A discricionariedade trabalha em favor da melhor solução a ser tomada no caso concreto e é por esse motivo que a lei deixa a margem de escolha nas mãos do administrador, e não para lhe conferir liberdade pessoal de escolha. Como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a autonomia da vontade é reservada ao âmbito do direito privado, enquanto no âmbito do Direito Administrativo prevalece a finalidade da norma. Neste sentido:

Não há como correr-se de erronias na matéria sem se aperceber que a discricionariedade na regra de direito é apenas uma suposição, pois só irrompe ante o caso concreto, só se revela e se dimensiona à vista dele e que, de conseguinte, o juiz necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia “in casu”, real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o fato efetuou.

Seria enganoso supor que este tipo de exame implicaria agravar a liberdade conferida pela lei ao administrador. Passa-se que a liberdade que a regra lhe enseja nada tem a ver com a autonomia da vontade, própria do direito privado, segundo a qual o sujeito age se quiser e conforme queira, contanto que não transgrida a lei. A “liberdade” do administrador na discricionariedade é de outra natureza, porque assentada em outros fundamentos e animada por outro escopo, visto que concerne ao exercício de uma função: a administrativa. Donde, por ser função, o que está em pauta é a irrogação de um poder a ser exercido à conta de dever e no interesse alheio: in casu, o da coletividade. Trata-se, pois, de um poder-dever, como muitas vezes se diz, ainda que melhor coubesse a expressão “dever-poder”, pois este último tem caráter instrumental, constituindo-se apenas e tão somente no meio necessário para o atendimento do encargo de bem curar o interesse público.⁵⁹¹

A teoria da autovinculação administrativa relacionada a atos administrativos discricionários deverá ser levada em conta neste trabalho no momento de se analisar se há ou não autonomia na celebração de acordos substitutivos de sanções administrativas no âmbito contratual e, caso se reconheça alguma discricionariedade, se, ainda assim, estaria ela sujeita a controle em atenção a possível autovinculação administrativa. Como bem ressalta Eurico Bitencourt Neto no posicionamento já citado, a vinculação da Administração não se dá apenas pela criação de um padrão de resposta por meio da norma, mas também por seus posicionamentos e precedentes administrativos. Sendo a substituição da sanção por atos de consensualidade um comportamento padronizado da Administração, é possível que sua não utilização seja objeto de controle pelo Poder Judiciário.

⁵⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212. abr./jun. 1998.p. 49-56.

No âmbito dos atos discricionários há, para o particular, certa insegurança jurídica quanto à prática do ato, sobretudo quando a lei adota expressões como “a critério da Administração” ou “poderá a Administração”. A teoria da autovinculação impõe que a Administração observe os seus próprios precedentes administrativos, adotando postura coerente e isonômica quando já tiver se decidido o assunto. Da mesma maneira, adoção de práticas concertadas em determinada matéria poderá vincular a Administração a adotá-la em outras situações idênticas, mitigando-se ou eliminando-se a margem de discricionariedade.

Andreas J. Krell, trata em seu livro “Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados” da forma como o Direito Administrativo alemão vem enfrentando a questão do controle dos atos administrativos discricionários. Ele afirma que, na Alemanha, está sendo mais aceita a chamada “teoria da transferência normativa de poderes”. Por meio dela, se analisa qual é a abrangência da discricionariedade que foi transferida à Administração Pública.⁵⁹² Nesse sentido, o controle jurisdicional da decisão administrativa somente deveria atuar quando se puder obter, com a decisão judicial, qualidade material pelo menos igual à decisão da Administração. Justifica-se esse posicionamento no sentido de que por vezes, decisões técnicas e que exigem alta especialização são mais bem decididas pela Administração Pública diante do caso concreto.⁵⁹³ Assim, a Alemanha tem criticado fortemente o exagero da intensidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.⁵⁹⁴

Krell descreve também a “teoria dos vícios de discricionariedade” desenvolvida na Alemanha, que podem levar à anulação do ato administrativo:

A partir deste dispositivo, doutrina e jurisprudência germânicas desenvolveram a teoria dos “vícios de discricionariedade” (Ermessensfehler), os quais devem levar à anulação do ato. O primeiro desses vícios é a chamada “transgressão dos limites do poder discricionário” (Ermessensüberchreitung), em que a autoridade escolhe uma consequência

⁵⁹² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados:** Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.p. 63.

⁵⁹³ “Nessa senda, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’ entre o Executivo e o Judiciário, que deve levar em conta a específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas sobretudo das mais complexas e técnicas. O controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até onde se possa esperar da decisão judicial uma ‘qualidade material pelo menos igual’ à da decisão administrativa que se pretende corrigir”. Ibid., p. 65.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 66.

jurídica não prevista ou pressupõe erroneamente a existência de fatos, os quais abririam o exercício da discricionariedade. Na prática, este erro é relativamente raro. Por outro lado, poderá haver um “não exercício do poder discricionário” (Ermessensnichtgebrauch), quando o órgão se julga “vinculado” pela lei, a qual, na verdade, abre liberdade de decisão, fato este que pode ser provocado também por uma investigação deficiente dos próprios fatos do caso.

O vício mais comum (e mais discutido) é o “desvio de poder discricionário” (ermessensfehlgebrauch), que incide nos casos em que a autoridade não se deixa dirigir pela finalidade prescrita, viola os princípios constitucional-administrativos ou direitos fundamentais, com a igualdade e a proporcionalidade”.⁵⁹⁵ P. 80.

Nessas hipóteses, haveria incidência do controle jurisdicional em relação à decisão discricionária, ainda que se trate do mérito do ato administrativo.

Em matéria de controle judicial dos atos administrativos, o autor cita também a teoria da “redução da discricionariedade a zero”, hipótese em que mesmo diante de ato discricionário somente uma única decisão se mostra possível. Segundo ele, tal fenômeno pode ocorrer em virtude de comportamento anterior da Administração, que tendo decidido casos idênticos em situação anterior, não pode decidir de forma diferente.⁵⁹⁶ Esse aspecto coincide com a defesa feita por Eurico Bitencourt Neto a respeito da teoria da autovinculação administrativa, anteriormente exposta.

André Saddy também trata da teoria alemã de redução da discricionariedade a zero ou a um. Segundo o autor, essa teoria se baseia no fato de que a discricionariedade contida na norma em abstrato abrange, em regra, várias possibilidades de decisão. Todavia, no caso concreto pode-se chegar a uma única solução possível, criando vinculação para o órgão decisor, visto que não obstante existirem várias decisões, uma única se amolda ao caso concreto. Assim, nestas situações, a discricionariedade somente existe no plano abstrato, ganhando caráter de vinculação mediante sua aplicação ao caso concreto.⁵⁹⁷

Ainda segundo o mesmo autor, no que se refere à possibilidade de controle dessa decisão pelo Poder Judiciário, também terá que ser avaliado pelo julgador o caso concreto e a análise feita pela Administração, analisando se a discricionariedade existente no plano abstrato permanece no caso concreto. Se dentre as potenciais

⁵⁹⁵ **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados:** Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 80.

⁵⁹⁶ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados:** Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.p. 82.

⁵⁹⁷ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública.** 2 .ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 156-157.

decisões, apenas uma se mostrar possível perante o caso concreto, o julgador poderá não só anular a decisão tomada, mas determinar que se adote a decisão adequada ao caso. Caso contrário, se o que for detectado é que aquela decisão administrativa não era adequada, mas que existem mais de uma decisão possível, então o julgador poderá anular a decisão administrativa, mas não poderá decidir no lugar do administrador, outorgando a ele o dever de adotar nova decisão em lugar daquela que foi anulada.⁵⁹⁸

De forma geral, é possível observar que a maioria dos autores aqui citados defendem a necessidade de controle judicial da discricionariedade, ainda que se trate do mérito do ato administrativo. Conforme demonstrado ao longo desta seção, não se tem dúvida de que há graus de controle do ato administrativo discricionário, sendo que quanto aos elementos finalidade, forma e competência o controle é objetivo e, portanto, amplo. Já em relação ao objeto e ao conteúdo (mérito do ato administrativo), a partir do princípio da juridicidade administrativa, oriundo da teoria pós-positivista e neoconstitucionalista, os princípios constitucionais e gerais do direito são fundamento para o controle da discricionariedade no que se refere à razoabilidade, à proporcionalidade e à adequação do ato ao que prevê a lei que lhe outorgou a discricção.

Interessante contribuição vem, ainda, de novos posicionamentos da doutrina alemã, citada por Andreas J. Krell, que defende a necessidade de análise no caso concreto de quem possui melhores condições de avaliar determinados assuntos tecnicamente, devendo a intervenção judicial ser evitada sempre que a técnica utilizada pela Administração não admita intervenção de outro Poder.

Para o desenvolvimento deste trabalho, será relevante a teoria da autovinculação administrativa como limitadora da discricionariedade, especialmente no que se refere aos acordos substitutivos da sanção. Fundamentam essa posição Eurico Bitencourt Neto, que trata expressamente da autovinculação administrativa por ocasião da adoção de práticas concertadas em substituição ao ato administrativo, e também Andreas J. Krell, ao tratar da teoria da “redução da discricionariedade a zero”, a qual estabelece que comportamentos anteriores da Administração podem vinculá-la para outras decisões futuras quando se tratar de hipóteses semelhantes, estando a decisão, pois, sujeita a controle judicial.

⁵⁹⁸ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p. 218.

4.4 Instrumentos de garantia de segurança jurídica da atividade sancionatória contratual e discricionariedade administrativa

Nos tópicos anteriores, chegou-se a algumas conclusões a respeito das normas que estabelecem sanções administrativas: (a) a tipicidade no Direito Administrativo sancionador não possui a mesma conotação que no direito penal, já que normas sancionadoras em branco poderão outorgar aos regulamentos administrativos a definição da infração (tipicidade flexível ou por remissão), com a ressalva de que as sanções a serem aplicadas necessitam ser ao menos elencadas na lei, em atenção aos princípios da legalidade e da segurança jurídica; (b) os atos administrativos não podem ser subdivididos de forma binária entre atos discricionários e atos vinculados, visto que mesmo os atos administrativos discricionários estão sujeitos a graus de vinculação que varia de acordo com cada um dos elementos do ato administrativo; (c) a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, contidos nas normas sancionatórias ou em quaisquer outras normas, não comporta discricionariedade, sendo considerada atividade jurídica vinculada da Administração; (d) os atos administrativos discricionários estão sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sendo resguardados alguns aspectos que não são sindicáveis; ainda quanto a esses aspectos reservados à conveniência e oportunidade da Administração, deve haver a adequada motivação para que possa ser feita a análise da compatibilidade dos motivos com a motivação, a razoabilidade e a proporcionalidade.

A tipicidade flexível ou por remissão também pode ser encontrada nas sanções decorrentes de contratos administrativos, visto que a definição das infrações, na maioria dos casos, depende da complementação de atos regulamentares. A legislação estabelece apenas tipos infracionais gerais e as sanções a eles aplicáveis, cabendo aos regulamentos administrativos completarem a tipificação, especificando as hipóteses que se encaixam na regulamentação geral.

Quanto a esse aspecto, destaca-se que a atividade de sancionar, no âmbito dos contratos administrativos, contém também natureza de atividade de gestão. A decisão administrativa quanto às hipóteses que devem levar a rescindir ou não um contrato, aplicar uma multa branda ou vultosa em desfavor do particular contratado ou, até mesmo, o prazo para restringi-lo de participar de licitações e contratos, é decisão que não tem meramente caráter punitivo, mas tem também natureza de gestão, conforme já se sustentou na seção 3. Trata-se, inclusive, de regulamentação técnica que pode variar de acordo com a natureza das obrigações assumidas no contrato.

No direito penal, matar alguém sempre vai representar a violação de um bem jurídico de mesmo valor (vida), bem como subtrair algo de outrem (patrimônio). Em outras áreas do Direito Administrativo Sancionador pode ocorrer o mesmo, como é o caso do regime disciplinar dos servidores públicos, em que causar danos ao erário, faltar ao trabalho ou desobedecer à hierarquia são sempre bens jurídicos de mesmo valor. De igual modo pode-se detectar no caso do direito regulatório, quando se estabelece que a violação ao meio ambiente está sujeita a uma determinada sanção.

Porém, quando se fala de sanções contratuais o tipo de obrigação assumida pode modificar a gravidade da sanção. Por um lado, para alguns contratos, o atraso de entrega de 20 ou 30 dias pode ser algo que não prejudica em nada o interesse público, como por exemplo, a entrega de uma grande obra que durou dois anos. Por outro lado, para um contrato de fornecimento de medicamentos, como, por exemplo, a entrega de oxigênio em um hospital público, o atraso de horas pode representar o sacrifício de vidas humanas, o que demandará a aplicação de penalidades gravíssimas. Portanto, no âmbito do regime de contratos administrativos é possível, e até recomendável, que a previsão específica das sanções se dê no âmbito de regulamentos ou, até mesmo, no próprio contrato administrativo.⁵⁹⁹

A legislação brasileira transfere competência regulamentar das sanções administrativas decorrentes de contratos administrativos para a Administração. A lei deixou espaços de regulamentação muito amplos, que necessitam ser complementados por regulamentos e normas administrativas integradoras com o objetivo de garantir maior objetividade na atividade sancionatória. Deve então a doutrina traçar os parâmetros para que esse objetivo seja atendido.

Sobre essa transferência da tipicidade para a regulamentação administrativa e dos espaços amplos de deliberação, Alejandro Nieto explica que o mais comum é que as infrações e sanções sejam estabelecidas em classes. Ou seja, que sejam estipuladas as classes de sanções graves, médias e leves (com gradações no número

⁵⁹⁹ Sobre a natureza de gestão da atividade administrativa sancionadora, disserta Alejandro Nieto: “Por lo pronto se están confundiendo los papeles del juez y de la autoridad administrativa sancionadora cuando se pretende que ambos actúen de la misma manera, es decir, como meros aplicadores de la ley situados fuera de ella. Oprque es el caso que si el juez no hace outra cosa certamente que aplicar a la ley, los órganos administrativos gestionam intereses generales, y es cabalmente al hilo de esta tarea administrativa material cuando surge la sancionadora ya que es inimaginable como actividad desconectada de la gestión. Pues bien pese a estas diferencias notorias, com el principio objetivo de la legalidade queda asimilado el funcionario sancionador al juez en cuanto que se pretende que aquél también aplique la ley “objetivamente”, es decir, desconectando-la de la gestión que previa o simultáneamente venía realizando. La potestade sancionadora se corporeiza y gana autonomia al quedar separada de la referencia matriz de la gestión administrativa (no ya simplemente de la Policia).” NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 163.

de classes em cada ordenamento jurídico), além de serem também estipuladas as infrações da mesma forma. A um grupo de infrações (grave, média ou leve) corresponde um grupo de sanções (grave, média ou leve). A correlação entre uma e outra é feita pela Administração.⁶⁰⁰

Assim, em situações como essa, o autor descreve procedimento a ser observado pela Administração na aplicação da sanção: (a) primeiramente, deve fazer a subsunção dos fatos a um tipo de infração; (b) em seguida, fazer a subsunção da infração a uma classe de sanção estabelecida em lei; (c) fazer a correlação entre a classe de sanção e a classe da infração; (d) atribuir à sanção uma infração específica pertencente à sua respectiva classe.⁶⁰¹

Ao tratar dessa operação, o autor enfrenta o debate a respeito da existência ou não de discricionariedade na aplicação de sanções administrativas. Destaca a complexidade do tema e a controvérsia existente na jurisprudência da Espanha sobre o assunto, com predominância pelo reconhecimento da existência da discricionariedade administrativa. O autor reconhece que há certa margem de discricionariedade na graduação da sanção pela Administração, a qual deve ser exercida respeitando-se os princípios gerais do direito, em especial a isonomia, a proporcionalidade e o dever de motivação das decisões.⁶⁰²

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que nesse caso se trata da chamada regulamentação executiva, e ela ocorre quando “determinadas leis pressupõem uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente”.⁶⁰³ O autor explica que esse regulamento pode incidir em duas situações: onde houver espaço para uma atuação administrativa; onde houver liberdade administrativa a ser exercida (discricionariedade). Isso porque quando a lei já estipulou um único comportamento possível, não há necessidade de regulamentação. A importância do regulamento está, pois, na necessidade de se estabelecer critério único para as decisões administrativas sobre um determinado assunto, sob pena da mesma lei ser executada com critérios distintos.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Idem, p. 512.

⁶⁰¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2018. p. 511.

⁶⁰² Idem, p. 522.

⁶⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 389.

⁶⁰⁴ Idem, p. 290.

Na mesma direção do citado autor, Marcelo Madureira Prates também defende a existência de discricionariedade na aplicação das sanções administrativas. Segundo ele, nas três fases de aplicação da penalidade é cabível a análise de conveniência e oportunidade. Na fase de apuração do ilícito, pode a Administração deixar de iniciar o procedimento quando entender que os elementos que possui indicam “a existência de outros interesses públicos preponderantes sobre o interesse público sancionador (...)”.⁶⁰⁵ O autor também defende que, ainda durante o curso do processo, caso surjam elementos que demonstrem a inconveniência na continuidade do procedimento, ele pode ser arquivado. Ao final, mesmo depois de apurado o ilícito e verificada a sua ocorrência, se houver interesse público que colida com a aplicação da sanção, ainda assim poderá, mediante análise de conveniência e oportunidade, afastar a incidência da sanção. Segundo o autor, não seria propriamente uma absolvição do infrator, mas, tão somente, a não aplicação da sanção por uma ponderação de interesses e razões de conveniência e oportunidade.⁶⁰⁶

A questão da existência ou não de discricionariedade na aplicação da sanção administrativa é complexa e há vozes nos dois sentidos. Em sentido oposto ao que defendem os autores está a posição de Luiz Manoel Fonseca Pires, para quem não há que se falar em qualquer discricionariedade na aplicação de sanções, tratando-se unicamente de atividade interpretativa de conceitos jurídicos indeterminados.⁶⁰⁷ Quanto às normas em branco, o autor também sustenta não se tratar de discricionariedade administrativa, mas sim de regulamentação de aspectos técnicos da norma, “cujos céleres avanços da ciência são incompatíveis com o lento processo legislativo”.⁶⁰⁸

Sirlene Nunes Arêdes também rejeita a ideia da existência de discricionariedade administrativa na aplicação de sanções administrativas. Para a autora, no exercício do poder de polícia estão englobadas as atividades de aplicação de medidas cautelares, fiscalização, imposição de execução de sanções, somente

⁶⁰⁵ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 69 – 70,

⁶⁰⁶ Idem, p. 70.

⁶⁰⁷ “Não há discricionariedade administrativa junto ao Direito Administrativo Sancionador porque os conceitos utilizados, ou bem para a descrição de infrações como hipóteses de fato, ou bem para a relação de sanções possíveis como finalidade da norma jurídico-administrativa, devem ser, como todos os conceitos jurídicos, simplesmente interpretados”. PIRES, Luís Manuel Fonseca. Interpretação jurídica e o Direito Administrativo Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coordenador). **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 544.

⁶⁰⁸ Idem, p. 546.

podendo se reconhecer discricionariedade na fixação de medidas cautelares e no exercício da fiscalização. No âmbito da imposição e execução de sanções não há que se falar em discricionariedade, visto estarem tais atividades vinculadas ao princípio da tipicidade. A propósito da tipicidade, a autora estabelece que mesmo quando cabe à Administração expedir regulamentos na tipificação das condutas, não haveria discricionariedade, visto que o regulamento vinculará a Administração na imposição das sanções, havendo direito subjetivo dos particulares de serem sancionadas tal como estabelecido em regulamento.⁶⁰⁹

Nesta pesquisa, quanto aos conceitos jurídicos indeterminados já se deixou claro que não existe discricionariedade administrativa, tratando-se de atividade interpretativa que tem natureza de atividade jurídica e vinculada. Todavia, ainda cabe analisar a existência ou não de discricionariedade administrativa nas hipóteses da norma penal em branco, em que cabe à Administração fazer a especificação da tipificação da sanção a ser aplicada no caso concreto.

Para as sanções contratuais, caso a legislação não faça a tipificação detalhada das hipóteses de sua aplicação, limitando-se a criar um tipo sancionador genérico e elencando um rol de sanções a serem aplicadas, alinha-se ao que defende Alejandro Nieto, para se reconhecer que o administrador possui margem de deliberação para decidir, portanto, trata-se de decisão discricionária. Todavia, não se trata de reconhecer liberdade absoluta em se optar por uma decisão ou por outra. As diversas teorias que tratam da discricionariedade procuram traçar linhas demarcatórias quanto ao espaço de deliberação da administração.

No presente trabalho, defende-se que no caso da sanção administrativa decorrente de contratos administrativos, é necessária a redução deste espaço de deliberação da Administração ao máximo, e isso poderá se dar por duas vias: por meio de regulamentos administrativos (tipificação por remissão) ou no próprio instrumento contratual. Em um ou em outro instrumento, devem ser estipuladas as infrações sob as quais recairão uma ou outra penalidade tipificada em lei, garantindo-se, assim, segurança jurídica aos particulares contratados no que tange à aplicação das penalidades.

⁶⁰⁹ ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções.** 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 58.

A atividade sancionatória deve passar, portanto, por dois momentos: (1º) a regulamentação e (2º) a aplicação da sanção. Havendo a tipicidade aberta, e como de fato há no Direito Sancionador brasileiro em matéria de sanções contratuais, faz-se necessário que haja o detalhamento das infrações e das respectivas sanções delas decorrentes. Nesse caso, é possível que a regulamentação seja estabelecida em regulamento próprio ou no instrumento contratual, neste último caso como forma consensual de tipificação da infração e da sanção. Aliás, ainda que seja feito em regulamento, será necessário que seja replicada no âmbito do contrato. A questão que ainda é objeto de controvérsia é a contratualização da fase de aplicação da sanção, o que se discutirá nas seções 5 e 6.

Com efeito, na Lei nº 8.666, de 1993, há a especificação de quatro tipos de sanções: (1º) advertência; (2º) multa; (3º) suspensão do direito de licitar e contratar e (4º) declaração de inidoneidade para licitar e contratar. Porém, a Lei não especifica em que hipótese infracional deve ser aplicada uma ou outra. A única tipificação existente é a “inexecução total ou parcial do contrato” que leva à aplicação de uma das quatro sanções. Ou seja: diante da inexecução contratual a Administração pode ir desde a penalidade de advertência (penalidade mais branda) até a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública (penalidade mais grave). Ficaria ao critério do administrador público fazer a opção por uma delas no caso concreto, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não bastasse essa ausência de tipicidade, em algumas situações há alargada margem de deliberação deixada pela Lei para se fazer a dosimetria da pena, sem que seja estabelecido qualquer parâmetro para que essa proporção seja calculada. Veja-se que o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002⁶¹⁰ estabelece-se que a penalidade de impedimento de licitar e contratar que decorre de descumprimentos contratuais é de “até cinco anos”. Ou seja: fica ao critério do administrador decidir, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, se a penalidade é de um mês ou de 60 meses. No mesmo sentido está a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, prevista no art. 87, III da Lei nº 8.666, de 1993, a qual é estabelecida pelo prazo de até dois anos.⁶¹¹

⁶¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm Acesso em: 05 maio.2020.

⁶¹¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 05/05/2020.

No que se refere à nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativo (Lei nº 14.133, de 2021), houve evolução no que se refere à tipificação legal das penalidades administrativas. Conforme se viu na seção 3, o art. 155 trouxe um rol de infrações que podem ser cometidas pelo licitante e pelo particular contratado. No que se refere ao contrato administrativo, estão especificadas basicamente as seguintes infrações: (a) dar causa à inexecução parcial do contrato (inciso I); (b) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo (inciso II); (c) dar causa à inexecução total do contrato (inciso III); (d) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado (inciso VII); (e) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato (inciso VIII); (f) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato (inciso IX); (g) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza (inciso X); (h) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (inciso XI).⁶¹²

Veja-se que houve uma evolução no que se refere à Lei nº 8.666, de 1993, a qual somente elencava a penalidade a partir de um único tipo infracional: “inexecução total ou parcial do contrato”. Agora, são diversos os tipos infracionais elencados na Lei.

Ainda no sentido de prestigiar o princípio da tipicidade, a nova Lei trouxe a correlação entre os tipos infracionais e as sanções, adotando-se os seguintes critérios nos parágrafos 2º, 4º e 5º do art. 156:

a) a penalidade de advertência aplica-se quando da ocorrência da infração prevista no inciso I (inexecução parcial do contrato sem grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo);

b) penalidade de impedimento de licitar e contratar no que se refere às infrações previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do art.155;

c) penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar no que se refere às infrações previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do art. 155.

Ainda que se reconheça a evolução de uma legislação para outra, persistem hipóteses de tipificação por remissão que deverão ser realizadas por regulamentos ou pelos instrumentos contratuais, a saber: (a) a interpretação do que vem a ser “dano

⁶¹² BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm Acesso em: 17 jul. 2021.

grave” para se qualificar ou desqualificar o enquadramento na penalidade de advertência. Trata-se de conceito jurídico indeterminado e poderá variar a depender da natureza das obrigações do contrato administrativo;(b) a penalidade de multa pode variar de 0,5% a 30% do valor do contrato (art. 156, § 3º da Lei), o que deixa larga margem decisória para a Administração;(c) a penalidade de impedimento de licitar e contratar pode ser de até três anos, o que também deixa ampla margem de decisão para a Administração; (d) a penalidade de declaração de inidoneidade pode ser de três a seis anos, novamente com ampla margem de decisão para a Administração; (e) para as penalidades de advertência e impedimento para licitar e contratar a Lei se utiliza da expressão “quando não se justificar a aplicação de penalidade mais grave”.

Veja-se que a tipificação, embora mais específica que a da Lei nº 8.666, de 1993, ainda vem carregada de conceitos jurídicos indeterminados e de espaços de decisão que são outorgados para a Administração. Não se está aqui sustentando que se trata de uma falha legislativa, até porque já se demonstrou nesta pesquisa que essa é uma característica inerente ao Direito Administrativo Sancionador. O que se busca demonstrar é a necessidade de que as sanções administrativas sejam adequadamente especificadas no âmbito dos regulamentos e, ainda mais especificamente, nos contratos administrativos a serem celebrados.

Também a Lei nº 12.846, de primeiro de agosto de 2013 prevê, em seu art. 6º, a aplicação de penalidade de multa, a qual pode variar, segundo o inciso I, entre “0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa.”⁶¹³ Nesse caso, o faturamento de uma empresa pode variar muito, e a margem de deliberação deixada pela Lei (entre 0,1 a 20%) é muito grande. Assim, fica ao critério do administrador, de acordo com o caso concreto e observados os parâmetros estabelecidos minimamente pela própria Lei em seu art. 7º (devidamente regulamentado pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015⁶¹⁴), estabelecer o limite

⁶¹³ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm Acesso em: 05/05/2020.

⁶¹⁴ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm Acesso em: 05 maio 2020.

da penalidade dentro de uma grande margem de decisão. Tudo isso é causa de insegurança jurídica para o particular-contratado.

Marçal Justen Filho, ao comentar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666, de 1993, sustenta que não é adequado transferir discricionariedade para o gestor público para escolha da sanção cabível. Segundo o autor, a ausência de definição razoável das hipóteses de aplicação de sanções no âmbito dos contratos administrativos não é compatível com o texto constitucional brasileiro. Aponta, como solução para tal dilema a necessidade de atos regulamentares estabelecerem pressupostos básicos do sancionamento, retirando do gestor público a ampla discricionariedade que lhe foi outorgada pelo texto legal.⁶¹⁵

Deste modo, a ideia do autor é exatamente aquela defendida por Alejandro Nieto e adotada no presente trabalho. Nesse caso de tipificação legal muito ampla, o trabalho da especificação da infração deve ser terminado por meio dos regulamentos administrativos ou no âmbito dos próprios contratos, o que se denomina tipicidade por remissão ou indireta. Por seu intermédio, a legislação traça os tipos infracionais gerais e as sanções que poderão ser aplicadas, cabendo ao regulamento e/ou ao contrato estabelecer a tipicidade mais específica.

O que não se pode admitir é que a escolha entre uma sanção ou outra se dê com base em critérios de conveniência e oportunidade no momento da aplicação da sanção, sem critérios objetivos previamente definidos. Beira ao arbítrio se admitir que, diante de uma infração contratual, a Administração possa decidir com base em conveniência e oportunidade se aplicará ou não a sanção, qual delas aplicará e qual será sua gradação. É necessário que existam parâmetros objetivos estabelecidos em

⁶¹⁵ “Ora, afigura-se inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução viola o sistema constitucional. Seria possível apontar um longo elenco de disposições constitucionais infringidas. Porém, bastam os incs. XXXIV e XLVI do art. 5º da CF/1988. Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei. O tema desperta especial atenção no âmbito da Lei 8.666/1993, que contemplou um elenco de sanções, mas não definiu, de modo razoavelmente preciso, as hipóteses de sua aplicação. Defende-se a tese de infração ao princípio da legalidade, sob o fundamento de que não é compatível com a Constituição remeter à discricionariedade administrativa a eleição das infrações e a determinação das hipóteses de incidência de aplicação e punições. A continuidade da situação de omissão legislativa acaba tornando inócuas ponderações tais como essa, na medida em que não é admissível que a lesão aos interesses fundamentais permaneça impune. Cabe apenas os infratores, mas sem prestigiar o arbítrio e a prepotência. A solução consistiria em exigir que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.469.

regulamento próprio que possam balizar a decisão administrativa. Pode se tratar de uma norma administrativa própria (instrução normativa, portaria, Decreto, entre outros) ou pode haver a regulamentação no próprio contrato administrativo. O que importa é que essa regulamentação seja prévia aos fatos e baseada em critérios objetivos, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Portanto, considera-se que o entendimento adequado é que haja discricionariedade quando a Administração cria o regulamento (seja em norma administrativa seja na minuta do contrato) e decide que é mais conveniente ou oportuno aplicar a sanção A quando ocorrer a infração B. Assim, a eleição dos critérios para se escolher entre uma ou outra penalidade no bojo do regulamento pode ser considerada ação discricionária, que levará em conta parâmetros de gestão na definição das graduações regulamentares.

Ocorre que mediante a regulamentação e na ocorrência do caso concreto, não cabe à Administração decidir entre aplicar uma penalidade ou outra por razões de conveniência e oportunidade, mas sim por meio de interpretação jurídica vinculada (à lei, ao regulamento ou ao contrato administrativo). Nesse caso, o que se defende é a possibilidade de a Administração substituir a sanção pelo acordo, conforme se verá nas seções subsequentes.

Destaca-se que, no âmbito dos contratos administrativos, é exigível que os próprios editais de licitação e os instrumentos de contrato façam a definição das tipificações específicas para cada caso. Aliás, trata-se de medida que opera em favor da melhor adaptação das sanções ao caso concreto, sem se descurar da segurança jurídica, a qual exige que a tipificação da infração e da sanção ocorram anteriormente à ocorrência dos fatos.

A propósito, a estipulação de condutas de inadimplência e sanções delas decorrentes no contrato é prática usual, inclusive no direito privado.⁶¹⁶ O tratamento que o Direito Administrativo dá à sanção administrativa como cláusula exorbitante do contrato é, atualmente, criticado pela doutrina. Conforme já destacado na seção 2, Maria João Estorninho e outros autores criticam a ideia de exorbitância do contrato administrativo e, quanto à aplicação das sanções administrativas, a autora afirma que

⁶¹⁶ Neste sentido: ARÊDES, Sirlene Nunes. A tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coordenadores). **Contratos Administrativos: Estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 290.

não há qualquer distinção entre as previstas no direito público e aquelas aplicáveis no direito privado.⁶¹⁷

Nesse sentido, a própria Lei nº 8.666, de 1993, exige, em seu art. 40, inciso III⁶¹⁸ que as sanções para o caso de inadimplemento contratual estejam previstas no edital da licitação. Assim, a própria Lei, embora não tenha feito a tipificação das condutas e das sanções no art. 87, exige que o edital estipule as sanções para o caso de inadimplemento.

Ao mesmo tempo, o § 3º, do mesmo art. 40⁶¹⁹, define o que vem a ser adimplemento contratual, de modo que, estando fora dessas hipóteses, haverá inadimplemento e, portanto, incidência de sanção. Nas hipóteses em que a conduta do particular contratado não se enquadrar na demarcação feita pelo legislador de adimplência, poderá haver incidência de sanção, estando a Administração Pública, nestes casos, autorizada a estabelecer tipos sancionatórios.

Também o art. 55 da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece que o contrato deve conter como cláusula obrigatória “os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas”. Mais uma vez o legislador obriga a Administração a estipular as penalidades que poderão ser imputadas ao contratado no caso de inadimplemento. Deve haver, pois, definição prévia, tanto no edital quanto no contrato, das condutas consideradas de inadimplência e as sanções que delas poderão decorrer. Inclusive quanto à aplicação da penalidade de multa, o legislador exige que sejam estipulados os seus valores.

⁶¹⁷ “De tudo o que ficou exposto pode concluir-se que a referida distinção de Laubadère das três ‘originalidades do regime do poder sancionatório da Administração é, em bom rigor, algo artificial. De facto, não me parece que se possa falar de qualquer alargamento do ‘número e variedade’ de sanções aplicáveis pela Administração, em relação às que existem no direito contratual privado. Antes pelo contrário, pode considerar-se que as sanções típicas do regime do contrato administrativo são, em termos da sua natureza, exactamente iguais às que existem no Direito Privado. Trata-se, sem dúvida, de mais uma ‘exorbitância’ do regime do contrato administrativo que se ‘desmorona’”. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129 – 130.

⁶¹⁸ “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: III - sanções para o caso de inadimplemento;” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Consulta em: 30 maio 2020.

⁶¹⁹ “Art. 40 (...) § 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 2021 – também estabelece, no art. 92, como cláusula necessária do contrato administrativo a “estipulação das penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo”. O que legislador pretende não é apenas que repita no contrato o texto legal, mas que ele efetivamente detalhe a tipificação de acordo com o caso concreto. Trata-se de tarefa que não é viável de ser feita no plano legislativo, seja pela necessidade de adaptação caso a caso seja pela tecnicidade de algumas matérias contratuais. Como já se mencionou, em alguns contratos uma infração específica (como a perda de um prazo) pode ser mais grave em um contrato e em outros pode ser insignificante.

Assim, o legislador estabeleceu as penalidades que podem ser aplicadas ao particular e instituiu como cláusula obrigatória do edital e do contrato a regulação das sanções cabíveis, o que leva à conclusão de que a tipicidade será estipulada pela Administração no âmbito contratual no momento da elaboração desses instrumentos.

A definição da tipicidade das sanções, no âmbito dos contratos administrativos, está alinhada com a ideia de consensualidade e de participação, que são o referencial teórico desta pesquisa. Ao definir a tipificação das sanções no âmbito do contrato administrativo e, ainda, que se trate de contrato por adesão, o particular, ao assinar o contrato, adere a essa tipificação. Afinal, ao analisar a minuta do contrato, que é um anexo do edital de licitação, ele tem a oportunidade de avaliar entre participar ou não do certame, de modo que ao vencer a licitação e assinar o contrato, ainda que de forma menos evidente do que na relação entre particulares, ele manifesta sua vontade de aderir ao que está regulado no documento.

A propósito da regulação administrativa, Sérgio Guerra defende a necessidade de que, no âmbito administrativo, ela deva ser feita da forma mais democrática possível, adotando-se práticas consensuais e não decisões imperativas e unilaterais. Para o autor, a decisão unilateral discricionária, no âmbito da regulação, pode levar a práticas arbitrárias.⁶²⁰ Embora o autor, nesse ponto, trate especificamente da atividade regulatória do Estado, é perfeitamente possível transpor o raciocínio para o âmbito da regulamentação das sanções administrativas. A tipificação da sanção no âmbito do regulamento administrativo, por força de transferência legal, deve respeitar técnicas democráticas e dialógicas, tendo a consensualidade como alternativa preferencial à unilateralidade na definição desses tipos sancionatórios. Portanto, no

⁶²⁰ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 187 -189.

âmbito dos contratos administrativos, preferencialmente deve ser adotada a regulamentação no âmbito dos contratos, tal como já determinam as leis que tratam do assunto.

Além disso, o princípio da segurança jurídica impõe que sejam observados alguns critérios nessa regulamentação. O primeiro deles é que a regulamentação seja sempre prévia aos fatos, seja ela estabelecida no regulamento seja no próprio instrumento de contrato. O segundo é que se garanta, ao máximo, a objetividade da definição, sendo que as decisões tomadas no caso concreto com base nos parâmetros definidos no regulamento devem ser feitas de forma motivada e amparada em fatos objetivamente identificados com o caso concreto (teoria dos motivos determinantes).

Assim, a respeito da ausência de tipicidade no âmbito da aplicação de sanções contratuais, é possível destacar, basicamente, três correntes de entendimento. A primeira, que defende a necessidade de tipificação legal, assim compreendida aquela prevista na lei em sentido estrito. Para autores que seguem esse pensamento, a tipificação por meio de regulamentos já não atende aos postulados do Estado de Direito. A segunda, que sustenta no sentido de que havendo ausência de tipificação no âmbito legal, é papel do regulamento fazê-lo, como forma de garantir segurança às relações. Por fim, a terceira, que tem como representante Alice Voronoff, a qual estabelece que a previsão de certa margem de liberdade para decisão do gestor público colabora com a melhor adequação da decisão ao caso concreto.

Este trabalho defende o entendimento de que mediante a ausência de tipicidade exaustiva no âmbito da lei, como é o caso das sanções em contratos administrativos, há dois momentos distintos no processo de escolha da sanção administrativa: a tipificação no regulamento e a aplicação efetiva da sanção no caso concreto. Quando da tipificação da sanção no regulamento, a Administração fará a especificação de qual sanção aplicar e qual a sua gradação mediante a ocorrência de determinadas infrações, ou seja, fará a correlação entre sanções e infrações. Nesse caso, a escolha entre sancionar com maior ou menor gravidade cada caso é discricionária, visto que será feita análise de conveniência e oportunidade no nível da regulamentação, o que poderá ser feito em instrumento normativo administrativo ou em contrato administrativo.

Destaca-se, também, que além de estar prevista no edital e no contrato, como determina a legislação citada, é possível, e até desejável, que essa tipificação esteja

prevista em regulamento interno da Administração. A definição objetiva das condutas e sanções dentro de regulamento próprio prestigia o princípio da segurança jurídica e evita que haja tratamento diferente entre contratos de mesma natureza, o que violaria o princípio da segurança jurídica e da isonomia.

Além disso, deve ser observada, ainda, a teoria da autovinculação administrativa, tomando como base os precedentes administrativos. A forma como a Administração decide em um ou outro caso deve ser parâmetro que a vinculará para decisões administrativas semelhantes. A autovinculação ou teoria dos precedentes administrativos está ligada aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade, e assegura que a Administração não pode decidir situações idênticas de forma diversa. Esse parâmetro também colabora para a mitigação da arbitrariedade no âmbito da aplicação de sanções administrativas.

Nos contratos administrativos, em atenção ao princípio da consensualidade, a tipificação das sanções deve constar, obrigatoriamente, no instrumento contratual, tal como estipula a legislação, trazendo gradações específicas para as penalidades que tenham consonância com o conteúdo do contrato administrativo e a natureza das suas obrigações. O importante é que essa tipificação seja prévia e objetivamente definida em algum instrumento, seja no regulamento administrativo seja no próprio contrato, o que é mais adequado.

Na seção 5 será analisada a autonomia da Administração na estipulação das cláusulas contratuais em matéria de contratos administrativos, a possibilidade de substituir as sanções administrativas pelos contratos e os direitos subjetivos dos particulares na celebração de acordos em relação aos princípios da consensualidade e participação.

5 REGIME JURÍDICO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE ATIVIDADE SANCIONATÓRIA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1 Evolução do tema dos acordos substitutivos de sanção administrativa no direito brasileiro

A utilização de métodos alternativos de solução de conflitos não é recente no Brasil, embora tenha aumentado nas últimas décadas. Antes mesmo da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro já admitia a desapropriação consensual. Prevê o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 9.282, de 1946),⁶²¹ em seu art. 10, § 2º, a possibilidade de que a fase executória da desapropriação se faça mediante acordo administrativo entre o órgão expropriante e o particular expropriado, em alternativa à judicialização do procedimento. Mais recentemente, a Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019, trouxe a possibilidade de resolução da desapropriação também por meio da mediação ou da arbitragem.⁶²²

No âmbito da Ação Civil Pública, de forma pioneira, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a partir da inclusão pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabeleceu a possibilidade de entidades competentes para proposição da ação civil pública substituírem a judicialização pela celebração de termo de ajustamento de conduta às exigências legais, que tem natureza de título executivo extrajudicial.⁶²³ A medida é consentânea com a ideia de consensualidade e substituição do processo sancionador pelo acordo, como método alternativo à judicialização.

No mesmo propósito, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), trouxe como uma das diretrizes do Direito Processual brasileiro a conciliação. Estabelece no art. 3º, § 2º que o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos “sempre que possível”, e no § 3º o dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a

⁶²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁶²² BRASIL. Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁶²³ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

solução consensual dos conflitos. A norma demonstra a preocupação do legislador brasileiro com a criação de alternativas consensuais de resolução das controvérsias, diminuindo a judicialização e estimulando a pacificação dos conflitos.

No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, não há disposições uniformes a respeito da celebração de acordos substitutivos de ato administrativo. Os métodos de resolução consensual de conflitos surgem inicialmente no direito processual civil e penal e foram incorporados de forma mais lenta ao processo administrativo. Essa lentidão na incorporação dos institutos consensuais deveu-se, especialmente, à resistência na aceitação das práticas consensuais no direito público, a qual se baseava, sobretudo, em suposta violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme já se abordou neste trabalho.

No âmbito das sanções administrativas, o uso de acordos em substituição a atos administrativos unilaterais iniciou-se no direito regulatório, podendo se destacar os acordos de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), previstos inicialmente na Lei nº 4.137, de 1962⁶²⁴ e, posteriormente, na Lei nº 8.883, de 1994. A Lei nº 8.883, de 1993 (já revogada), trazia, em seu art. 35-B, a possibilidade de celebração de acordo de leniência quando da ocorrência de infração à ordem econômica, podendo levar à extinção da ação punitiva ou redução de um a dois terços da pena mediante a colaboração efetiva do infrator com as investigações.

Além disso, o art. 53 estabelecia a possibilidade da celebração de termo de compromisso no âmbito do processo administrativo sancionador. O termo tratava-se de um acordo entre o Cade e aquele que cometeu a infração à ordem econômica. Nesse caso, a celebração ou não do acordo era considerada decisão discricionária da entidade, já que o art. 53, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.482, de 2007, estabelecia expressamente que o termo de compromisso poderia ser celebrado “sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei”.⁶²⁵

⁶²⁴ Pode-se considerar que a Lei nº 4.137, de 1962, foi a primeira no âmbito do Cade a prever instrumento consensual que objetivava conter a reincidência em matéria de abuso do poder econômico: “Art. 46 Apurada pelo Cade a cessação do abuso do poder econômico, os responsáveis assinarão um termo comprometendo-se a não reincidir, sob pena de nova multa, cujo limite é fixado no dobro da incidência máxima prevista no art. 43”. BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁶²⁵ BRASIL. Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

A referida Lei foi revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, na qual também se prevê, em seu art. 86, o acordo de leniência, exigindo-se do infrator à ordem econômica a efetiva colaboração com o oferecimento de provas que colaborem com as investigações. Além disso, a nova Lei prevê, em seu art. 85, a celebração de compromisso de cessação com a pessoa que cometa infração à ordem econômica. Nesse caso, ocorre a suspensão do processo administrativo em relação àquela pessoa que assinou o compromisso de cessação, voltando a tramitar com aplicação de penalidade se houver descumprimento. Também nesse caso, a decisão do Cade na celebração do referido termo é discricionária, prevendo o *caput* do dispositivo que ele será celebrado “sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei”.⁶²⁶

No âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993⁶²⁷, estabeleceu competência para o Advogado-Geral da União “transigir, acordar e firmar compromisso” em ações judiciais envolvendo a União. Embora nesse caso se trate de acordos judiciais, a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997,⁶²⁸ que regulamenta a referida Lei Complementar, prevê, em seu art. 4º - A (incluído pela Lei nº 12.249, de 2010), a possibilidade da AGU celebrar termo de ajustamento de conduta nas hipóteses que envolvam interesse público da União. Nesse último caso, há previsão de sua celebração tanto para terminar litígios quanto para preveni-los. A competência para celebração ou não do acordo ficou reservada ao Advogado-Geral da União.

Ainda no âmbito da atividade regulatória, a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, com as alterações que lhe foram feitas pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, regula os planos de seguro privados de assistência à saúde.⁶²⁹ Ao tratar das infrações a serem apuradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), também prevê, em seu art. 29, a possibilidade de celebração de termo de compromisso de

⁶²⁶ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em 30 jul. 2021.

⁶²⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁶²⁸ BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁶²⁹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

ajuste de conduta a ser assinado antes da aplicação da penalidade, com a respectiva suspensão do processo administrativo. O dispositivo determina que a celebração desse ajuste se dê “a título excepcional”, levando a crer que a regra é a aplicação da penalidade. Todavia, questão controversa é que a referida Lei não estipula o que caracteriza essa situação de excepcionalidade.

Também há previsão da celebração do termo de compromisso com finalidade diversa no art. 29-A. A finalidade desse segundo termo de compromisso não é substituir a sanção, mas volta-se à “implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde”.⁶³⁰

No âmbito do Sistema Financeiro Nacional, a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, estabelece a possibilidade de celebração de “acordo administrativo em processo de supervisão”, que equivale ao acordo de leniência. Ao discorrer sobre o assunto, Mariana Magalhães Avelar destaca que houve apenas alteração de nome, visto que a Medida Provisória nº 784, de 2017, tratava o assunto como acordo de leniência. A alteração da nomenclatura, porém, não resultou em qualquer alteração de substância no teor do ajuste.⁶³¹

O art. 30 da referida Lei estabelece a possibilidade do Banco Central do Brasil celebrar tais acordos com pessoas físicas ou jurídicas, desde que confessem a prática de infração. Prevê a possibilidade de extinção da punição ou redução de um a dois terços da penalidade. Exige, para tanto, a constante cooperação e o preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo § 2º do aludido dispositivo legal.⁶³² Não há previsão de extensão da leniência para outras esferas de responsabilização, o que, segundo

⁶³⁰ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em 30 jul. 2021.

⁶³¹ AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória**. Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 99.

⁶³² “Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial: I - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber; II - a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 17 abr.2021.

crítica feita por Mariana Magalhães Avelar, com a qual se concorda, pode resultar em ausência de atratividade para o instituto.⁶³³

A Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, também estende, em seu art. 33, a possibilidade do acordo administrativo ao processo administrativo sancionador da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).⁶³⁴

No âmbito do processo administrativo disciplinar dos servidores públicos também surgiram, em alguns estatutos, hipóteses de acordos substitutivos de sanção administrativa. Nesses casos, em situação similar ao que ocorre no âmbito dos processos penais, cria-se instrumento de suspensão condicional do processo administrativo disciplinar e, caso o servidor cumpra com suas obrigações durante o tempo que dura o respectivo acordo, o processo será arquivado ao final. Sobre o instituto, Luciano Ferraz noticia que ele foi implantado de forma pioneira no Município de Belo Horizonte por meio da Lei Municipal nº 9.310, de 2006, a qual alterou o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais para inserir a possibilidade de acordo para suspensão do processo administrativo disciplinar. De um lado, o servidor se compromete a cessar e não reiterar a falta cometida. De outro, a Administração se compromete a suspender o processo administrativo disciplinar por um período determinado (segundo citado autor, de um a cinco anos). Luciano Ferraz destaca também que, além do exemplo da cidade de Belo Horizonte, outros Municípios aderiram ao modelo, tais como Betim (MG), Niterói (RJ) e Londrina (PR), além do próprio Estado de Minas Gerais.

O autor defende a efetividade da medida, com base em estatísticas do Município de Belo Horizonte realizadas em 2006, as quais demonstraram a baixa efetividade do processo administrativo disciplinar e as sanções unilaterais aplicadas naquele período. Explica, também, que a suspensão do processo administrativo disciplinar não tem aplicação para casos de condutas consideradas crimes contra a

⁶³³ AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória**. Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 101.

⁶³⁴ “Art. 33. Este Capítulo dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários e altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 Parágrafo único. Aplicam-se as regras constantes deste Capítulo às infrações previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, no que couber, quando apuradas pela Comissão de Valores Mobiliários, mantidas as penalidades previstas na lei específica.” BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

Administração Pública, cuja pena mínima seja igual ou superior a um ano, atos de improbidade administrativa e abandono de cargo.⁶³⁵

Também na esfera do controle da Administração Pública, têm sido criados mecanismos de consensualidade e de substituição da sanção pelo acordo. É o caso dos termos de ajustamento de conduta e termos de ajustamento de gestão, também citados por Luciano Ferraz. Os instrumentos em referência propiciam que, diante de irregularidades detectadas em órgãos auditados, ao invés de se lançar mão de apontamentos ou penalizações, pactua-se a adequação dos procedimentos irregulares detectados de forma bilateral. O TCU tem utilizado o instrumento, tendo sido aplicado no Acórdão nº 1.707, de 2017 (Plenário) e Acórdão nº 393, de 2018 (Plenário).⁶³⁶

Na seara de responsabilização de agentes públicos, destaca-se a modificação realizada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou o § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de improbidade administrativa).⁶³⁷ O referido dispositivo vedava a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Com a nova redação, o art. 17, § 1º da Lei nº 8.429, de 1992, passa a admitir a celebração de acordo de não persecução cível. No mesmo sentido, o § 10-A prevê a possibilidade de as partes solicitarem a suspensão do prazo de contestação quando houver possibilidade de solução consensual.⁶³⁸

⁶³⁵ “O resultado do exame comparativo das amostras levantadas pela Administração Municipal deixou ver que, dos 1022 procedimentos instaurados pela Corregedoria-Geral no ano de 2006, apenas 51 resultaram em penalidades de demissão (aproximadamente 5%), mas que efetivamente apenas 10 desses processos a falta cometida tinha grande potencial lesivo á disciplina do serviço público (aproximadamente 1%). Assim sendo, a conclusão do levantamento empírico realizado foi de que o trabalho desempenhado pela Corregedoria do Município de Belo Horizonte, mercê do modelo de controle-sanção, embora gerador de ampla demanda processual (com custos significativos para o erário), não se demonstrava como afinado às modernas dimensões principiológicas da eficiência, da eficácia e da economicidade. Mais do que isso, demonstrava também que o modelo tradicional não distinguia, para fins processuais, penalidades de maior e de menor potencial ofensivo e pouco contribuía para a conscientização do servidor acerca dos deveres que o exercício do cargo público implicava”. FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade. Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública.* (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 169-173.

⁶³⁶ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade.** Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 183.

⁶³⁷ “Art. 17 (...) § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.” BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 5 ago 2021.

⁶³⁸ “Art. 17 (...) § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.” BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

A previsão da possibilidade de acordo no processo de improbidade administrativa trata-se de relevante modificação no sistema processual do Direito Administrativo Sancionador. Conforme sustentam Maria Tereza Fonseca Dias e Flávia Baracho Lotti Campos de Souza, a partir do reconhecimento da autocomposição como fundamento da nova ordem processual brasileira, bem como das hipóteses alternativas de resolução de conflitos do microsistema anticorrupção no Brasil, é necessário reconhecer a possibilidade de compromissos de ajustamento de conduta, também nas hipóteses de improbidade administrativa.⁶³⁹

Ocorre, porém, que foram vetados os dispositivos que previam o procedimento mais detalhado da celebração de tais acordos, inclusive o art. 17-A, § 2º, o qual previa a possibilidade de que o acordo fosse celebrado no curso da ação de improbidade. Com essa vedação, a autorização legal para a celebração do acordo fica limitada à fase pré-processual, quando ainda não tenha ocorrido a contestação no feito.

Em defesa da possibilidade de acordos em ação de improbidade administrativa está o posicionamento de Renata Lane, para quem a previsão da Lei nº 13.964, de 2019, veio corroborar a possibilidade de celebração dos acordos nessa seara. A autora defende que tais acordos já eram possíveis até mesmo antes da Lei e que a nova regra traz mais segurança jurídica para sua celebração, colocando fim à discussão sobre a possibilidade, não obstante ainda persistirem dúvidas sobre o seu alcance e suas modalidades.⁶⁴⁰

Não obstante a previsão de acordos substitutivos de sanção no âmbito do direito regulatório, do regime disciplinar dos servidores públicos, na esfera de controle da Administração Pública e, mais recentemente, até mesmo no âmbito da improbidade administrativa, no que se refere às sanções em contratos administrativos o assunto ainda é incipiente, exceto quanto aos acordos de leniência decorrentes de prática corruptiva. Buscar-se-á analisar, na sequência, os meios alternativos de resolução de conflitos aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos, com atenção especial para os métodos consensuais.

Nesta seção, pretende-se fazer a sistematização dos instrumentos alternativos ao ato administrativo sancionatório, no âmbito dos contratos administrativos que

⁶³⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **O Direito Administrativo Social e Econômico**: Análises de Direito Comparado. São Paulo: Almedina, 2021. p. 309.

⁶⁴⁰ LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 248.

possuem previsão legal. Será analisada, também, a existência de autorização geral para substituir a sanção pelo acordo no ambiente dos contratos administrativos, bem como o conteúdo desses acordos, seu regime jurídico e as dificuldades enfrentadas pelo Direito Administrativo brasileiro na implementação desses institutos substitutivos de sanção administrativa.

5.2 Meios alternativos na solução de conflitos em contratos administrativos no Brasil

O método ordinário de resolução de conflitos pela Administração Pública brasileira é o ato administrativo, o qual, em regra, se estabelece dentro de um processo administrativo. Não obstante, não há no Brasil uma lei geral que regule a prática de atos administrativos ou que defina o método ordinário de terminação de processos administrativos, especialmente por falta de competência constitucional para tanto. Pelo princípio do pacto federativo, não caberia à União editar normas gerais sobre atos e processos administrativos para os Estados e Municípios, sob pena de ofensa à autonomia dos entes federados. Ademais, as competências constitucionais da União para legislar, insculpidas no art. 22 da Constituição da República de 1988, não contemplam esse tema.⁶⁴¹

Diante dessa ausência de competência para legislar sobre normas gerais, a União editou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata exclusivamente do processo administrativo no âmbito federal. Nela, não há qualquer previsão a respeito de instrumentos alternativos ao ato administrativo unilateral na formação da vontade estatal. O art. 48 da referida Lei trata do dever da Administração de emitir decisão sobre processo administrativo. Na ausência de outro instrumento previsto na Lei, a decisão se dá por meio de ato administrativo unilateral. Ao mesmo tempo, embora não haja autorização, também não há nessa Lei qualquer vedação para se utilizar outros métodos de decisão em processo administrativo.⁶⁴²

Quanto aos mecanismos de resolução de conflitos alternativos à judicialização, é possível dividi-los em dois grandes grupos: (1º) os autocompositivos, que envolvem

⁶⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago.2021.

⁶⁴² BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 05 ago. 1999.

a solução dos conflitos pelas próprias partes, incluindo-se aí a negociação, os acordos substitutivos, a conciliação e a mediação; (2º) os heterocompositivos, por meio dos quais as partes elegem um terceiro para a tomada da decisão, dos quais se destaca a arbitragem.⁶⁴³

A Lei nº 8.666, de 1993, e a Lei nº 10.520, de 2002, não trazem qualquer previsão a respeito da aplicação desses institutos no âmbito de licitações e contratos administrativos. A Lei nº 12.462, de 2011, em seu art. 44-A, contém previsão genérica a respeito da utilização de mecanismos privados de resolução de disputas, fazendo referência expressa à utilização da arbitragem e da mediação.⁶⁴⁴ Da mesma forma, as Leis nº 8.987, de 1995⁶⁴⁵, e 11.079, de 2004⁶⁴⁶, possuem previsão genérica a respeito da utilização da arbitragem. Nenhuma delas traz previsão genérica autorizativa da substituição do ato administrativo unilateral sancionatório pelo acordo.

A nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 2021 –, por sua vez, trouxe previsão específica sobre a aplicação de meios alternativos de solução de controvérsias nas contratações públicas. Estabelece rol exemplificativo de hipóteses, englobando “a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.⁶⁴⁷

Em matéria de processos heterocompositivos, destaca-se a arbitragem, a qual está prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, tendo sido a possibilidade de sua utilização em conflitos envolvendo a Administração Pública, prevista a partir da Lei nº 13.129, de 2015, especificamente quando envolver direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de método de resolução de conflitos extrajudicial pelo qual as partes elegem um tribunal arbitral para decidir demandas oriundas de determinada

⁶⁴³FORTINI, Cristiana. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, n. 26, p.145-179, abr.2021.

⁶⁴⁴BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 27 jul.2021.

⁶⁴⁵Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 27 jul.2021.

⁶⁴⁶Art. 11 (...) II – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.” BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 27 jul.2021.

⁶⁴⁷BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

relação jurídica.⁶⁴⁸ Essa hipótese, embora se trate de alternativa à judicialização, não possui natureza consensual, mas heterônoma. Federico Nunes de Matos destaca, inclusive, que a doutrina contemporânea reconhece a natureza jurisdicional da arbitragem, em especial no Brasil a partir do regramento estabelecido pela Lei nº 13.129, de 2015.⁶⁴⁹ Assim sendo, não se trata de método autocompositivo ou contratual de resolução de conflitos nem substituição de ato administrativo unilateral.

Quanto a métodos autocompositivos de resolução de conflitos, destaque-se a existência da mediação, no âmbito da Administração Pública, a qual foi regulamentada pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. A referida Lei prevê, em seu art. 32, a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, as quais possuem atribuições para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de composição entre particular e pessoa jurídica de direito público e, se for o caso, promover o termo de ajustamento de conduta.⁶⁵⁰ A mediação se difere da arbitragem pelo fato de que o terceiro nomeado pelas partes (mediador) não decide a demanda, enquanto o árbitro exerce papel similar ao do juiz no âmbito do processo judicial. O mediador, por sua vez, apenas estimula as partes, de forma imparcial, a resolver o conflito consensualmente. Disso decorre a natureza autocompositiva da mediação.

Quanto ao objeto da mediação, também há diferença em relação à arbitragem, uma vez que essa última somente admite que sejam resolvidos por seu intermédio conflitos que versem sobre direitos disponíveis. Já a Lei nº 13.140, de 2015, admite que sejam submetidos à arbitragem conflitos sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitam a transação. Nesse último caso, deve haver homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público.⁶⁵¹

Ao tratar do tema da mediação no âmbito da Administração Pública, Maria Tereza Fonseca Dias e Taiz Rogério explicam que se trata de método consensual e

⁶⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 27 jul.2021.

⁶⁴⁹ MATOS, Federico Nunes. **Novas Fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da Administração Pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 81.

⁶⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶⁵¹ “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.” BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

negociado de tomada de decisões no âmbito da Administração, com a utilização de um terceiro, alheio à disputa, e que tem como incumbência a facilitação do diálogo entre os envolvidos buscando a autocomposição. Ressaltam que o instituto impulsiona o exercício da cidadania, resgatando a autonomia do indivíduo. Com isso, alcançam-se, ao mesmo tempo, dois objetivos importantes: empoderar o cidadão e desobstruir o Poder Judiciário.⁶⁵² A Lei nº 13.140, de 2015, também traz a possibilidade de conciliação judicial em seu art. 24. Prevê a obrigatoriedade de tribunais criarem “centros judiciários de solução consensual de conflitos” que deverão realizar audiências de conciliação e de mediação pré-processuais e processuais.

Sobre a distinção entre mediação e conciliação, pode-se encontrá-la no art. 165 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). No parágrafo 2º há a definição de que o conciliador atua “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”. Já o parágrafo 3º estabelece que o mediador atua “preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, com o objetivo de auxiliar os envolvidos a compreenderem as questões e a se comunicarem, de modo a identificarem por eles próprios soluções consensuais.⁶⁵³

Desse modo, a conciliação implica uma participação mais efetiva de um terceiro (conciliador) na busca da solução para a controvérsia, enquanto na mediação as próprias partes, que já possuem vínculo prévio, estabelecerão diálogo para buscarem a solução, sendo o terceiro (mediador) apenas um facilitador do diálogo. A principal diferença que se vislumbra entre os dois institutos, em matéria de resolução de controvérsias no âmbito extrajudicial em contratações públicas, é o papel mais ativo (conciliação) ou menos ativo (mediação) do terceiro que interagirá com as partes na busca de uma solução negociada.⁶⁵⁴

⁶⁵²DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. **A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897>. Acesso em: 28 jul.2021.

⁶⁵³BRASIL. Lei nº 13,105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁶⁵⁴ Quanto à distinção estabelecida entre os dois institutos, no que se refere à existência de vínculo prévio e conhecimento anterior entre as partes, Luciano Ferraz entende que não se aplica ao âmbito dos contratos administrativos, em virtude do princípio da impessoalidade nas relações administrativas. Neste sentido: “Tratando-se de contratos com a Administração, o conhecimento anterior entre as partes, é mesmo irrelevante, em função da incidência do princípio constitucional da impessoalidade sobre as relações administrativas, pelo que não faz sentido distinguir mediação e conciliação. Nesse sentido, é de bom alvitre buscar inspiração na Lei 13.140/2015 que trata da conciliação como uma espécie de mediação. A mediação surge, pois, como meio de resolução de conflitos administrativos que prestigia a autocomposição, a *expertise* e a habilidade negocial do terceiro imparcial (que participa das negociações), recomendando sua utilização em conflitos rescisórios de certa complexidade e especialidade, até mesmo em função dos custos extras que acarreta às partes. A mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. FERRAZ, Luciano. **Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos**. In: _____. **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 213.

Ainda no âmbito das decisões autocompositivas, e mais especificamente na resolução alternativa de controvérsias em contratos administrativos, surgiram mais recentemente no Brasil, por inspiração de experiências internacionais, os chamados *dispute boards* ou, conforme denominado pela legislação brasileira, “comitê de resolução de disputas”. Em artigo publicado sobre o tema, em conjunto com Cristiana Fortini, foram expostos os objetivos do instituto:

Os “dispute boards” buscam evitar o litígio ou tratar o conflito ainda durante a execução contratual. Este aspecto o diferencia dos demais meios adequados de solução de conflito, visto que tanto no caso dos meios de autocomposição (negociação, mediação e conciliação) quanto nos meios de heterocomposição de conflitos (arbitragem), os “dispute boards” pressupõe atuação antes da constituição do conflito.⁶⁵⁵ Trata-se da constituição de um Comitê ou Conselho de especialistas indicados pelas partes para acompanhar a execução contratual e resolver eventuais conflitos surgidos, sendo o único dentre os instrumentos de ADRs (Alternative Dispute Resolution) que é constituído e permanece em funcionamento durante toda a execução do contrato. Se caracterizam como uma tentativa não adversarial de resolução de conflitos surgidos na execução contratual.⁶⁵⁶

Os *dispute boards* possuem origem na indústria dos contratos de construção civil e infraestrutura. Em 2006, surgiram no Brasil, em São Paulo, em contrato da Companhia do Metropolitano de São Paulo (CMSP) para construção da Linha 4 – Amarela. Em seguida, também foi utilizado na Parceria Público-Privada (PPP) da Linha F (12 – Safira) da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM).⁶⁵⁷ Tal técnica é muito difundida em contratos financiados pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), em muitas hipóteses como requisito que deve estar contido nos editais e nos contratos que se refiram a obras por eles financiadas.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Neste sentido: MIMOSO, Maria João; BORTONE, Joana D’Arc Amaral. A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, p.301-303, maio / ago. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶⁵⁶ FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação**, Coimbra, n. 26, p. 145-179, abr. 2021.

⁶⁵⁷ FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação**, Coimbra, n. 26, p. 145-179, abr. 2021.

⁶⁵⁸ SOUSA, Antônio Luís Pereira. Dispute Boards. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

No âmbito do Município de São Paulo o *dispute boards* foi regulamentado pela Lei Municipal nº 16.873, de 2018, que reconhece e regulamenta a instauração de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados e celebrados pela Prefeitura de São Paulo (SP).⁶⁵⁹ De modo similar, o Município de Belo Horizonte publicou a Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020, a qual tem como objetivo regulamentar “a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada”.⁶⁶⁰

Os *dispute boards* podem ser adotados em dois modelos, sendo o primeiro deles conhecido como *Dispute Resolution Boards* (DRB), no qual o comitê é criado com caráter de revisão (chamado nas leis brasileiras Comitê Revisor ou Comitê por revisão) e proferirá recomendações, as quais não possuem, em princípio, caráter vinculante para as partes. O comitê emite uma posição e, se as duas partes aceitarem, ela terá caráter decisório. Caso contrário, a que não aceitar poderá recorrer ao Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de uma recomendação de decisão que as partes podem seguir ou não.⁶⁶¹

A segunda possibilidade é a criação do comitê de adjudicação, inspirado no modelo europeu denominado *Dispute Adjudication Boards* (DAB).⁶⁶² A ele é conferido o poder de decisão vinculante em litígios oriundos de contrato administrativo. A diferença entre ele e o Comitê Revisor é que o Comitê de Adjudicação emite decisão que vincula as partes de imediato. Ocorre que mesmo no caso das decisões tomadas pelo Comitê de Adjudicação ainda é possível que o caso seja questionado junto à instância arbitral ou judicial.⁶⁶³

⁶⁵⁹ SÃO PAULO. Secretaria Municipal. **Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁶⁶⁰ SÃO PAULO. Secretaria Municipal. **Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020**. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230063>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶⁶¹ FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação**, Coimbra, n. 26, p. 145-179, abr. 2021.

⁶⁶² MIMOSO, Maria João; BORTONE, Joana D’Arc Amaral. A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, maio/ago., Rio de Janeiro, v. 22, p. 301-313, 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁶⁶³ FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação**, Coimbra, n. 26, p. 145-179, abr. 2021

Conforme se pode perceber, os *dispute boards* surgem como uma espécie de decisão auto compositiva e consensual, por meio da qual se elegem técnicos que formam um comitê responsável por acompanhar o contrato e, diante de controvérsias técnicas, jurídicas ou econômicas, são chamados a atuar e apresentar solução. Essa solução pode resultar num acordo, quando ambas as partes concordam com a proposta do comitê, ou na judicialização, quando houver discordância.

Com efeito, o comitê de resolução de disputas pode atuar somente quando houver o conflito ou pode ter atuação durante toda a execução do contrato, analisando o andamento do contrato e sua execução técnica e, até mesmo, expedindo orientações que busquem evitar o conflito, o que atende de forma ainda mais efetiva ao princípio da eficiência.⁶⁶⁴

Dos institutos trazidos pela nova legislação (Lei nº 14.133, de 2021), os que melhor se assemelham a soluções acordadas e consensuais são a mediação, a conciliação e as câmaras de resolução de conflitos ou *dispute boards*, sobre os quais se discorreu. Porém, todos esses institutos envolvem a participação de terceiros, seja como intermediários da decisão (conciliação e mediação), seja como comitê que toma a decisão em lugar da Administração e da empresa contratada (*dispute boards*). Tais institutos representam grande avanço em matéria de resolução de conflitos administrativos nos contratos administrativos, porém, ainda não representam método totalmente autônomo de decisão entre as partes e implicam em gastos para a Administração, visto que esses terceiros que decidirão o conflito (arbitragem), que o

⁶⁶⁴ Neste sentido, prevê a Lei Municipal nº 11.241, de 2020, do Município de Belo Horizonte: “Art. 3º - O instrumento convocatório de licitação e o contrato administrativo definirão regulamentação própria para a instalação e o processamento do comitê, assim como o prazo para que sejam proferidas as decisões, ou poderão reportar-se às regras de alguma instituição especializada. Parágrafo único - O comitê a que se refere o caput poderá ter funcionamento permanente, sendo instalado após a celebração do contrato, com duração por todo o período contratual, ou ad hoc, sendo este instalado após notificação de disputa por uma das partes.”BRASIL. Município de Belo Horizonte. Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230063>. Acesso 20 jul. 2021.

A Lei nº 16.873, de 2018, do Município de São Paulo não traz previsão similar. Porém, em seu art. 6º, § 2º prevê que o comitê terá funcionamento, quando regulamentado, “por meio da assinatura do Termo de Compromisso, o que deve ocorrer até 30 dias contados da celebração do contrato administrativo, o que faz pressupor seu funcionamento permanente”. SÃO PAULO. Secretaria Municipal. **Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

intermediação (conciliação e mediação) ou emitirão pareceres sugerindo uma decisão (comitê de resolução de disputas) são remunerados.⁶⁶⁵

O que se busca analisar, na sequência, é a possibilidade de a Administração e a empresa contratada, sem a intermediação de terceiros, buscarem solução consensual para resolução de conflitos durante a execução de contrato administrativo, por meio de um termo de compromisso, acordo substitutivo ou outro instrumento similar, especialmente no caso de ocorrência de infrações administrativas que, em tese, resultariam na aplicação de sanções administrativas.

5.3 Os acordos substitutivos de sanção administrativa em contratos administrativos

Na seção 2, foram analisadas as diversas formas de atuação consensual da Administração. Seguindo ensinamento de Fernando Dias Menezes de Almeida, estabeleceu-se classificação entre os módulos convencionais de atuação, dividindo-os em (a) os módulos convencionais instrumentais; (b) os módulos convencionais de concessão; (c) módulos convencionais intragovernamentais; (d) módulos convencionais substitutivos de ato administrativo. Os acordos substitutivos de sanção administrativa enquadram-se nessa categoria de módulos convencionais substitutivos de atos administrativos. Ora busca-se analisar as características dessa modalidade contratual da Administração.

Conforme descrito na seção 5.2, a Lei nº 14.133, de 2021, inovou ao trazer previsão específica, até então inexistente, sobre meios alternativos ao ato administrativo unilateral para resolução de conflitos na Administração Pública, em matéria de contratos administrativos. De forma expressa, trouxe a previsão da arbitragem (método heterocompositivo), da mediação, da conciliação e das câmaras

⁶⁶⁵ A Lei do Município de São Paulo nº 16.873, de 2018 estabelece em seu art. 4º que os valores para pagamento dos membros do Comitê devem compor o orçamento da contratação, cabendo ao órgão contratante o pagamento da metade desses custos. Já a Lei do Município de Belo Horizonte nº 11.241, de 2020, também prevê que a contratação dos membros do Comitê deve compor o orçamento dos contratos administrativos, não especificando qual o percentual que será pago por cada uma das partes. A Lei nº 13.140, de 2015 (Lei da mediação) prevê, em seu art. 13, apenas que a remuneração dos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes. A Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça também prevê, em seu art. 12, § 5º, o recebimento por parte de mediadores e conciliadores com base em tabelas fixadas pelo tribunal respectivo. BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça**, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Acesso em: 5 ago.2021.

de resolução de conflitos (formas autocompositivas). Embora não haja regra específica e expressa a respeito de acordos substitutivos de ato administrativo ou termo de compromisso, o rol estabelecido pela Lei é exemplificativo, sendo que a regra geral do *caput* autoriza a utilização de “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”.

Dentre os acordos existentes para substituição da sanção em contratos administrativos, pode-se estabelecer um gênero do qual decorrem duas espécies: (1^a) os acordos de leniência, que possuem finalidade específica na legislação para atos de natureza corruptiva; (2^a) os acordos substitutivos de sanção administrativa, os quais possuem utilização ampla para substituição da sanção.⁶⁶⁶ Passa-se à análise de ambos os institutos.

5.3.1 Os acordos de leniência em contratos administrativos

Os acordos de leniência também possuem finalidade de substituição de ato administrativo unilateral sancionador. Por isso, podem ser enquadrados no gênero “acordos substitutivos de ato administrativo unilateral” ou, para se utilizar a expressão proposta por Fernando Dias Menezes de Almeida, “módulos convencionais substitutivos de ato administrativo”. A aplicação dos acordos de leniência para contratos administrativos é regulamentada pela Lei nº 12.846, de 2013, segundo a qual possuem um objetivo específico, que é “a identificação dos demais envolvidos na infração” e a “obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”,⁶⁶⁷ em troca de diminuição ou eliminação de penalidade que poderia lhe

⁶⁶⁶ Neste sentido está o posicionamento de Mariana Magalhães Avelar: “A substituição da atuação unilateral típica ou a composição da decisão unilateral pela participação do privado, a envolver acordo de vontades, configura elemento da essência de todas as modalidades de leniência previstas no direito brasileiro. É a peculiaridade desse objeto que permite concluir pela natureza contratual dos acordos de leniência. Trata-se de negócio jurídico bilateral, celebrado nos limites da autonomia contratual pública e cujo conteúdo é informado por regime jurídico-administrativo. Dito de outra forma, os acordos de leniência têm natureza jurídica de contrato administrativo alternativo, como espécie de transação administrativa lato sensu, cuja previsão setorial foi reforçada recentemente pelas alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, que acrescentou o art. 26 à LINDB e a qual se aplicam, subsidiariamente, às disposições sobre o contrato privado de transação (arts. 840 a 850 do Código Civil).” AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória: Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos**. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.p. 103.

⁶⁶⁷ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.” BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 02 jul.2019.

ser aplicada. Trata-se, pois, de uma negociação processual administrativa com uma finalidade específica.

Os acordos substitutivos de atividade sancionatória de que trata este trabalho, que podem também ser designados como termos de compromisso ou ajustamento de condutas, não possuem unicamente essa finalidade, abrangendo objetivo mais amplo. Thiago Marrara apresenta a distinção entre os acordos de leniência e os acordos substitutivos de sanção, destacando que o objetivo do acordo de leniência é o fortalecimento do processo administrativo sancionador, o que não acontece no acordo substitutivo:

Enquanto a leniência visa transferir provas para o Estado em troca de uma suavização do poder punitivo que incidirá sobre o infrator confesso, acoplado-se ao processo sancionador até sua conclusão (daí ser entendida como acordo integrativo), os acordos de ajustamentos negociados de conduta não visam ao fornecimento de provas para robustecer a instrução, nem se integram ao processo administrativo sancionador. Na prática, esses compromissos ou acordos têm como finalidade maior substituir o processo, afastá-lo, torná-lo desnecessário, por meio da imediata correção ou a suspensão da conduta suspeita sem que se tenha qualquer julgamento acerca de sua ilicitude. Note-se bem: a prática ajustada não é ainda uma prática ilícita exatamente porque o processo não chegou, nem provavelmente chegará a uma condenação.

Reitere-se: o objetivo dos compromissos não é fortalecer a instrução para que se chegue a um resultado útil, mas sim livrar o Estado e o compromissário dos inconvenientes processuais. Para a Administração Pública, o processo sancionador tradicional traz malefícios pois gera custos financeiros significativos, exige a mobilização de servidores públicos, retirando-os de suas tarefas cotidianas, traz riscos de não se realizar uma apuração efetiva pelas dificuldades probatórias ou por motivos como a prescrição, além de ser geralmente bastante demorado.⁶⁶⁸

A legislação brasileira contempla expressamente a possibilidade de celebração de acordos de leniência no âmbito dos contratos administrativos, que buscam substituir, de forma consensual, a sanção administrativa pelo acordo, com uma finalidade específica: a identificação, no âmbito administrativo, de outros envolvidos no ilícito, quando houver, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito, para a persecução administrativa de práticas corruptivas. Todavia, a hipótese do acordo de leniência, prevista na Lei nº 12.846, de 2013, possui essa restrição e não abrange o acordo substitutivo de sanção administrativa desvinculado desse objetivo específico.

⁶⁶⁸ MARRARA, Thiago. *Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 254.

O que se discute nesta pesquisa é a aplicabilidade dos acordos substitutivos de sanção para além desse objetivo a que se presta o acordo de leniência. Portanto, para fins metodológicos é preciso esclarecer que a presente pesquisa não enfrenta a temática dos acordos de leniência, exceto para fins de comparação de regimes jurídicos, como abordado neste tópico. Embora ambos os institutos decorram de um mesmo fundamento, que é a consensualidade, eles objetivam finalidades diversas.

A Lei nº 12.846, de 2013, traz previsão sobre o chamado acordo de leniência nos arts. 16 e 17. Para que tal acordo seja celebrado, o art. 16 exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) a pessoa jurídica ser a primeira a manifestar o interesse na cooperação; (b) que ela cesse o envolvimento na infração; (c) que ela admita sua participação e coopere com o fornecimento de informações e provas para a investigação.⁶⁶⁹

O art. 17 da Lei nº 12.846, de 2013, por sua vez, estabelece que as sanções previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993, também poderão ser objeto de isenção ou atenuação por meio de acordo de leniência.⁶⁷⁰ A dúvida que surgiu, a partir dessa previsão, é se o art. 17 tinha natureza autônoma ou se seria dependente do art. 16. Ou seja: poderia um descumprimento contratual que não se caracterize como corrupção ser objeto de acordo de leniência?

Em estudo dedicado ao tema Cristiana Fortini pontifica que o art. 17 não dá origem a um ajuste diferente daquele previsto no art. 16, mas apenas admite o alargamento dos efeitos para atingir as sanções previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993, nos casos em que o descumprimento do contrato público tenha concorrido com a prática corruptiva.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 02 jul.2019.

⁶⁷⁰ “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.” BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 02 jul.2021.

⁶⁷¹ “Assim, de acordo com a primeira linha interpretativa, o acordo de leniência do art. 17 não seria exatamente um novo ajuste, diverso do narrado no art. 16. Em verdade, cuidar-se-ia de possibilidade de favorecer a entidade signatária, ampliando, pois, a atratividade do ajuste, para prever benefícios outros que o escopo inicial do ajuste não contemplava. (...) Assim, infrações ligadas ao inc. IV do art. 5º, que imporiam punições no ambiente da Lei Anticorrupção e também da Lei de Licitações, seriam abordadas e enfrentadas em um só ajuste, com maior proveito para a entidade signatária.” FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 233-241.

No mesmo sentido, Mariana Magalhães Avelar entende que o disposto no art. 17 da Lei nº 12.846, de 2013, restringe-se às hipóteses de celebração do acordo de leniência estabelecidas no art. 16, tendo aplicação restrita e não se prestando a resolução de outras espécies de conflitos. Para ela, o acordo de leniência está voltado para resolução de ilícitos graves que envolvam a proteção à integridade e à moralidade administrativa. Todavia, a autora destaca a possibilidade de que sejam celebrados acordos substitutivos para outras espécies de conflitos, os quais tomarão como base o art. 26 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e terão regime jurídico simplificado em comparação com o que prevê o art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013.⁶⁷²

Luciano Ferraz se posiciona em sentido diverso. Para o autor, a previsão do art. 17 da Lei nº 12.846, de 2013, é a previsão de acordo substitutivo a ser celebrado com a pessoa jurídica responsável pelo inadimplemento do contrato, o qual resulta no sistema sancionatório previsto nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993. Segundo o autor, trata-se de instrumento que viabiliza o acordo na ocorrência de infrações contratuais, o qual é importante para evitar a rescisão do contrato e as consequências que dela advém.⁶⁷³

Thiago Marrara, ao comentar a aplicação dos acordos de leniência para infrações contratuais, destaca que a aplicação conjunta da Lei anticorrupção e da Lei

⁶⁷² AVELAR, Mariana Magalhães. *Contratualização da atividade sancionatória. Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos*. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 117.

⁶⁷³ “O acordo substitutivo do art. 17 da Lei nº 12.846/13, diferentemente do acordo disposto no art. 16 da lei, pertence a um âmbito de aplicação completamente diverso. Por seu intermédio, é possível que a Administração Pública celebre acordo com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88 (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade). Tais ilícitos são faltas contratuais cometidas durante a execução de contratos administrativos e cujo pronunciamento pela Administração Pública não raro levaria à solução rescisória do contrato. A natureza consensual desse segundo acordo de leniência e a potencialidade de colocar fim a celeumas instaladas entre Administração Pública e particulares são importantes instrumentos a serem utilizados como mecanismos de corrigir rumos na execução contratual, superando as drásticas soluções rescisórias, tendo aplicabilidade, entre outros, aos ajustes regidos pela Lei nº 8.666/93, pela Lei nº 13.303/16 (Estatuto das Empresas Estatais), pela Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviços e bens públicos), pela Lei nº 11.079/04 (Parcerias Público-privadas). Esse acordo pode até mesmo ser provocado pelas controladorias internas e pelos tribunais de contas como meio de determinar a Administração Pública que proceda a correções na execução dos contratos administrativos, pela via do mútuo consenso com o particular, substituindo a ruptura pela continuidade, a rigidez pela flexibilidade, em prestígio à efetividade do exercício da atividade controladora”. FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade. Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública*. (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 180 – 181.

de Licitações e Contratos quanto às sanções podem gerar três situações distintas: (1ª) a ocorrência apenas de prática corruptiva, o que implica a aplicação exclusiva do regramento da Lei nº 12.846, de 2013; (2ª) a ocorrência de infração contratual em conjunto com prática corruptiva, o que impõe as consequências do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013, em conjunto com a mitigação das penalidades relacionadas à infração contratual; e, por fim, (3ª) a ocorrência exclusivamente de infração contratual, o que viabiliza também a celebração de acordo de leniência para mitigação das sanções administrativas.⁶⁷⁴

Portanto, há legislação específica e consenso na doutrina no sentido de que é possível a celebração de acordos de leniência sobre as sanções administrativas previstas no art. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993 e, também agora, no art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021, ou seja, sanções decorrentes de inadimplemento contratual, nas hipóteses em que houver prática corruptiva e o objetivo de obtenção de provas por meio da celebração do acordo de leniência. Porém, há divergência para a possibilidade legal de celebração desses acordos substitutivos de sanção decorrente de inadimplemento contratual quando não houver prática corruptiva.

A Lei nº 14.133, de 2021, perdeu a oportunidade de regulamentar o assunto da aplicação dos acordos de leniência no âmbito das infrações contratuais. Somente previu o acordo de leniência no art. 158, § 4º, II estabelecendo que a sua celebração nos termos do que prevê a Lei nº 12.846, de 2013, é causa de suspensão da prescrição.⁶⁷⁵

Quanto à possibilidade de ocorrência de infrações contratuais e prática corruptiva conjuntamente, a Lei determinou a unificação do regime sancionatório. No art. 159 há a previsão de que nesses casos a infração deve ser tratada em um único

⁶⁷⁴ “Há, ainda, uma terceira situação concebível, na qual comportamento omissivo ou comissivo do licitante ou do contratante representa somente infração pela Lei de Licitações, sem paralelo na Lei anticorrupção. Em assim sendo, o art. 159 não se aplicará, de modo que o processo administrativo sancionador correrá nos termos da própria Lei de Licitações, com as sanções ali previstas. O regime dos benefícios da leniência será, por isso, o do art. 17, que autoriza tanto a mitigação das sanções (de multa, impedimento ou inidoneidade) quanto sua extinção completa”. MARRARA, Thiago. *Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 253.

⁶⁷⁵ “Art. 158 (...) § 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será: I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo; II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

processo administrativo, o qual transcorrerá obedecendo ao rito estabelecido pela Lei nº 12.846, de 2013. Objetiva-se, com isso, vedar a multiplicidade de processos pelo mesmo fato, evitando-se, assim, violação ao princípio do *no bis in idem*, bem como a possibilidade de celebração de acordo de leniência abrangente que possa abranger tanto as sanções decorrentes da Lei anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013) quanto as sanções da Lei de Licitações e Contratações Administrativas (Lei nº 14.133, de 2021).⁶⁷⁶

Conforme se pode observar, a Lei não é clara quanto à possibilidade de celebração de acordo de leniência desvinculada da prática corruptiva. Ainda que se admita, porém, o acordo de leniência possui aplicação restrita, pois sua finalidade é a negociação dos percentuais de multa em troca de informações e documentos que comprovem o ilícito, bem como indicação de outros envolvidos, quando houver. Permanece, pois, a necessidade de se analisar a possibilidade de celebração de termo de compromisso ou acordo substitutivo de sanção administrativa com objetivos mais amplos, desvinculados tão somente da negociação e obtenção de informações e identificação de envolvidos.

Neste trabalho, questiona-se a interpretação restritiva quanto à possibilidade de acordo em matéria de sanções administrativas contratuais. A positivação pela Lei nº 12.846, de 2013, da possibilidade de acordos em matéria de sanções aplicáveis no âmbito de condutas ligadas à prática de corrupção, faz surgir uma constatação: se é possível que se negociem sanções diante de condutas dessa gravidade, envolvendo práticas corruptivas, é adequado que se permita a negociação também para condutas menos graves, em que não se detecta prática corruptiva. Defende-se a autorização geral para contratualização da sanção, não em decorrência de interpretação extensiva do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013, mas especialmente em razão da positivação do acordo em outros instrumentos normativos, conforme se verá adiante.

5.4 Os acordos substitutivos de sanção e a autorização geral para a contratualização da sanção decorrente de contratos administrativos

Conforme já se tratou na seção 2, ao longo do século XIX, e em boa parte do século XX, o Direito Administrativo negava a admissibilidade dos contratos administrativos. A maioria dos instrumentos que se qualificavam como contratos eram

⁶⁷⁶ Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1644.

reduzidos à ideia de atos administrativos dependentes de consentimento do interessado, conforme era a teoria de Otto Mayer.⁶⁷⁷

Após se superar essa concepção da negação da contratualidade, passa-se a um período em que a utilização da via contratual se torna possível, porém dependente de autorização legal. Ou seja: diante do silêncio da lei, a regra é a adoção do ato administrativo unilateral, sendo, portanto, o instrumento preferencial do agir do Estado.⁶⁷⁸

Paulo Otero explica que a superação desta preferência do ato unilateral em detrimento do contrato se deu em Portugal, com a publicação do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei nº 129, de 27 de abril de 1984) e foi consagrado no art. 179 Código de Processo Administrativo Português.⁶⁷⁹ A partir daí, o contrato passa a ser um instrumento igualmente hábil ao ato administrativo para a tomada de decisão.

Ao analisar a Lei italiana nº 241, de 7 de agosto de 1990, Giuseppe Barbagallo, Enrico Follieri e Giuseppe Vettoritam, da negociação do poder administrativo no âmbito do procedimento administrativo. Os autores indagam qual seria a razão de se fazer acordo e qual seria, concretamente, a sua utilidade. Concluem, então, que a força típica dos contratos seria trazida para o âmbito público pela tradicional fórmula que indica que o contrato faz lei entre as partes, o que resultaria em maior efetividade para a decisão:

Pode-se perguntar por que acordos devem ser feitos, qual é na prática a utilidade do acordo?

A resposta está na disciplina dos efeitos do acordo. A utilidade do acordo é vincular as partes ao seu conteúdo, de acordo com o regime tradicional de negociação (o contrato tem força legal entre as partes). (tradução nossa)⁶⁸⁰

Ainda sobre a possibilidade de negociação do poder administrativo, entendem os autores que o exercício do poder administrativo é algo negociável por sua própria natureza:

⁶⁷⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 834.

⁶⁷⁸ Idem, p. 835.

⁶⁷⁹ Idem, p. 836.

⁶⁸⁰ "Ci si può domandare perché si dovrebbero fare gli accordi, qual è in concreto l'utilità dell'accordo? La risposta sta nella disciplina degli effetti dell'accordo. L'utilità dell'accordo è quella di legare le parti al suo contenuto, secondo il tradizionale schema negoziale (il contratto ha forza di legge tra le parti)." BARBAGALLO, Giuseppe; FOLLIERE, Enrico. VETTORI, Giuseppe. Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto. **Collana**: Quaderni della Rassegna. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 80

Nigro afirmava que se há uma coisa pela sua própria natureza negociável é o exercício do poder: que, na verdade, sempre foi negociado, pelo menos nos casos em que se trata do exercício do poder constitutivo de certos efeitos, que consistem em uma obrigação de fazer ou uma prestação da parte de terceiros. Nesses casos, para que o poder possa realmente atingir seus resultados práticos (eficácia), sua disponibilidade pode e deve ser previamente acordada pela Administração. (tradução nossa).⁶⁸¹

Os autores descrevem que o art. 11 da Lei nº 241 autoriza a Administração a celebrar acordos com os interessados como um modo alternativo de exercício do poder discricionário unilateral. Ou seja: por meio do acordo se determina o conteúdo discricionário do ato administrativo.⁶⁸²

O objetivo do presente tópico é analisar a existência, no Brasil, dessa autorização legal para a substituição do ato administrativo pelo acordo nas hipóteses de sanção administrativa.

Há autores que defendem não ser necessária autorização específica para que a Administração utilize o acordo como método de decidir. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm sustenta que o importante é que tais modelos consensuais estejam amparados nos objetivos da sanção, de modo que haja um custo-benefício superior à mera aplicação da penalidade. Ou seja, o acordo pode ser celebrado na perspectiva da juridicidade administrativa, sem previsão legal específica. Para tanto, deverá demonstrar o cumprimento da finalidade da norma de maneira qualitativamente superior.⁶⁸³

⁶⁸¹ No original: "Affermava Nigro che se c'è una cosa per sua própria natura negoziabile è l'esercizio del potere: che, infatti, si è sempre negoziato, almenoneicasi in cui si tratta di esercizio di potere costitutivo di un certo dieffetti, che consistano in un facere o in un praestare da parte di soggetti terzi. In questi casi per cui il potere possa effettivamente raggiungere i suoi risultati pratici (efficacia), occorre l'azione del terzo, la sua disponibilità si direbbe, la quale, quindi, può e deve essere previamente concordata da parte dell'Amministrazione." Ibid. p. 77

⁶⁸² "Art. 11. Proc. Os contratos de direito público possuem objeto próprio. Esta figura, apenas para mencionar, entre nós não era conhecida como categoria positiva própria, diferentemente da Alemanha e parcialmente na França. Esta figura, ao menos segundo o modelo tedesco, comporta pelo menos duas características: de ser um modo de cuidar do interesse público alternativo ao exercício do poder discricionário unilateral, que é, portanto, estabelecido no âmbito do direito público e dá lugar ao exercício do poder administrativo em sentido próprio; de ser submetida a um particular regime de tutela que é aquele do processo administrativo e não do processo comum. (tradução nossa). No original: L'art. 11 . proc. Há ad oggetto próprio i c.d. contratti di diritto pubblico. Questa figura, s'è appena accennato, da noi non era conosciuta come categoria positiva, a differenza che in Germania e parzialmente in Francia. Questa figura almenosecondo il modello tedesco, comporta almenodue caratteristiche: di essere un modo di cura dell'interesse pubblico alternativo all'esercizio del potere discrezionale unilaterale, che si iscrive dunque in pieno nell'ambito del diritto pubblico e dà luogo ad esercizio di potere amministrativo in senso próprio; di essere assoggettata ad un particolare regime di tutela che è quello del processo amministrativo e non del processo comune." BARBAGALLO, Giuseppe. FOLLIERE, Enrico. VETTORI, Giuseppe. *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*. Collana: Quaderni della Rassegna. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 78

⁶⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 117.

O pensamento do autor também pode ser encontrado na doutrina de José Manuel Sérvulo Correia, para quem não é necessário que haja leis específicas estabelecendo a possibilidade de a Administração utilizar o contrato como “instrumento normal das condutas jurídico-administrativas, em paralelo com o acto administrativo”. O autor ainda explica que não da mesma forma que é obrigatória previsão legal de todas as hipóteses em que se decide por meio do ato administrativo, também não é necessário que a lei preveja todas as hipóteses em que a atuação administrativa poderá se dar por meio de contratos administrativos. Nesse caso, basta que um princípio geral faculte ambas as formas para que a Administração utilize uma delas, sendo também necessário que a natureza dos efeitos jurídicos que serão produzidos seja compatível com o tipo de conduta. A exceção está na hipótese em que a lei preveja expressamente a aplicação de uma ou outra forma.⁶⁸⁴

Juliana Bonacorsi de Palma também defende que a autorização para atuação administrativa por meio da consensualidade não necessita se basear apenas em lei formal. A autora pontifica que a consensualidade deve ser interpretada de acordo com a lei e o direito, sendo que a negociação de prerrogativas públicas poderá se fundamentar diretamente em princípios e atos normativos.⁶⁸⁵

Onofre Alves Batista Júnior também defende que a transação é perfeitamente possível no Brasil, mesmo sem previsão legal específica. Segundo o autor, não há na Constituição nenhuma regra que estabeleça que a transação não seja possível ou que tenha que ser evitada. O autor exemplifica, inclusive, que a Constituição Brasileira de 1988, além de não vedar o acordo, evidencia mandamento constitucional favorável a ele, aplicando-se inclusive no direito penal, ramo do Direito Público que trata da liberdade individual e que está sujeito, de forma mais evidente, à tipicidade.⁶⁸⁶

Em trabalho dedicado ao tema, Mônica Bandeira de Mello Lefèvre também sustenta a desnecessidade de lei específica que autorize a celebração dos acordos, haja vista que eles decorrem dos princípios que consagram a atuação da Administração. No mesmo sentido dos citados autores, defende a possibilidade da

⁶⁸⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo Correia. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 566.

⁶⁸⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 274.

⁶⁸⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 461.

decisão consensual como decorrência da competência de se decidir de forma unilateral.⁶⁸⁷

Fernando Dias Menezes de Almeida também estabelece que mesmo diante da ausência de previsão legal é possível a celebração de acordos substitutivos de atos administrativos no Brasil. Segundo o autor, aquele que tem o poder de decidir unilateralmente também pode optar por decidir de forma consensual, impondo a si próprio algumas condições. Nesse sentido, também sustenta que nada há de incompatível entre o modo consensual de decidir e o princípio da indisponibilidade do interesse público, visto que o acordo não significa renúncia de competência ou omissão no exercício de poderes, tratando-se apenas de mudança na forma de decidir.⁶⁸⁸

Nesta tese, alinha-se ao que defendem os referidos autores. A legislação, ao determinar à Administração o dever de decidir, não impõe um modo específico de operar. No caso das sanções administrativas, conforme já se viu na seção precedente, a margem de apreciação da Administração na graduação das penalidades é alta, cabendo se utilizar de critérios que atenuam ou agravam a sanção e que não estão tabulados pela lei. Diante do caso concreto, pode se mostrar mais favorável para o contrato que a infração contratual seja resolvida por meio de acordo do que por ato unilateral. O meio em que a decisão será tomada não é impositivo, visto que o acordo é também uma forma de decidir. O que não se toleraria e representaria ofensa aos deveres públicos é a inação ou a omissão.

Portanto, entende-se que não é necessária autorização legal específica para celebrar o acordo em substituição à sanção. Ainda que se considere ser necessária, entende-se, também, que essa autorização já existe no direito brasileiro, seja na Lei

⁶⁸⁷ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 2008. Dissertações (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 241. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09102020-154953/publico/9171561_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

⁶⁸⁸ “A propósito – diferentemente do que muitas vezes se constata ser de senso comum entre agentes da Administração – a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público. Chegar-se a uma decisão mediante acordo não significa renunciar ao exercício de competências ou omitir o desempenho dos poderes – que simultaneamente são deveres, dado seu sentido funcional. Significa tão somente a adoção de certo procedimento de decisão. O atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo. Neste sentido, aliás, as referências vistas do Direito espanhol e do italiano ao necessário respeito ao interesse público nos acordos em questão.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 302.

nº 13.655, de 2018 (que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), seja na Lei nº 14.133, de 2021. É o que se passará a expor nos subtópicos seguintes.

5.4.1 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a autorização geral para a celebração de acordos em substituição à sanção

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem natureza de norma geral de interpretação do direito, podendo também ser designada como “norma de sobredireito”.⁶⁸⁹ Possui como objetivo estabelecer parâmetros de interpretação da legislação em geral. Ocorre que essa norma inicialmente continha normas gerais de interpretação do direito sem conteúdo propriamente voltado para o Direito Público.

Neste sentido, recentemente foi editada a Lei nº 13.655, de 2018,⁶⁹⁰ a qual fez alterações no Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)⁶⁹¹, trazendo previsões que se alinham ao que se defende na presente tese. A referida alteração incluiu o art. 26 no referido Decreto-Lei para prever a possibilidade da celebração de compromisso com os interessados com o objetivo de “eliminar incerteza, insegurança jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”. Como se trata de Lei que tem como referência a Teoria Geral do Direito, e neste ponto específico a Teoria Geral do Direito Público, trata de cláusula que pode ser aplicada no âmbito dos contratos públicos.

No art. 26 consta previsão sobre a possibilidade de celebração de termo de compromisso para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa”. No mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, estão consignados os objetivos do compromisso a ser celebrado, a saber, buscar “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.⁶⁹²

⁶⁸⁹ Neste sentido: SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli (Org). **Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 159.

⁶⁹⁰ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm Acesso em: 20 maio 2020.

⁶⁹¹ BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

⁶⁹² BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 26 jul. 2021.

De forma complementar, o art. 27 da referida Lei prevê a possibilidade de que a decisão em processo administrativo, judicial ou controlador pode se dar por meio de “compromisso processual entre os envolvidos”, podendo a decisão impor compensações “benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.⁶⁹³

Nesse sentido, Luciano Ferraz afirma que tais alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prestigiam o princípio da eficiência, da segurança jurídica e da consensualidade. O autor afirma que essa previsão já autorizaria até mesmo os acordos no âmbito da improbidade administrativa, não obstante a vedação existente até então no art. 17, § 1º da Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). O autor já defendia esse posicionamento antes da Lei de Improbidade Administrativa sofrer a alteração pela Lei nº 13.964, de 2019, que revogou a vedação do acordo em ação de improbidade.

Thiago Marrara também defende a existência de autorização geral para celebração de compromissos de ajustamento de conduta a partir da previsão da Lei nº 13.140, de 2015 (que regulamenta a mediação) e Lei nº 13.655, de 2018. Para ele, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro admite a celebração desses acordos para eliminar “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, devendo a expressão “irregularidade” ser interpretada de forma ampla. O autor defende que esses acordos podem ser celebrados desde que se demonstre a existência de interesse geral, não podendo ser celebrado apenas no interesse do particular, e deve haver oitiva prévia de órgão jurídico.⁶⁹⁴

No mesmo sentido é o posicionamento de Rafael Wallbach Shwind ao defender que o comando do art. 26 possui natureza de “norma de sobredireito”. Para o autor, tal previsão cria regra geral possibilitando à Administração Pública adotar soluções negociadas de forma genérica.⁶⁹⁵

Gabriel Machado também sustenta que diante do silêncio da norma que prevê o sancionamento a respeito da possibilidade de substituí-la pelo acordo, é possível se aplicar o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Para o autor, se

⁶⁹³ Idem

⁶⁹⁴ MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 256.

⁶⁹⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 162.

a norma específica não autorizou nem vedou, aplica-se a regra geral do art. 26 como permissivo à celebração do acordo.⁶⁹⁶

As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942) foram regulamentadas pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Prevê o decreto regulamentar dois instrumentos jurídicos para a celebração do compromisso de que trata o citado art. 26. Em seu art. 10, estabelece a possibilidade de celebração de “compromisso” com os interessados, o qual tem como objetivo “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público”.⁶⁹⁷

O art. 11 do mesmo Decreto regulamentar, por sua vez, traz previsão a respeito da celebração do termo de ajustamento de gestão, que pode ser celebrado entre agentes públicos e órgãos de controle interno com o objetivo de “corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral”.⁶⁹⁸

Assim, a alteração promovida pela Lei nº 13.655, de 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro representa importante marco na celebração de acordos substitutivos. Luciano Ferraz defende que se trata de cláusula geral autorizadora da substituição da unilateralidade do ato administrativo pelo acordo, inclusive na atividade sancionatória da Administração, logo que o art. 26 trata de “eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa”. Nesse sentido, leciona o autor:

Com efeito, após alguns anos de história (cerca de 15 anos), mercê de algumas experiências embrionárias – como a dos termos de ajustamento de conduta (TAC), previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (incluído pela Lei nº 8.078/90), cuja aplicabilidade à Administração Pública ficou bastante restringida por força da interpretação do art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 – o ordenamento jurídico brasileiro consagrou instrumentos típicos de controle consensual da Administração Pública, com destaque para:

a) Suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD), pioneiramente introduzida no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte, pelo art. 6º da Lei Municipal nº 9.310/06 (art. 225-A) (corregedorias administrativas);

⁶⁹⁶ MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 67.

⁶⁹⁷ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 02 jul.2019.

⁶⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 02 jul.2019.

b) Termos de ajustamento de gestão, previstos em diversas leis orgânicas dos tribunais de contas e no art. 26 da Lei nº 13.655/18 (tribunais de contas e controladorias internas);

c) Acordos de leniência, acordos substitutivos e compromissos processuais, que, sobre estarem fragmentariamente presentes em legislação esparsa, passaram a contar com cláusula geral de aplicação à Administração Pública em todos os níveis, inclusive nas esferas controladora e judicial (art. 17 da Lei nº 12.846/16 – referente à inexecução total ou parcial de contratos administrativos – e art. 17 da Lei nº 13.655/18).⁶⁹⁹

Na mesma direção, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma explicam que as hipóteses de aplicação do art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, compreendem competência consensual de ordem geral para a Administração Pública brasileira, não sendo necessária a edição de outra lei específica para subsidiar a atuação da Administração nesse sentido. Ademais, os autores destacam que as hipóteses em que poderão ser celebrados os acordos são “propositalmente indefinidas e fluidas” justamente para abranger situações variadas. Neste sentido, podem ser objeto de negociação qualquer tipo de prerrogativa, seja ela sancionatória, seja fiscalizatória, seja adjudicatória ou outra. Sepultou-se, com o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro qualquer discussão a respeito da impossibilidade de se negociar ou transacionar assuntos de natureza pública. Especificamente quanto aos processos sancionadores, os autores sustentam que eles possuem um conflito adversarial e, portanto, se enquadram como situação contenciosa contemplada pela hipótese trazida pela Lei nº 13.655, de 2018.⁷⁰⁰

Também Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas defendem que o dispositivo representa autorização genérica para a celebração de acordos pela Administração Pública. Os autores destacam a existência de três tipos possíveis de acordos na Administração: (1º) os acordos integrativos, os quais visam negociar o conteúdo de atos unilaterais; (2º) os acordos substitutivos, os quais possuem como objetivo substituir o processo administrativo sancionador ou a própria

⁶⁹⁹ FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 167-169.

⁷⁰⁰ “Contudo, parece-nos adequado considerar que as hipóteses de celebração do compromisso da LINDB são propositalmente indefinidas e fluidas, permitindo até mesmo uma simbiose entre as hipóteses. Nos processos sancionadores, por exemplo, está-se diante de uma situação de irregularidade e igualmente de uma situação contenciosa, considerando a existência de um conflito e de posturas adversariais. Por essa razão, a tipicidade do compromisso da LINDB é relativa: se o compromisso é expressamente definido e disciplinado na Lei nº 13.655/18, há amplas margens de liberdade para definição sobre a melhor estratégia, o conteúdo das cláusulas compromissórias e seus efeitos. Convém ressaltar que o órgão ou ente administrativo poderá regulamentar o art. 26 da LINDB para sua operacionalização interna”. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.

sanção; e (3º) os acordos de complementação, os quais buscam complementar o ato final que será produzido. Nesse sentido, a previsão do art. 26 é passível de ser utilizada como fundamento para substituição de quaisquer das três espécies de acordo.⁷⁰¹

5.4.1.1 Dos argumentos contrários à utilização do acordo substitutivo de sanção administrativa no âmbito dos contratos administrativos

O argumento no sentido da impossibilidade de celebração de acordo a respeito de sanção pode ser sustentado no veto ao inciso II do art. 26, § 1º da Lei nº 13.655, de 2021, o qual previa a celebração de acordos em matéria de sanções e créditos relativos ao passado.⁷⁰² Na oportunidade, o Poder Executivo justificou o veto com base no princípio da reserva legal que impediria transações em matéria de sanções. Além disso, sustentou-se na mensagem de veto que a substituição da sanção pelo acordo estimularia o não cumprimento delas.⁷⁰³ Deste modo, se poderia argumentar que o veto apostado pelo Presidente ao dispositivo, que não foi derrubado pelo Congresso, representaria vedação ao acordo em matéria de sanção administrativa.

Entende-se que a sustentação de impossibilidade de celebração de acordos com base no referido veto não se justifica. Primeiramente, não obstante o veto ter impedido a previsão expressa do acordo, não há vedação na Lei para que eles sejam celebrados. O efeito do veto ao dispositivo foi tão somente não trazer a almejada positividade. Ademais, na linha do que sustentam os autores já citados, a cláusula geral do art. 26 serve como autorização legal para que técnicas de consensualidade no âmbito do processo sancionatório sejam devidamente regulamentadas e praticadas.

⁷⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 102.

⁷⁰² Previa o referido inciso II do art. 26, § 1º: “Art. 26 (...) § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: : II - poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;” BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁷⁰³ Mensagem do veto ao disposto no art. 26, II: Razões do veto “A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação”. BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

Além disso, conforme destaca Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva, o dispositivo vetado regulamentaria especificamente sanções relacionadas ao passado, e este foi um dos motivos invocados pelo Presidente da República para vetá-lo.⁷⁰⁴ De fato, a previsão de efeito retroativo ao dispositivo, admitindo-se acordos sobre sanções já aplicadas, poderia causar insegurança jurídica na determinação de seu conteúdo, e esse foi o objetivo contemplado pelo veto. Portanto, não se tratou de sanções futuras.

Gabriel Machado também sustenta que o veto não gera a proibição do acordo de forma reflexa. Para o autor, o inciso II do art. 26 era redundante, visto que o *caput* do dispositivo já trazia autorização genérica e aberta para celebração de acordos substitutivos de atos administrativos. Há extenso campo de aplicação do dispositivo e sua restrição somente deverá existir nas hipóteses nos termos de legislação específica aplicável, conforme reza a parte final do *caput* do art. 26.⁷⁰⁵

Outro argumento apresentado pela Presidência da República ao vetar o dispositivo seria que a autorização do acordo representaria estímulo para o descumprimento de obrigações sancionáveis. Todavia, o argumento é desprovido de qualquer critério técnico ou científico e, como já se sustentou aqui, a celebração de acordo substitutivo é compatível com a natureza da sanção e pode, inclusive, colaborar para o aumento de eficiência na Administração.

Ao tratar do tema da arbitragem relacionada a conflitos envolvendo a Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello enfrenta a negociação de direitos e a indisponibilidade do interesse público. O autor defende que a negociação envolvendo interesse público somente poderia se dar em relação a conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos, entendendo que somente esse ponto é passível de ser submetido à arbitragem. Para ele, nem mesmo a gradação da sanção a ser aplicada poderia ser objeto de arbitragem, já que a

⁷⁰⁴ “No tocante ao veto aludido, sua intenção fora apenas a de impedir o efeito retroativo da aplicação o compromisso no tempo, mas não a de proibir a celebração de futuros acordos administrativos substitutivos de sanção, o que fica claro na medida em que o inciso tratava tão somente da aplicação para sanções relativas ao passado. A possibilidade de firmar acordos que objetivem a substituição de sanções já aplicadas poderia ocasionar implicações indeterminadas, até porque existem infrações levadas à tutela do Poder Judiciário. Logo, poder-se-ia gerar cenário de insegurança das demandas em seus ritos procedimentais”. SILVA, Victor Carvalho Pessoa de Barros e. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 50.

⁷⁰⁵ MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021, p. 74.

competência de sancionar está umbilicalmente ligada ao dever-poder de sancionar, atraindo a incidência do regime jurídico de direito público.⁷⁰⁶

As conclusões do autor a respeito da impossibilidade de se submeter questões relacionadas a interesse público à arbitragem podem ser transpostas para a celebração do acordo em matéria de sanções administrativas contratuais. Todavia, refuta-se o posicionamento restritivo do autor quanto à possibilidade de se negociar unicamente questões ligadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Conforme já se defendeu no presente trabalho, seção 2.4.1, entende-se que o tratamento das sanções administrativas por meio de acordo não significa disposição de interesse público, já que o exercício contratualizado dos poderes-deveres administrativos é também uma forma de agir da Administração. Somente por previsão legal expressa poderia se retirar algum objeto da atuação contratualizada da Administração. Exercer o poder-dever de sancionar de forma acordada com o particular é também considerado cumprimento desse poder-dever, porém de maneira não unilateral.

No mesmo sentido, Federico Nunes de Matos entende que esse temor existente em parte da doutrina de que a adesão às formas adequadas de resolução de conflitos seria hipótese de disposição de interesse público é infundado. Segundo o autor, tais mecanismos servem, na verdade, para resolver conflitos ligados ao interesse público de forma mais eficiente e econômica.⁷⁰⁷ O autor afirma, também,

⁷⁰⁶ “Com efeito, não nos parece correto assinalar a indisponibilidade do dever-poder de sancionar e, reversamente, sustentar a disponibilidade para resolver, por meio da arbitragem, a contenda havida em razão da magnitude da multa aplicada. Afinal, essas competências guardam entre si uma vinculação umbilical indissociável, atrativa da incidência do regime jurídico de Direito Público. Aliás, caso procedesse o pensamento quanto à disponibilidade da projeção econômica relacionada à multa aplicada, a sentença arbitral poderia, por exemplo, vir a entender que o princípio da bagatela recomendaria que a penalidade imposta pela Administração fosse fixada em valor irrisório, o que seria inadmissível, por frustrar, reflexamente, a própria competência sancionatória. (...) Em vista das nossas críticas aos pensamentos anteriores, quais seriam as relações jurídicas travadas pelo Estado passíveis de arbitragem, em vista da sua qualificação como direitos disponíveis? Há tempos assinalamos (Capítulo X, n. 17) que nos denominados contratos administrativos a parte contratual é apenas que pode ser objeto de pacto e foi pactuada, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. E é precisamente nesta parte que, em tese, poderá haver arbitragem. Disto resulta que, ao nosso juízo, apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem. E nada mais além disso”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 910-911.

⁷⁰⁷ “O temor de alguns segmentos mais conservadores da doutrina de que o recurso à arbitragem poderá implicar a disponibilidade do interesse público é infundado. A utilização de mecanismos adequados de resolução de conflitos pela administração pública, tais como a arbitragem, ao contrário de infringir o interesse público, serve, em grande medida, para a sua consecução. Vale ressaltar que constitui interesse da coletividade a resolução de conflitos surgidos entre particulares

que a Administração Pública, ao dispor de interesse de natureza patrimonial, não está necessariamente dispondo de interesse público, pois a disposição de determinados direitos pode ser necessária até para se atingir o próprio interesse público.⁷⁰⁸

Em nota técnica a respeito dos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2014, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal também defende que os acordos podem se mostrar instrumentos mais aptos a atingir o interesse público em condições determinadas, na medida em que atinge, de forma mais rápida e efetiva, o que se busca alcançar por outros meios. Nesse sentido, o órgão defende a existência de interesse público na celebração desses pactos.⁷⁰⁹

Em suma, entende-se que não prosperam os argumentos contrários à utilização do acordo em matéria de prerrogativas públicas, especialmente a aplicação de sanções administrativas, já que o exercício acordado da prerrogativa não significa a disposição de interesse público, mas sim a utilização dessa prerrogativa de forma não unilateral.

Nesse sentido, entende-se que a previsão do art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, contém autorização legal suficiente para se fundamentar a possibilidade de celebração de acordo em substituição à sanção administrativa. Na esteira do que

e a administração pública em tempo razoável.¹⁰³¹ De outro lado, o emprego da arbitragem pela administração pública, especialmente no âmbito dos contratos administrativos, tende a reduzir o custo econômico dos negócios jurídicos realizados com os particulares, na medida em que diminui os riscos associados às perdas decorrentes de eventuais litígios serem levados ao poder judiciário". MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 266.

⁷⁰⁸ "Pode-se afirmar que a administração pública, ao dispor de direitos de natureza patrimonial, não está necessariamente dispondo do interesse público envolvido no caso concreto. Pelo contrário, em diversas situações fáticas a consecução do interesse público pode demandar da administração a alienação de direitos de natureza patrimonial a terceiros.¹⁰¹⁰ Ou seja, a alienação de direitos patrimoniais de que a administração seja titular não configura ofensa à indisponibilidade do interesse público; pelo contrário, tais atos de disposição patrimonial fazem parte da própria gestão do interesse público." MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 263.

⁷⁰⁹ "Não se abandona o interesse público na celebração da leniência. Dada a natureza instrumental da sanção, a negociação bilateral e equilibrada que a dispensará objetiva atingir finalidades públicas, incluindo a obtenção do efetivo ganho informacional em circunstâncias concretas. Com efeito, adota-se instrumento que melhor realiza o interesse público em condições determinadas, quando se revelam justificadas as vantagens legais concedidas à pessoa jurídica infratora colaboradora, cujo conteúdo (definição e valor) há de ser aferido, mediante adequada comparação entre contexto desenhado com a celebração e efetivação do acordo, e a situação tal qual se delinearía e eventualmente permaneceria, sem o ajuste." BRASIL. Ministério Público Federal. **5ª Câmara de Coordenação e Revisão**: Combate à corrupção. Nota Técnica nº 1/2017 – 5ª CCR. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

defende Luciano Ferraz, com base em decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª região,⁷¹⁰ não é coerente que se admita a celebração desses acordos substitutivos da sanção para hipóteses de prática de corrupção (acordos de leniência) e, mais recentemente, até mesmo em casos de improbidade administrativa,⁷¹¹ e não se admita no âmbito das sanções decorrentes de contratos administrativos. Ademais, o contrato é o espaço adequado para o desenvolvimento de relações sinalagmáticas, consensuais, não sendo aceitável que o ato unilateral de penalização seja a via única e obrigatória mediante a ocorrência de inadimplemento contratual.

5.4.2 A previsão legal de acordos substitutivos de sanção no âmbito dos contratos administrativos

Os meios alternativos de solução de conflitos não tinham previsão na Lei nº 8.666, de 1993 – Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Apenas as Leis nº 8.987, de 1995, e Lei nº 11.079, de 2004, traziam a previsão de utilização de arbitragem na resolução de conflitos que envolvessem direitos patrimoniais disponíveis.⁷¹²

No influxo da Lei nº 13.655, de 2018 e do que se sustentou no tópico anterior, começou-se a reconhecer a possibilidade de novas formas de resolução de conflitos no âmbito dos contratos administrativos. Nesse sentido, destacam-se os enunciados

⁷¹⁰ “Assim sendo, a juízo da instância administrativa ou controladora legitimada, uma vez presentes os condicionamentos exigidos pela Lei, o art. 26 da LINDB autoriza a firmação de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos legitimados (aqueles constantes do art. 5º, § 6º da lei nº 7.347/85), tanto nos inquéritos civis e disciplinares quanto nas ações de improbidade administrativa. Afinal, “nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como, por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito”. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública.** (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 175-176.

⁷¹¹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6. Acesso em: 30 jul.2021.

⁷¹² “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 30 jul.2021. “Art. 11 (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

produzidos no ano de 2020 pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, órgão pertencente ao Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da sua I Jornada de Direito Administrativo. Na oportunidade, foram editados diversos enunciados a respeito de temas do Direito Administrativo, dentre os quais destacam-se cinco que se relacionam mais especificamente com a resolução de conflitos em contratos administrativos:

1º) o enunciado nº 10 estabelece que a Administração Pública pode, por meio de Termo Aditivo, incluir em seus contratos administrativos instrumentos de resolução de conflitos alternativos à judicialização, tais como mediação, arbitragem e *dispute boards*;⁷¹³

2º) a respeito da arbitragem, reconheceu-se por meio do Enunciado nº 15 a necessidade de sua publicidade por força do que dispõe a Lei nº 12.527, de 2011;⁷¹⁴

3º) o enunciado nº 18, por sua vez, reconhece a possibilidade de utilização da arbitragem ainda que omissa o Edital da Licitação que deu origem ao respectivo contrato administrativo;⁷¹⁵ e

4º) o enunciado nº 39, o qual fixa o entendimento de que a indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, embora dependam de fundamentação prévia e por escrito;⁷¹⁶

5º) no que se refere às controvérsias surgidas quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o Enunciado nº 19 reconhece a possibilidade de utilização de meios extrajudiciais de resolução prevenção e resolução de disputas, em especial a mediação, a conciliação, o *dispute board* e a arbitragem.⁷¹⁷

⁷¹³“Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.” BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Administrativo. Enunciados Aprovados. **Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁷¹⁴ “Enunciado 15. A Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).” Idem.

⁷¹⁵ “Enunciado 18. A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.” Idem.

⁷¹⁶ “Enunciado 39 A indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes.” Idem.

⁷¹⁷ “Enunciado 19. As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.” Idem.

Veja-se que os enunciados fazem referência expressa à possibilidade de adoção das técnicas extrajudiciais de resolução de disputas no Brasil, tanto aquelas para as quais já há legislação específica (mediação e arbitragem) quanto em relação ao *dispute board*.

A Lei nº 14.133, de 2021, em seu art. 151, trouxe previsão específica a respeito da utilização dos chamados “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsia”. No *caput* há previsão genérica para tais meios alternativos, estabelecendo de forma exemplificativa, pois utiliza a expressão “notadamente”, os institutos da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a arbitragem.⁷¹⁸ Ou seja, não houve limitação de hipóteses de solução alternativa de controvérsias, podendo ser estabelecidas outras com esse objetivo de solução consensual dos conflitos.

Quanto ao âmbito de incidência desses meios alternativos, no seu parágrafo único a Lei limita a utilização dos respectivos termos às hipóteses de “direitos patrimoniais disponíveis”, citando como exemplo “as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.”⁷¹⁹ (g.n.).

Veja-se que houve previsão específica para que o inadimplemento de obrigações contratuais e as indenizações decorrentes de contratos administrativos sejam tratados em instrumentos alternativos de resolução de controvérsias. Dessa forma, a Lei correlacionou as controvérsias oriundas de inadimplemento contratual com o conceito de direitos patrimoniais disponíveis.

Considerando a aplicação subsidiária da Lei nº 14.133, de 2021, à Leis nº 8.987, de 1995, e à Lei nº 11.079, de 2004, considera-se que a autorização legal se estende aos contratos de concessão de serviços públicos, que também poderão

⁷¹⁸ “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jul.2021

⁷¹⁹ BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

celebrar acordos substitutivos de sanção administrativa quando da ocorrência de infração contratual.

Assim, seguindo-se os ensinamentos de Onofre Alves Batista Júnior,⁷²⁰ para que se possa celebrar transação no âmbito do Direito Público é necessário que o bem ou direito seja disponível ou que haja autorização legal para tanto. Quanto ao objeto de estudo deste trabalho, a Lei classificou a ocorrência de inadimplemento de obrigações contratuais no rol exemplificativo das questões que se relacionam a direitos patrimoniais disponíveis.

O referido autor destaca que, embora o acordo possa ocorrer sem autorização legal específica, para que haja transação de direitos no Direito Público é necessário que a lei autorize ou que se trate de direito público disponível.⁷²¹ No presente caso, a Lei considerou que a ocorrência de infrações contratuais se relaciona com direito patrimonial disponível para fins de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

Ao mesmo tempo, Onofre Batista também destaca que mesmo diante de bens ou interesses indisponíveis, tais acordos podem ser celebrados no sentido de se negociar seus efeitos patrimoniais. Assim, no caso da sanção, ainda que se considerasse sua indisponibilidade, ela poderia ser negociada quanto aos valores das multas, por exemplo.⁷²²

Assim, com a previsão do parágrafo único do citado dispositivo, ficaram solucionadas as duas questões principais em torno da possibilidade da celebração de acordos substitutivos de sanção em contratos administrativos. A primeira é quanto à possibilidade de se tratar a sanção por meio de outros instrumentos que não seja o ato administrativo unilateral, o que, pelo teor do citado dispositivo, fica claro que sim. Ora, quando se admite que infrações contratuais sejam resolvidas por meio de

⁷²⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 512.

⁷²¹ Idem, p. 514

⁷²² “Em síntese, embora a doutrina civilista, usualmente, marque que só se pode transacionar aquilo que se pode dispor, na realidade, a ideia de indisponibilidade não se confunde integralmente com a impossibilidade de se transacionar. Mesmo no que diz respeito a direitos absolutamente indisponíveis, é possível que destes decorram efeitos patrimoniais negociáveis. Da mesma forma, do fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 521.

instrumentos alternativos ao ato administrativo, por via de consequência também se está tratando a consequência jurídica que dela advém, ou seja, a sanção. Não se pode imaginar que a Lei permitiria tratar a causa (infração contratual) e não a sua consequência (penalidade) por meios alternativos ao ato administrativo unilateral.

Já a segunda questão diz respeito ao instrumento que poderá substituir o ato administrativo unilateral. A Lei deixa claro que é possível se utilizar a arbitragem, a mediação, a conciliação e as câmaras de arbitragem, mas sem se limitar a eles. Pela interpretação sistemática da legislação, reconhece-se a possibilidade da celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa no âmbito dos contratos administrativos, denominados pela Lei nº 13.655, de 2018, como termos de compromisso.

Desse modo, a possibilidade de celebração do acordo substitutivo de sanção administrativa em contratos administrativos está demonstrada tanto do ponto de vista da substância (aplicabilidade à sanção administrativa) quanto do ponto de vista do meio a ser empregado (acordo substitutivo). Resta, analisar, portanto, as razões que fundamentam sua utilização, quais as hipóteses em que deve ser empregado e qual será o seu conteúdo.

5.5 Justificativa para a celebração de acordos em matéria de sanções administrativas: por que contratualizar a sanção?

Nas seções anteriores, sustentou-se que a finalidade da sanção administrativa é, antes de tudo, demover o potencial infrator de praticar os atos qualificados como infração administrativa. Além disso, as sanções administrativas têm como objetivo não só evitar o dano, mas também a ocorrência dos meios que possam levar ao risco do dano. Ou seja, a finalidade preventiva não está apenas dirigida ao resultado danoso, mas também em evitar a ocorrência dos meios que possam levar a esse resultado danoso. É o caso, por exemplo, da prevenção do incêndio: no Direito Administrativo Sancionador não se pune apenas se ele ocorrer, mas também se não forem empregados os meios necessários para preveni-lo. Portanto, a sanção administrativa possui finalidade dissuasória e preventiva no que se refere à ocorrência da infração. Além disso, há a finalidade prospectiva, voltada para evitar a reincidência.

A forma tradicional de se atingir esse objetivo é mediante punição por processo administrativo sancionador, que possui, ao final, dois resultados possíveis: (1º) seu

arquivamento, por ausência de provas suficientes da culpabilidade do infrator ou da ocorrência da infração administrativa; (2º) a aplicação da punição, se comprovada a existência da infração, nexos de causalidade e o elemento subjetivo (dolo e culpa). Abstratamente são previstos tipos infracionais que redundarão na aplicação de penalidades mediante a ocorrência da conduta infracional.

Na seção 3, já se viu que os instrumentos contratuais podem estabelecer a tipificação por remissão, complementando e especificando os tipos infracionais que não foram detalhados no âmbito abstrato da lei. Trata-se da contratualização do tipo infracional, quando, então, se prevê em contrato celebrado entre as partes as hipóteses em que a sanção será aplicada. Trata-se; inclusive; de exigência legal, decorrente tanto da Lei nº 8.666, de 1993, quanto da Lei nº 14.133, de 2021, e ainda, das Leis que regulam as concessões de serviço público, Lei nº 8.987, de 1995 e Lei nº 11.079, de 2004.

Nesta seção, já se enfrentou a análise da possibilidade jurídica de contratualização da sanção, entendendo-se que há autorização constitucional e legal para que ocorra. Todavia, ainda é necessário se investigar as razões que induzem à celebração do acordo, se a Administração tem o poder de, unilateralmente, aplicar a penalidade.

O acordo de leniência possui uma razão específica: buscar provas que possam levar a Administração a chegar a novos culpados ou outras práticas corruptivas. Todavia, a diferença do acordo de leniência para o acordo substitutivo de sanção administrativa é que esse último não se reduz a essa finalidade de persecução de provas, mas pode ser celebrado mesmo que não haja prática corruptiva ou busca por provas. Com efeito, qual seria, afinal, a razão de se substituir o ato administrativo unilateral pelo acordo?

Conforme já se disse, a finalidade preventiva, dissuasória e prospectiva da sanção refere-se à ideia de que o particular-contratado não incorra na prática das infrações e, se incorrer, que tenha firmemente a ideia de não reincidir. Para tanto, é necessário que as medidas sancionatórias sejam efetivas e que criem no indivíduo esse desinteresse em cometer infrações. Em que medida o acordo em lugar do ato administrativo sancionador pode colaborar com essa finalidade?

Inicialmente, é importante desmitificar a ideia de que celebrar o acordo em substituição à sanção administrativa seria uma absolvição e não penalização do infrator. O que se fala aqui é na substituição do ato administrativo unilateral

sancionador por um acordo, o qual regulará o conteúdo das medidas a serem aplicadas ao infrator. É possível que se insira no acordo a modulação da sanção ou medidas alternativas a ela que representem uma forma de tutelar o bem jurídico lesionado com a infração. Assim, para que o acordo seja celebrado, nem sempre é necessário que haja isenção de sanção ao particular. Todavia, o modo de se estabelecer a penalidade, se for o caso da aplicação dela, é que se dá pela via do acordo.

A primeira justificativa para a celebração do acordo em detrimento do ato sancionatório unilateral é o princípio da consensualidade. Conforme já se expôs nas seções anteriores, as práticas consensuais são mais aderentes ao princípio democrático do que as unilaterais, as quais ainda carregam a lógica da imperatividade. No caso das sanções contratuais sua tipificação ocorre por meio do acordo, por força do que determina a legislação. A falta de tipicidade na legislação atinente às sanções contratuais deve ser suprida com a especificação das infrações e sua correlação com as sanções no instrumento contratual. Isso prestigia a consensualidade e aumenta a aderência da empresa contratada ao que seguirá estabelecido. Diferentemente do que ocorreria se a tipificação das infrações estivesse estabelecida apenas em regulamento unilateral da Administração, sem qualquer singularização para o caso específico.

Nesse sentido da maior aderência que o acordo proporciona, Onofre Alves Batista Júnior destaca que com o alargamento das competências da Administração com o Estado Democrático de Direito, mandar não basta. É preciso “fazer convergir as vontades. O ato unilateral assegura, por certo, a submissão, mas é incapaz de assegurar o entusiasmo e o desejo de colaboração”.⁷²³

O acordo e a consensualidade diante da infração administrativa trazem resultados favoráveis tanto na perspectiva da finalidade de prevenção geral do ilícito, ligada ao desestímulo à impunidade, quanto à prevenção especial, ligada ao desestímulo à reincidência por parte do infrator. Em relação à prevenção geral, o acordo demonstra-se como meio rápido para dar uma resposta à sociedade quanto à infração praticada. Já no que se refere à prevenção especial, há maior aderência por parte do acusado na medida em que participa, por ato de sua vontade, do processo

⁷²³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p. 463.

diálogo e deliberativo, ao invés de se submeter a uma decisão unilateral que lhe será imposta.⁷²⁴

André Luiz de Almeida Mendonça, Luz Estella Nagle e Nicolás Rodríguez-García defendem a perspectiva integrativa nas negociações conduzidas por agentes públicos. Deve-se transformar a perspectiva em que todos perdem (a sociedade com a prática da atividade ilícita e prejuízos que são causados ao erário e ao particular com a violação do ordenamento jurídico) para uma perspectiva em que todos ganham (o Estado com a prevenção geral e especial do conflito e o particular com o desestímulo de voltar a praticar a infração).⁷²⁵

Em contrapartida a essa perspectiva integradora do ganha-ganha está a visão distributiva da negociação, segundo a qual para que alguém ganhe o outro deve perder. Na perspectiva distributiva, o interesse público somente seria alcançado se o infrator fosse punido, ou seja, deve perder para que o interesse público ganhe. Essa perspectiva distributiva da negociação não é a que se utiliza neste trabalho, visto que a consensualidade, que se adota como referência, pressupõe a possibilidade de objetivos comuns e soluções em que ambas as partes possam ter resultados positivos.⁷²⁶

Outra justificativa para a celebração do acordo em lugar da sanção unilateral é a eficiência. Segundo Rodrigo Bracet Miragaya, é possível destacar a existência de três concepções diversas em que se baseia a Administração Pública: (1ª) a legalidade; (2ª) a eficiência e a (3ª) a boa governança.⁷²⁷ A legalidade tem ligação com o modelo de Administração tradicional, tendo a lei como norte para indicar o que o aparato burocrático pode ou não fazer. A eficiência, por sua vez, principal mote da Administração Pública Gerencial, adota um modelo de Administração consequencialista e de racionalidade econômica que deve basear suas decisões na análise entre meios e fins. Já a boa governança está ligada à Administração democrática ou participativa que se volta para o envolvimento do interessado no processo de tomada de decisão. Um modelo não substitui o outro e os três convivem

⁷²⁴ MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **Negociación en casos de corrupción: fundamentos teóricos y prácticos**. Valencia: TirantLo Blanc, 2018. p. 50.

⁷²⁵ Idem, p. 51.

⁷²⁶ Idem p. 51.

⁷²⁷ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo: entre atos unilaterais e contratos**. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 59. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

na aplicação do Direito Administrativo, embora em dado momento histórico um possa ter mais ascendência sobre o outro.

A perspectiva da boa governança e da Administração democrática e participativa é, também, fundamento da celebração dos acordos substitutivos de sanção. Quanto à perspectiva da legalidade, já se viu que o direito brasileiro reconhece e estimula a existência de acordos em substituição à sanção. Ocorre que se a legalidade se limita a dizer que o acordo é possível, sem apontar em que hipótese deve ser utilizado, é na ideia de eficiência e no balizamento entre meios e fins que se encontra a resposta sobre quando se substituir a aplicação da sanção por meio de ato administrativo pelo acordo.

A tramitação do processo administrativo sancionador de forma litigiosa é dispendiosa, demorada e gera resistência de ambas as partes, além de, não raras vezes, acabar sendo judicializada. Gustavo Binbenbojm elenca algumas vantagens em se preferir o acordo em detrimento da sanção unilateral e, dentre elas, destaca o incremento de efetividade, já que se trata de uma adesão voluntária. Além disso, o acordo colabora na redução do tempo dos processos e nos custos inerentes, bem como com na diminuição da litigiosidade administrativa e judicial.⁷²⁸

Nesse sentido, destaca-se também o princípio constitucional da celeridade processual, estabelecido no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República de 1988.⁷²⁹ O dispositivo constitucional cria garantia constitucional em favor do cidadão de duração razoável do processo tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, bem como a utilização de meios que garantam a celeridade na tramitação de tais processos. Assim sendo, a Constituição cria uma garantia que não apenas deve ser respeitada, mas a partir da qual devem ser criados meios adequados para que seja implementada. A possibilidade de celebração do acordo em detrimento da sanção abre a possibilidade de solução célere para a controvérsia e pacificando a relação contratual na qual se instalou.

Não é demais destacar que há relação entre celeridade e eficiência. Conforme defende Onofre Alves Batista Júnior, a ideia de eficiência exige a otimização da

⁷²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 117.

⁷²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 jul.2021.

relação tempo x custo x benefício.⁷³⁰ Respeitando-se a finalidade a ser atingida por um determinado ato administrativo, deve a Administração procurar os meios que propiciem a maior agilidade possível no atingimento do interesse público. Especialmente na seara dos contratos administrativos, em que a execução do objeto ocorre de maneira dinâmica, a intervenção necessita ser ágil. A abertura do processo administrativo sancionador, com fase de coleta de provas, apresentação de defesa, análises técnicas e jurídicas, bem como garantia do direito ao recurso são procedimentos que, não obstante imprescindíveis como garantias constitucionais, demandam tempo. Se a resposta à infração contratual se dá de forma acordada entre Administração e empresa-contratada, a intervenção se dará de maneira mais rápida, estancando de imediato os conflitos contratuais e os danos que deles possam decorrer. Desse modo, a possibilidade do acordo é um meio adequado de se resolver o conflito de forma rápida e atende aos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade processual.

Ademais, essa singularização da sanção por meio do acordo tem relação direta com o que se defendeu a respeito da tipicidade da sanção por remissão. Na seção 4 foi analisada a tipificação da infração por meio do acordo como complemento da Lei. Aqui, analisa-se a singularização da sanção por meio de acordo. Ou seja, constatada a infração e a necessidade de se aplicar a sanção, oferece-se ao particular o acordo com a singularização da penalidade que lhe será aplicada ou das alternativas a essa penalidade.

Conforme bem destacam André Saddy e Rodrigo Azevedo Grecco, a natureza preventiva da composição de conflitos é conquista da cidadania e a utilização do consenso como medida substitutiva da unilateralidade representa grande potencial de mitigação de conflitos administrativos e judiciais, com prestígio, portanto, ao princípio da eficiência.⁷³¹

⁷³⁰ “A articulação coordenada dos meios deve observar não apenas a maior produtividade ou economicidade possível, como também a celeridade e a presteza com que o interesse público é atendido. A ideia de eficiência impõe uma exigência de otimização da “relação tempo x custo x benefício” na atuação administrativa. Determinado o fim a se buscar, sopesados os interesses envolvidos, a articulação deve proporcionar, da mesma forma, a maior agilidade possível no seu atendimento (...).” BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 197.

⁷³¹ “A ideia que subjaz nessas novas formas de administrar é a de fortalecer a prevenção administrativa dos conflitos, que se multiplicam nas sociedades contemporâneas e geram uma avalanche de litígios contra o Poder Público, abarrotando as prateleiras dos órgãos de justiça com milhares de processos que poderiam ser evitados. A busca do incremento dessa atuação preventiva e de composição de conflitos administrativos já instaurados é uma das mais

Juliana Bonacorsi de Palma também destaca que a redução de tempo e de custos são os grandes benefícios que podem advir da celebração dos acordos em detrimento da aplicação de sanção. Além disso, limita o risco de judicialização da demanda, pois o acordo se sustenta na ideia de consensualidade e, portanto, pressupõe cumprimento voluntário pelas partes.⁷³²

No mesmo sentido dessa eficiência do acordo em substituição à sanção administrativa, o resultado prático do acordo é um dos motivos que levam à sua celebração em detrimento do ato administrativo sancionador. Conforme destaca Renata Lane, há uma grande deficiência no sistema punitivo brasileiro no âmbito da Administração e grande número de ações judiciais que podem surgir. Assim, a celebração do acordo tem a possibilidade de tornar esse sistema punitivo mais eficaz, evitando gastos com o processo administrativo sancionador e, em algumas hipóteses, até colaborando com a apresentação de outras provas ou indicação de outros envolvidos que, até então, não teriam sido identificados.⁷³³

Obviamente que nem sempre o acordo será possível, dentro da análise objetiva a ser realizada no caso concreto. Primeiramente, é preciso analisar se o particular está imbuído da mesma perspectiva da negociação integrativa que a Administração. A perspectiva do ganha-ganha da negociação deve envolver a atuação de ambos os atores do negócio. Se o particular estiver envolvido por uma perspectiva distributiva, buscando ganhar ou manter seus benefícios em detrimento de também proporcionar ganhos em favor do interesse público, não será possível se avançar com o acordo. É possível que o interesse do particular seja, portanto, utilitarista, de modo a buscar alcançar apenas objetivos pessoais de modo ilícito. Em situações como essa, o acordo restará fracassado.

Além disso, no caso do acordo para substituição da atividade sancionatória no âmbito dos contratos administrativos, poderá ocorrer do particular não se mostrar capaz de atender ao que o interesse público busca concretamente naquele caso,

importantes conquistas da cidadania e da sociedade em geral; e tudo se dá graças à possibilidade de utilização do consenso como modalidade substitutiva/suspensiva da ação unilateral e imperativa do Estado. SADDY, André. GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, v.52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206.pdf. Acesso em: 30 jun.2019.

⁷³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285.

⁷³³ LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumenlures, 2021, p.116.

como, por exemplo, manter a execução do contrato ou apresentar melhoria de performance na sua execução. Se não houver contrapartida a ser oferecida ao interesse público, a negociação na perspectiva integradora (ganha-ganha) também poderá restar frustrada.

Sem desconsiderar, no entanto, tais situações de inviabilização do acordo, o que se defende, com base no princípio da consensualidade, da eficiência e com base na teoria da regulação responsiva é que o acordo substitutivo da sanção administrativa contratual seja alternativa preferencial à aplicação da sanção e rescisão do contrato administrativo.

O Direito Administrativo brasileiro passa por uma mudança de perspectiva, de modo que a praticidade das decisões se torna o alvo principal das motivações administrativas, em prol do princípio da eficiência. Essa mudança de interpretação que privilegia o resultado em detrimento da forma foi consolidada com a Lei nº 13.655, de 2018 e suas alterações em relação ao Decreto-lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). A aludida legislação passou a prever, além dos dispositivos já citados nesta pesquisa, o art. 20 que determina que sejam analisadas as consequências práticas da decisão.⁷³⁴ O dispositivo não veda que se decida com base em valores abstratos, porém, obriga que nesses casos a motivação deverá considerar as consequências práticas da decisão. Trata-se da visão consequencialista e pragmática da decisão administrativa.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas avaliam também que o dispositivo mencionado tem relação com a responsividade da decisão. O dever de motivação é aumentado quando se trata de decisão com base em valores abstratos, hipóteses em que as consequências do ato devem ser antevistas, avaliadas e sopesadas.⁷³⁵

No mesmo sentido, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa também deverá indicar na motivação a necessidade e a adequação da medida, “inclusive em face das possíveis alternativas”. Ora, se para a invalidação do contrato administrativo é

⁷³⁴ “Art. 20 Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 jul.2021.

⁷³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Véras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 32.

obrigatório que se avaliem alternativas possíveis, não se pode imaginar que o tratamento seja distinto quando se trata de aplicação de sanções administrativas e rescisão contratual.

Gustavo Binenbojm denomina esse movimento de prestígio ao resultado prático das decisões administrativas como giro hermenêutico pragmático do Direito Administrativo. Baseando-se na teoria de Thamy Progrebinschi, o autor discorre sobre esse pragmatismo filosófico com base em três fundamentos: (1º) o antifundamentalismo; (2º) o contextualismo; e (3º) o consequencialismo.⁷³⁶

O antifundamentalismo nega a existência de uma verdade apriorística ou de uma abstração metafísica. Trata-se de uma crítica à valorização da teoria em detrimento da prática, não se admitindo que se deturbem os dados para que caibam dentro das teorias. O contextualismo, por sua vez, impõe a necessidade de se valorizar a experiência prática, assim entendida a social, a histórica, a econômica e a cultural. Deve-se levar em conta o contexto real na interpretação. Já o consequencialismo significa voltar os olhos para o futuro, de modo que o intérprete avalie as consequências e as diferenças que se produzirá na realidade.⁷³⁷

Gustavo Binenbojm enquadra as alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como resultado desta inclinação pragmática do Direito Administrativo. Não se vedaram os argumentos baseados em valores abstratos, porém foram inseridos novos elementos pragmáticos que devem ser levados em consideração no processo de tomada de decisão por parte do administrador público.⁷³⁸

Desse modo, diante da hipótese de aplicação de sanção e rescisão contratual, torna-se atividade interpretativa obrigatória da Administração apreciar as consequências que poderão advir da paralisação de um determinado contrato. Não poderá a Administração optar pelo caminho do sancionamento e da rescisão contratual quando a melhor via for a do acordo e do balizamento das sanções em favor da continuidade do contrato e da adequada e tempestiva prestação de serviços públicos, realização de obras públicas ou entrega dos bens adquiridos.

⁷³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

⁷³⁷ Idem, p. 54 a 56.

⁷³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 63.

Neste sentido, é possível citar também, por analogia, o regramento estabelecido pela Lei nº 14.133, de 2021, no que se refere à possibilidade de anulação do contrato administrativo. Ao tratar do assunto, o legislador se utilizou da aplicação pragmática do Direito Administrativo. Em seu art. 147, a Lei estabelece que a decisão administrativa de anulação somente será adotada depois de analisados diversos critérios estabelecidos em 11 incisos, os quais possuem caráter exemplificativo para os fins da norma.⁷³⁹ O dispositivo determina que sejam analisadas as circunstâncias práticas da decisão da anulação do contrato, inclusive impactos econômicos; riscos sociais, ambientais e de segurança da população local; as despesas de mobilização; o fechamento de postos de trabalho; entre outros.

Desse modo, mesmo diante de alguma ilegalidade insanável (porque se for sanável, o *caput* do dispositivo obriga que o caminho seja sua convalidação), ainda assim o legislador sinaliza no sentido de que a manutenção do contrato é a regra. Ou seja: a invalidade que sempre foi considerada absoluta porque decorrente de vício insanável⁷⁴⁰ não leva à eliminação sumária do contrato, ainda sendo necessário fazer as avaliações dos critérios estabelecidos pela lei para a continuidade ou não do contrato. Trata-se de uma postura pragmática ou consequencialista da Administração, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁴¹ e Jacinto Arruda Câmara.⁷⁴² A

⁷³⁹ “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 28 jul.2021.

⁷⁴⁰ Sobre atos administrativos nulos e anuláveis e convalidação de ato administrativo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 291.

⁷⁴¹ “Nesse caso, o contrato poderá até prosseguir vigendo, mesmo com a existência do vício, sem prejuízo da indenização por perdas e danos, bem como da apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades a quem deu causa à mácula. Adota-se, pois, a postura consequencialista, em que a decretação da nulidade somente se justifica se seus efeitos atenderem ao interesse público”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 648.

⁷⁴² “Adotou-se postura consequencialista. A invalidação só se justificará se seus efeitos atenderem ao interesse público. Como o Judiciário aplicará tais critérios? Essa decisão não deve ser mera

decretação de nulidade somente se justifica se as consequências disso atendem ao interesse público.

Ora, até mesmo diante de vício insanável do ato a legislação admite que a continuidade do contrato é a regra e sua anulação a exceção, uma vez que estabelece um rol extenso de requisitos (exemplificativos) que devem ser analisados antes da anulação. Desse modo, outro não pode ser o raciocínio quando se tratar de rescisão de contrato administrativo.

Luciano Ferraz também destaca a novidade do dispositivo e sua tendência de relativização da unilateralidade administrativa, passando o desfazimento da nulidade dos contratos administrativos a ser empregada apenas em casos extremos. Reconhece também o alinhamento da tendência às disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo o autor, a incorporação na análise da Administração quanto a anular ou não o contrato administrativo das consequências práticas da decisão “abarca a possibilidade de superação e juízos ortodoxos de tudo ou nada”.⁷⁴³

Assim, ao se transpor a aplicação prática do instituto da anulação para o âmbito das sanções administrativas contratuais (entre as quais está a rescisão contratual), é possível se entender que a continuidade do contrato deve sempre ser a regra para a Administração Pública, sendo a sua rescisão a exceção. Assim, diante da inexecução contratual pela empresa contratada, ao invés de se ter como primeira via a aplicação de penalidades e a rescisão o contrato, deve-se optar pela via do acordo, na tentativa de se manter o contrato em funcionamento.

A partir do exposto, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro contempla justificativas suficientes para que se substitua a sanção pelo acordo, especialmente no âmbito de contratos administrativos. Diante da infração contratual, é possível que o acordo não seja celebrado e que se determine a instauração do

manifestação de vontade ou de impressões subjetivas; o julgador precisará ampliar seu repertório, de modo a analisar os impactos econômicos e político-sociais das contratações impugnadas. E os Tribunais de Contas? Eles também deverão se adaptar. Embora sem competência para invalidar ou sustar contratos, devem adotar os novos parâmetros em suas recomendações, apontando quando contratações irregulares devam ou não ser invalidadas em função do interesse público.”CÂMARA, Jacintho Arruda. **Invalidação de Contratos Públicos na Nova lei: um exemplo de consequencialismo.**2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>. Acesso em: 30 ago.2021.

⁷⁴³ FERRAZ, Luciano. Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 217.

processo administrativo sancionador com aplicação de penalidades e rescisão do contrato administrativo. Todavia, tal como ensina a teoria da regulação responsiva, essa não deve ser a primeira opção e, para que seja utilizada, é necessário que a Administração apresente motivação baseada em fatos objetivos.

5.6 O conteúdo do acordo substitutivo da sanção administrativa: o que negociar?

Quando se fala do acordo de leniência previsto nos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção), a lei deixou claro o objetivo que motiva substituir a sanção por um acordo: a busca da verdade. Por meio de tal acordo, se admite a amenização da sanção administrativa em prol das informações que podem ser fornecidas pelo particular. Nesse sentido, o art. 16 da Lei é expresso ao determinar que o acordo pode ser celebrado com as pessoas jurídicas que “colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”. Ao mesmo tempo, exige-se um resultado específico: a identificação dos envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração.

Ao tratar da substituição das sanções aplicáveis no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 2002, Lei nº 12.462, de 2011 e Lei nº 14.133, de 2021, não se está tratando da prática corruptiva, pois se assim fosse, incidiria sobre o tema a Lei anticorrupção. A discussão deste trabalho é a respeito da substituição da sanção pelo acordo quando não se está diante da prática corruptiva, o que gera a incidência de outro regramento.

Nisso se distinguem o acordo de leniência e os acordos ou termos de compromissos em substituição aos atos administrativos unilaterais: o objetivo do acordo de leniência é a apresentação de provas e culpados em troca do abrandamento ou afastamento das penas que poderiam ser aplicadas aos particulares, enquanto no caso do acordo substitutivo de ato unilateral ou de sanção não é esse o objetivo. Nesse último caso, o que se busca é uma solução consensual mais eficiente, célere e consentânea com o interesse público do que a condução de processo administrativo sancionador e aplicação de sanção administrativa, as quais são menos eficientes, mais dispendiosas e mais demoradas para a Administração.

Neste caso, em que não se procuram culpados nem provas de culpa para prática corruptiva, qual a contrapartida a ser buscada na celebração de um acordo

com diminuição de pena ou leniência? Qual é o conteúdo deste acordo e o que a Administração Pública almejará alcançar em troca da possível leniência para com sanções que poderiam ser aplicadas por meio de um ato administrativo unilateral?

Inicialmente, destaca-se o ensinamento de José Manuel Sérvulo Correia quando trata das contraprestações a serem estabelecidas ao contratado pela Administração. Para ele, a negociação de um ato administrativo sobre o qual a Administração tem margem de deliberação deve ter ligação com os fins para os quais está voltada a conveniência administrativa. Ou seja: a administração opta pelo acordo, que é um dentre dois caminhos que poderiam ser seguidos, e estabelece contraprestações para o particular. Tais contraprestações devem ser fundamentadas na finalidade daquele ato, de modo que o ato não seria oportuno sem elas. Desse modo, os efeitos do ato devem estar contidos dentro dos limites da margem de liberdade deixada pelo legislador.⁷⁴⁴

Nesse sentido, ao se tratar do conteúdo do acordo substitutivo de sanção administrativa, é preciso se motivar a decisão de modo que o acordo atinja de forma mais adequada os efeitos esperados pelo legislador do que o ato unilateral.

Conforme já se mencionou, o contrato administrativo é instrumento de gestão da Administração. Portanto, é interesse da Administração e interesse público que a empresa contratada tenha performance adequada de modo a propiciar ganho de eficiência para a Administração na execução daquele contrato administrativo. A inexecução parcial do contrato (visto que diante da inexecução total, dificilmente será possível a celebração de acordos) é medida que causa ineficiência da Administração Pública, pois colabora com a letargia da máquina pública, com o atraso nas entregas de bens, serviços e obras em prol da população, do funcionamento dos órgãos públicos e das cidades, ocasionando, na maioria das vezes, aumento da despesa pública.

A inexecução contratual, fato típico que leva à aplicação de penalidades e, em não raras vezes, à rescisão do contrato administrativo, leva a Administração Pública à instauração de processo administrativo sancionador. Durante o processamento e as garantias necessárias e constitucionais que devem ser dadas ao particular, em especial o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, em regra a Administração não terá a entrega de que necessita. Após o trâmite processual e a

⁷⁴⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 741.

aplicação das penalidades e rescisões, a Administração poderá adotar algumas alternativas: convocar os licitantes remanescentes para a celebração do contrato (art. 24, XI da Lei nº 8.666, de 1993 e art. 90, § 7º da Lei nº 14.133, de 2021); caso não haja licitantes remanescentes ou nenhum deles aceite dar continuidade à obra ou serviço, realizar novo procedimento licitatório ou realizar contratação direta, por dispensa de licitação, quando estiver justificada a situação de emergência (art. 24, IV da Lei nº 8.666, de 1993 ou art. 75, VIII da Lei nº 14.133, de 2021). Além disso, até que se ultimem todos os atos dessas contratações, a obra ou serviço ficará suspenso, com prejuízo para o interesse público. Quando se aborda a aplicação unilateral de sanções e a rescisão contratual como única via possível, esse é o caminho que a Administração terá que adotar.

Entretanto, ao se admitir a possibilidade de acordo, abre-se a possibilidade de se negociar com o particular a continuidade do contrato administrativo. É possível que se deixe de instaurar o devido processo administrativo sancionatório e, por via de consequência, se abrandem multas contratuais ou se deixe de aplicar penalidades, para a celebração do acordo, com a condição de melhoria de performance por parte do particular e o atingimento de determinados objetivos e metas, com prazos a serem definidos no respectivo acordo, além de ser possível a estipulação de obrigações acessórias previstas em lei, como a implantação de programas de integridade, que, inclusive, já é critério para gradação da penalidade previsto no art. 156, § 1º, V da Lei nº 14.133, de 2021.⁷⁴⁵ O que se defende, pois, é que essa via é possível e factível de já ser implementada no direito administrativo brasileiro, por todos os fundamentos jurídicos já detalhados nesta tese. Porém, mais do que possível, a via do acordo, quando se está em jogo o princípio da eficiência, deve ser preferencial.

O conteúdo do acordo, portanto, versará, principalmente, a respeito da continuidade do contrato e melhoria da performance do particular-contratado. O contrato, se rescindido, poderá trazer ônus ainda maior ao interesse público que sua continuidade. Ao mesmo tempo, poderá a empresa assumir compromissos com a Administração na continuidade do respectivo contrato. Outrossim, as partes podem dar ampla quitação uma à outra quanto à controvérsia de que trata o acordo, o que

⁷⁴⁵ “Art. 156 (...) § 1º Na aplicação das sanções serão considerados: (...) V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

trará pacificação e segurança à resolução do conflito, sendo esse um dos principais objetivos do acordo.

Nesse sentido, Renata Lane defende a existência de negociações que podem envolver o ilícito administrativo para além da busca por culpados ou provas relacionadas à prática corruptiva.⁷⁴⁶ Os acordos podem buscar a readequação da conduta do particular à juridicidade, como forma de encerrar a ilicitude e recomposição do dano ou, no caso de contratos administrativos, a melhoria da performance na sua execução.

Quanto às obrigações a serem assumidas pela empresa contratada em substituição à sanção, Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva sugere a instituição de um “pacto de metas”, de modo que a contratada se comprometa a assumir determinados compromissos em prol do abrandamento da sanção ou da suspensão da abertura do processo administrativo sancionatório. No caso das concessionárias de serviços públicos, estaria esse pacto vinculado ao cumprimento das condições de “regularidade, continuidade e eficiência do instrumento contratual”.⁷⁴⁷

A falta de normas legais para tratar do conteúdo do acordo faz com que prevaleça a autonomia contratual das partes na celebração do acordo substitutivo de

⁷⁴⁶ “Além dos instrumentos premiaiais, a consensualidade pode ser utilizada apenas para a readequação de condutas dos infratores, permitindo-os retornar à juridicidade. Nesse caso, os termos de ajustamento de conduta têm sido expressivamente utilizados para tal fim, como será aprofundado no capítulo seis. Os ajustes também podem ser celebrados apenas como forma de cessar a conduta ilícita, tal como ocorre com os termos de cessação de conduta ou o acordo de não persecução cível. Nesses casos, os infratores deixam de praticar uma conduta ilegal, assumindo um compromisso de não mais cessá-la e não mais cometê-la. Pode prever também que a conduta, além de cessar o ato ilícito, faz com que o infrator aceite a imposição de alguma sanção e concorde com a recomposição do dano, celebrando compromisso para tal finalidade ao invés de responder a um processo administrativo sancionatório ou a uma ação judicial cujo resultado poderia ensejar a imposição de uma gama de sanções administrativas mais severas do que as ajustadas bilateralmente com o Poder Público. De todas as formas, o que se verifica desde já (e será mais aprofundado no capítulo seis) é que há uma infinidade de possibilidades de ajustes com o Poder Público, de modo a afastar, reduzir ou abrandar a imposição unilateral de sanções administrativas. Caberá ao Estado formular um ambiente favorável para que esses instrumentos consensuais sejam utilizados como forma alternativa à imposição unilateral e automática das sanções administrativas”. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 110.

⁷⁴⁷ “Nesse sentido, é possível que a celebração do instrumento consensual pode ocorrer para substituir sanção passível de ser aplicada a uma concessionária de serviço público, responsável por outras obrigações assumidas por meio do contrato de concessão. A imposição de metas tem como finalidade assegurar que os compromissos celebrados serão observados mediante um grau de adequação, que satisfaça as condições de regularidade, continuidade e eficiência do instrumento contratual.” SILVA, Victor Carvalho Pessoa de Barros e. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 124.

sanção.⁷⁴⁸ Assim, a Administração e a empresa contratada, poderão estabelecer os compromissos que serão firmados pela empresa como contrapartida ao abrandamento da sanção ou a não abertura do processo administrativo sancionatório.

A autonomia para estabelecer as contraprestações da empresa contratada, porém, deve encontrar limites na finalidade do acordo e da própria substituição da sanção, devendo obedecer ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Deve haver nexos de causalidade entre o caso concreto e as contraprestações estabelecidas. Ao tratar dos acordos celebrados em vista da aplicação do poder discricionário da Administração, José Manuel Sérvulo Correia trata desses requisitos a serem observados na estipulação das contraprestações:

Em suma, pois, a contraprestação do particular deverá constituir um meio de prossecução imediata do fim do contrato, indicado pela norma que conceda a discricionariedade. Contudo, a discricionariedade recebe da norma não apenas uma directiva finalística mas uma identificação mínima do poder concedido, isto é, do tipo dos efeitos que à sua sombra há-de ser produzidos ainda que com autonomia de escolha. Daqui se depreende que, embora a contraprestação estipulável no exercício da discricionariedade de escolha não tenha de ser descrita na norma em que esta se baseia, tem de caber na caracterização ampla da conduta permitida. Por outras palavras, o efeito em que ela consiste deve poder ser agregável ao tipo de acto delineado na lei sem quebrar a sua unidade, isto é, sem o fazer ceder lugar a um conjunto de actos paralelos. Para avaliar da existência de tal requisito, tem de atender-se novamente à conexão entre prestação e contraprestação e, por outro lado, à razoabilidade (*Angemessenheit*) da contraprestação em face das circunstâncias da situação concreta.⁷⁴⁹

Da mesma forma que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (tanto a Lei nº 8.666, de 1993, quanto a Lei nº 14.133, de 2021) admite a reabilitação à empresa punida e coloca como condição a reparação do dano causado, também no acordo substitutivo de sanção deverá ser admitida a inserção de medidas reparadoras

⁷⁴⁸ Neste sentido: “Havendo multiplicidade de normas (de direito público ou privado) passíveis de aplicação ao mesmo objeto, com conteúdo distinto e incompatíveis entre si, poderão os contratantes optar – como decorrência da autonomia contratual – pela norma que regerá o objeto no momento da contratação, exceto na hipótese da lei ter afastado o exercício de tal opção pela Administração Pública, seja pelo caráter injuntivo da norma, seja quando a norma explicitamente vedar o recurso ao direito privado (ou ao direito público)¹³². Por outro lado, quando não houver normas (de direito público ou privado) a respeito de determinado objeto, a autonomia contratual da Administração será consideravelmente mais ampla – pois, quanto menor for a intervenção normativa (heterônoma), maior será o espaço para fixação autônoma das regras pelos próprios contratantes.”⁷⁴⁸ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 103-104. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

⁷⁴⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo Correia. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 748.

a serem tomadas pela empresa. Tais medidas objetivam obrigar a empresa a desfazer o malfeito ou executar com agilidade aquilo que deixou de fazer no contrato administrativo.

De uma forma ou de outra, o importante é que a fixação das obrigações sejam proporcionais e condizentes com a decisão unilateral que substitui. Conforme alertam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, a decisão negociada não deve ser pesada demais, sob pena de tornar o acordo desinteressante. Ao mesmo tempo, também não pode se mostrar leve demais em comparação com a decisão unilateral, visto que poderá representar leniência da Administração. Desse modo, deve a decisão ser construída de forma proporcional e equânime.⁷⁵⁰

Quanto ao conteúdo do acordo no âmbito de sanção administrativa contratual, Floriano de Azevedo Marques, Rafael Vêras de Freitas explicam que ele pode ser de três espécies: (1ª) o acordo integrativo, o qual será subsídio da decisão administrativa de não abertura de processo administrativo sancionador; (2ª) o acordo substitutivo, o qual substitui o processo administrativo sancionador ou a própria sanção; ou (3ª) o acordo complementação, que complementa a decisão Administrativa de suspender ou não aplicar a penalidade criando obrigações para a empresa contratada.⁷⁵¹

Juliana Bonacorsi de Palma também delimita que as prerrogativas administrativas que podem ser negociadas pela Administração são o exercício do poder sancionador ou a medida do exercício desse poder, especialmente nesse último caso quanto ao valor a ser aplicado em matéria de multa pecuniária (tratando-se, segundo a autora, de acordo integrativo).⁷⁵²

Assim, o conteúdo do acordo poderá ser: (a) quanto à instauração ou não o processo administrativo sancionador, suspendendo sua abertura durante um determinado prazo e estabelecendo obrigações acessórias ao particular-contratado. Nesse caso, o ideal é que se busque a manutenção do contrato administrativo e a melhoria da performance do contratado, atendendo, assim, aos princípios da eficiência e da razoável duração da resolução da controvérsia; (b) quanto à dosimetria da pena,

⁷⁵⁰ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.

⁷⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 14.133/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 102.

⁷⁵² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277 – 278.

quando a Lei deixa larga margem de decisão para a Administração na aplicação da sanção. Conforme já se viu aqui, a pena de multa possui larga margem de deliberação para a Administração, bem como a sanção de impedimento do direito de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração.

Assim, considerando que a tarefa de dosimetria é muito ampla e os métodos de gradação se baseiam em conceitos jurídicos indeterminados (natureza e gravidade da infração, peculiaridades do caso concreto, circunstâncias agravantes e atenuantes, danos que dela provierem para a Administração – art. 156, § 1º da Lei nº 14.133, de 2021), dois podem ser os momentos de contratualização da definição desta sanção: (1º) estabelecer critérios mais objetivos para o caso concreto no contrato administrativo inicialmente celebrado entre as partes; (2º) diante da ocorrência da infração, pactuar com o particular-contratado o conteúdo desta sanção ou, até mesmo, a suspensão da instauração do processo administrativo sancionador, estabelecendo contrapartidas a serem cumpridas. Na segunda hipótese, devem ser estipuladas as sanções pelo descumprimento do pactuado, sendo que, no caso de suspensão da instauração do processo administrativo sancionador, esse voltará a correr em caso de rompimento do acordo.

Destaca-se que o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, estabelece, em seu art. 26 (incluído pela Lei nº 13.655, de 2018), o conteúdo mínimo do termo de compromisso a ser celebrado, devendo “prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.” O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, responsável por regulamentar o art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (especificamente quanto aos dispositivos incluídos pela Lei nº 13.655, de 2018)⁷⁵³ detalha, em seu art. 10, § 1º, III esse conteúdo, prevendo a obrigatoriedade de se conter no termo de compromisso as obrigações das partes, o prazo e o modo para seu cumprimento, a fiscalização do cumprimento das obrigações, os fundamentos de fato e de direito, a eficácia como título executivo extrajudicial e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. São cláusulas mínimas que deve conter o termo de compromisso, não se restringindo a elas.

⁷⁵³ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso: 20 jul.2021.

O art. 26, § 1º, III do Decreto-lei nº 4.657, de 1942, estabelece restrição de conteúdo importante para tais acordos, impedindo que sejam celebrados para “conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. Nesse caso, busca-se evitar que, com o acordo, seja possível permitir o descumprimento de obrigação a todos imposta por legislação ou normas gerais. Transpondo a regra para o caso do acordo substitutivo de sanção em contratos administrativos, não poderia a Administração negociar, por exemplo, a tolerância com o descumprimento de obrigações ambientais ou urbanísticas na execução do contrato, sob pena de violar o dispositivo em referência.⁷⁵⁴

Quanto às formalidades a serem observadas na celebração do termo de compromisso, o art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, estabelece dois requisitos básicos: (1º) a oitiva do órgão jurídico e (2º) a publicação oficial do instrumento. A exigência de consulta pública prévia foi restringida pela expressão “quando for o caso”. Na ausência de critérios específicos, pode-se indicar que essa consulta pública deverá ser realizada quando se tratar de acordo que tenha repercussão social relevante, cuja celebração implique na ciência e participação da sociedade no processo de tomada de decisão.

As formalidades para a celebração do aludido acordo são detalhadas no art.10, § 4º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, o qual exige que haja processo administrativo instruído, no mínimo, com os seguintes documentos:

- I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;
- II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;
- III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

⁷⁵⁴ Neste sentido, exemplificam Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas: “Dois exemplos ilustram o quanto exposto. À luz de tal inciso, um acordo substitutivo celebrado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), com uma concessionária de rodovia que a desonerasse de observar o dever de modicidade tarifária, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, seria considerado inválido. Assim também se passaria, por exemplo, com um compromisso celebrado pela ANP, com uma concessionária de E&P, que a desonerasse de observar as disposições da Lei nº 9966/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 112.

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.⁷⁵⁵

Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra destacam que o processo decisório para celebração do termo de compromisso, criado pelo art. 26, deve contemplar três fases: (1ª) a iniciativa; (2ª) a instrução e (3ª) a celebração do compromisso. A iniciativa pode partir de ambas as partes, seja da Administração seja, no caso em análise neste trabalho, da empresa contratada que infringiu normas contratuais. A fase de instrução, segundo os autores, será contemplada pela negociação, consulta pública (se for o caso) e oitiva do órgão jurídico. Acrescente-se ao que prescrevem os autores a previsão do inciso I do aludido art. 10, § 4º do Decreto nº 9.830, de 2019, que exige, também, parecer técnico conclusivo a respeito. Ao final, celebra-se o termo de compromisso caso se chegue a um acordo.⁷⁵⁶

Portanto, a formação da vontade da Administração na celebração do acordo pressupõe, previamente à decisão da autoridade competente, a manifestação técnica e a manifestação jurídica. Trata-se de cautela estabelecida pelo regulamento que compõe a motivação da decisão daquele que vai decidir. Não há previsão legal de que tais manifestações sejam vinculativas, até por ser da natureza do parecer o caráter opinativo. Porém, para decidir de forma diversa, a autoridade competente terá que motivar sua decisão, deixando expressas as razões pelas quais decidirá diferentemente da orientação jurídica e/ou técnica.

Destaca-se que a natureza processual dada pelo Decreto regulamentar para a celebração do acordo não pode transformá-lo em instrumento de natureza meramente burocrática, cujo diálogo se dá tão somente no bojo de uma discussão processual. É preciso que a comunicação entre os envolvidos seja efetiva, e não se torne mais uma fase burocrática do processo sancionatório, perdendo-se, assim, a essência do acordo, que é o diálogo na busca de uma decisão consensual. Se não for espaço para o diálogo e o consenso, para nada servirá a tentativa do acordo, senão para burocratizar ainda mais a atividade sancionatória da Administração.

⁷⁵⁵ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁷⁵⁶ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.

5.7 Regime jurídico dos acordos substitutivos de sanção administrativa

Questão que pode suscitar dúvidas no momento da elaboração dos acordos substitutivos de sanção é a respeito de qual regime jurídico aplicar, haja vista a inexistência de regulamento que o especifique.

O fato gerador do acordo é uma infração contratual que, em princípio, redundaria na aplicação de uma sanção administrativa. O ato administrativo que o acordo substitui (sanção administrativa), portanto, é regido pelo Direito Público, tal como o contrato do qual decorre a infração é um contrato administrativo. Portanto, a relação jurídica da qual surge o acordo substitutivo é de Direito Público, sendo que o acordo pode ser considerado contrato acessório e deve seguir o regime jurídico do contrato principal. O entendimento deve ser, portanto, que se aplicam aos acordos substitutivos de sanção administrativa os requisitos procedimentais, regime de nulidades, exigibilidade e demais características que regem os contratos administrativos. Segundo Onofre Alves Batista Júnior, haveria, inclusive, aplicação da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e, supletivamente, dos arts. 840 a 850 do Código Civil, que regulam a transação.⁷⁵⁷

De forma similar ao que se defende aqui, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas negam a natureza de negócio jurídico privado a tais acordos. Segundo eles, não se pode atribuir natureza privada a um instrumento que substitui o poder extroverso de entidade com personalidade jurídica de direito público. Ademais, sustentam os autores que o regime jurídico único dos contratos administrativos, com as cláusulas exorbitantes que lhe são próprias, também não se amolda à natureza negocial dos acordos substitutivos. Portanto, para os referidos autores tais acordos possuem natureza de “negócio jurídico processual, mas que produz externalidades exógenas”.⁷⁵⁸

Assim, entende-se que se aplica a tais acordos o regime jurídico de Direito Público. Questão controversa, no entanto, é quanto à aplicação aos acordos substitutivos de sanção administrativa do regime jurídico dos contratos

⁷⁵⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 527.

⁷⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 107.

administrativos, previstos no Brasil nas Leis nº 8.666, de 1993, e Lei nº 14.133, de 2021, especialmente as cláusulas exorbitantes. Conforme já se disse, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas são refratários à ideia de aplicação das cláusulas exorbitantes a eles.

Inicialmente, destaca-se que na sistematização proposta na seção 2, procedeu-se à classificação dos diversos módulos convencionais de atuação da Administração, assim designados como gênero de atuação acordada entre Administração e particulares, dos quais decorrem as espécies de contratos administrativos (de concessão e instrumentais), contratos intragovernamentais (ou módulos convencionais cooperativos) e acordos administrativos substitutivos de ato administrativo.

Portanto, reconhece-se que há um gênero “acordos” ou “módulos convencionais” dos quais decorrem espécies, entre as quais se enquadram os acordos substitutivos de ato administrativo. O que diferencia os acordos substitutivos de atos administrativos dos contratos administrativos é a natureza patrimonial desses últimos, o que não ocorre nos primeiros. Porém, ambos se enquadram como acordos *lato sensu* celebrados entre Administração e particulares. Fernando Dias Menezes de Almeida destaca que, embora ambas as figuras possam ser reunidas numa única teoria dos contratos administrativos, faz-se necessário reconhecer que tal teoria não foi feita pensando nos diversos fenômenos contratuais atualmente em movimento, especialmente o acordo substitutivo de ato administrativo.⁷⁵⁹

Portanto, se por um lado os acordos substitutivos de ato administrativo estão situados em um mesmo gênero que também engloba os contratos administrativos, por outro, eles também possuem diferenças quanto à finalidade e quanto ao conteúdo (natureza patrimonial dos contratos e não patrimonial dos acordos substitutivos). Defende-se, portanto, que a aplicação da legislação dos contratos administrativos deve ser aplicada aos acordos substitutivos de sanção com matizes, não podendo o

⁷⁵⁹ “De rigor, ambas implicam a existência de módulos convencionais e podem ser reunidas para efeito de se as cotejar com a teoria do contrato administrativo. A distinção que se acaba de fazer tem o sentido de chamar atenção para um fenômeno, relevante do ponto de vista da relação da Administração com os indivíduos, que se situa em um momento anterior à convenção: justamente o momento da opção por uma via consensual, quando também houvesse a via unilateral à disposição da Administração. Para explicar todos os módulos convencionais que a Administração pratica atualmente, a tradicional teoria do contrato administrativo não aparece mais adequada. Aliás, formulando com mais precisão, pode-se dizer que tal teoria nem mesmo foi concebida para essa finalidade, de modo que sua aplicação, sem maior reflexão crítica, ao fenômeno contratual atual, é imprópria em **face do objeto e do tempo**”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 476.

regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, ou da Lei nº 14.133, de 2021, ser transportado para esses acordos de forma automática e acrítica.

A Lei nº 8.666, de 1993, traz em seu art. 2º, parágrafo único, o conceito de contrato administrativo, sendo assim considerado o ajuste “em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.⁷⁶⁰ De forma genérica, o acordo substitutivo de ato administrativo está contemplado pelo conceito. Para Onofre Alves Batista Júnior, o conceito atrai a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, aos acordos por ele denominados “contratos administrativos alternativos”.⁷⁶¹

A Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, não repetiu a mesma previsão. Limitou-se a elencar o rol de hipóteses de sua aplicação no art. 2º a objetos sobre os quais ela trata, sem incluir alguma espécie que pudesse contemplar os acordos substitutivos de ato administrativo.⁷⁶² Porém, a própria Lei traz previsão dos métodos alternativos de solução de controvérsias surgidas em decorrência de sua aplicação, o que implica, por consequência, em sua aplicação a esses acordos. Em sendo assim, entende-se aqui que os acordos substitutivos de sanção administrativa são acordos acessórios, decorrente das obrigações constituídas em decorrência da aplicação da Lei nº 8.666, de 1993 (para os contratos celebrados com base nela), e da Lei nº 14.133, de 2021, sendo adequado aplicar-se a esse acordo o regime jurídico dos contratos administrativos por ela regidos (contratos principais).

Rodrigo Bracet Miragaya defende a aplicação do regime jurídico dos contratos administrativos aos acordos substitutivos de sanção, inclusive as cláusulas

⁷⁶⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

⁷⁶¹ “Os contratos administrativos alternativos são contratos administrativos, portanto, regidos pelo Direito Público. No Brasil, a LLC estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos atinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações, entretanto traz diversos dispositivos aplicáveis, mais genericamente, aos contratos da Administração, o que atrai sua aplicação aos contratos administrativos alternativos. Basta verificar que o parágrafo único do art. 2º da LLC considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos da Administração Pública e particulares em que haja acordo de vontade para formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 526.

⁷⁶² “Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

exorbitantes.⁷⁶³ A defesa do autor se dá no âmbito dos acordos substitutivos de forma genérica, sem especificamente tratar dos acordos substitutivos de sanção administrativa. Ocorre que, também no caso dos acordos substitutivos de sanção administrativa contratual, pode-se defender a aplicação, com matizes, do regime jurídico dos contratos administrativos. Com mais razão aqui, o acordo servirá como uma espécie de obrigação acessória ao contrato principal, acompanhando seu regime jurídico naquilo que for pertinente.

Destaca-se que as formalidades exigidas para o contrato administrativo devem ser estendidas aos acordos substitutivos de sanção administrativa. Deverá ser celebrado por escrito, cumprindo os ritos determinados pela Lei, inclusive (e não menos importante) a necessidade de sua publicação, para que seja dado conhecimento à sociedade de sua celebração e haja a devida fiscalização de sua assinatura e operação.

Questão que pode suscitar críticas é a respeito da aplicação de cláusulas exorbitantes aos acordos substitutivos de sanção administrativa, visto que seria incoerente a Administração optar por um instrumento consensual para resolução do conflito e utilizar métodos unilaterais, com cláusulas exorbitantes.

Em trabalho dedicado ao tema, Bruna Rodrigues Colombarolli defende a inaplicabilidade do regime jurídico dos contratos administrativos previsto na Lei nº 8.666, de 1993, especialmente no que se refere às cláusulas autorizadas de atuação unilateral, aos contratos sobre exercício de poderes públicos, pois a atuação unilateral é incompatível com a índole consensual e participativa que se espera desse método de atuação da Administração.⁷⁶⁴

Para a autora, a atuação unilateral somente seria cabível se houvesse previsão legal. Como não há nenhuma prerrogativa pública que seja apriorística ou supralegal, baseada em critério de interesse público, conclui que a alteração e a rescisão unilateral somente são aplicáveis quando previstas pelo ordenamento jurídico. Especificamente em relação à rescisão unilateral por interesse público, a autora

⁷⁶³ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 175. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago.2021.

⁷⁶⁴ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 404.

reconhece sua incompatibilidade com o contrato sobre exercício de poderes públicos, exceto em caráter excepcional e mediante lei regulamentadora. Reconhece, no entanto, que a prerrogativa de anulação desses contratos decorre da autotutela da Administração e, também, da própria noção de Estado de Direito, haja vista a ocorrência de ilegalidade.⁷⁶⁵ Ao mesmo tempo, também reconhece a possibilidade de o acordo trazer previsão de rescisão unilateral por descumprimento de cláusula contratual por uma das partes, mediante prévia notificação e observância das garantias fundamentais do particular envolvido.⁷⁶⁶

Na verdade, o que se deve consignar é que a utilização dessas cláusulas exorbitantes deve se dar de forma excepcional, e não como regra, nos acordos substitutivos. Todavia, não é possível sustentar o seu completo descabimento.

Por um lado, é possível, por exemplo, que seja necessário exigir do particular-contratado garantia adicional quanto ao cumprimento das obrigações assumidas no acordo substitutivo (o que sequer teria natureza exorbitante, conforme já se abordou neste trabalho ao tratar dos contratos administrativos). Ademais, seria também adequado prever a rescisão unilateral do acordo, com o prosseguimento da aplicação da penalidade, caso o particular venha a violar alguma de suas cláusulas. São medidas que se compatibilizam com a natureza do acordo substitutivo. Por outro lado, no caso do acordo substitutivo de sanção administrativa, não haveria razão para se prever sua alteração unilateral, o que pode, porém, ser adequado em outros acordos substitutivos de atos administrativos, conforme destaca Rodrigo Bracet Miragaya.⁷⁶⁷

No entanto, concorda-se com o entendimento de Onofre Alves Batista Júnior que afirma não ser cabível a aplicação de revogação do acordo substitutivo de ato administrativo, chamados pelo autor de contratos administrativos alternativos.⁷⁶⁸ Tal revogação corresponderia, no âmbito dos contratos administrativos, à rescisão unilateral do contrato por interesse público. Segundo o autor, os poderes de autotutela

⁷⁶⁵ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 406- 408.

⁷⁶⁶ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 219.

⁷⁶⁷ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo: entre atos unilaterais e contratos**. 2016 Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 175. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago.2021.

⁷⁶⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 532.

da Administração, nesse caso, são reduzidos em prol da maior segurança jurídica do particular. Ora, a possibilidade de a Administração revogar, a qualquer tempo, o acordo e aplicar o ato administrativo unilateral, gera instabilidade a uma relação que tem como premissa a pacificação do conflito. Em regra, não cabe à Administração reapreciar a conveniência e oportunidade na celebração do acordo. Apenas quando se tratar de fato superveniente que cause prejuízo ao interesse público e torne insustentável a manutenção do pacto é que se poderia cogitar de rescisão nesse sentido.⁷⁶⁹

Situação diversa ocorre quando o particular descumpre o acordo. Nesses casos, o próprio acordo deve prever (como já determina a legislação de contratos administrativos, tanto a Lei nº 8.666, de 1993, quanto a Lei nº 14.133, de 2021) a possibilidade da rescisão unilateral do vínculo. Nesse caso, a quebra do pacto justifica a utilização da prerrogativa de unilateralidade, com a rescisão e, em seguida, aplicação de sanção administrativa por meio de ato administrativo unilateral. O ideal é que esse procedimento esteja devidamente regulado no próprio acordo substitutivo de sanção.

Assim, o regime jurídico dos contratos administrativos deve ser aplicado com matizes, trazendo-se para o âmbito dos acordos substitutivos de sanção apenas as previsões que forem compatíveis com a natureza desse pacto. Tais acordos devem garantir maior segurança aos particulares que a eles aderem quanto à sua manutenção, sob pena de não ser atrativo e perder a característica para a qual ele foi pensado, que é justamente a pacificação dos conflitos.

5.8 As dificuldades enfrentadas na implementação dos acordos substitutivos de ato administrativo no Brasil

Nas primeiras décadas do século XXI e como efeito do sistema robusto de controle engendrado pela Constituição de 1988, o Brasil passou por uma intensa atividade de punição a agentes públicos e particulares infratores da legalidade. Sofisticadas práticas corruptivas de alcance internacional foram investigadas e punidas, a exemplo do que representou a apelidada Operação Lava-Jato, força-tarefa que envolveu articulação conjunta entre Ministério Público, Tribunais de Contas, forças policiais e Poder Judiciário.⁷⁷⁰ Tratou-se de medidas de combate à corrupção

⁷⁶⁹ Idem, p. 535.

⁷⁷⁰ Sobre o assunto, veja-se: RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

e à prática de improbidade administrativa, corolários dos princípios da moralidade e da legalidade administrativa.

Outrossim, o acirramento da atividade de controle trouxe consigo efeito indesejado para a Administração Pública brasileira. De um lado, a fixação dos órgãos de controle e, até mesmo, da mídia e da sociedade, pela penalização. De outro lado, o temor do agente público e dos particulares de possíveis condenações penais ou em ações de improbidade administrativa por decisões tomadas no exercício de suas funções (agente público) ou em suas relações com o Estado (particulares). Passou-se a conviver com o que se costuma denominar “apagão das canetas”, cenário em que ninguém quer decidir e, muito menos, inovar em matéria de decisões a serem tomadas, conforme relata a obra de Rodrigo Valgas dos Santos sobre o assunto. O autor destaca o exercício timorato das funções públicas em razão da possibilidade de condenação em relação a qualquer decisão.⁷⁷¹ A insegurança quanto à atividade controladora gera efeito inverso àquele que é a finalidade do controle, pois cria a paralisia e a tentativa do gestor de buscar em suas decisões sua autoproteção, enquanto deveria estar atento à satisfação do interesse público.⁷⁷²

Portanto, falar da substituição da sanção pelo acordo nesse cenário do Direito Administrativo do Medo, para citar expressão que intitula a citada obra de Rodrigo Valgas dos Santos, é muito desafiador. O gestor público amedrontado não tem segurança para inovar e, muito menos, para negociar sanções, receoso de ser acusado de condescendência ilegal. Nesse contexto de medo predomina o conservadorismo e a manutenção das tradições. Trata-se de realidade cultural que dificulta, de forma significativa, a substituição do ato administrativo unilateral pelo acordo.

⁷⁷¹ “Tal estado de coisas hoje cobra seu preço. O administrador passou a exercer de modo timorato suas funções. Começa a perceber que de um momento para o outro poderá ter seus bens indisponíveis com facilidade assustadora. Sua consciência desperta para a possibilidade real de ser decretada sua prisão em operação conjunta entre polícia e Ministério Público, pouco importando seu grau de culpabilidade ou mesmo se há culpabilidade, com consequentes danos reputacionais jamais remediados. As condenações milionárias nos tribunais de contas são absolutamente frequentes e ninguém parece muito preocupado com isso, agravado ainda pela flagrante ausência nas cortes de contas de um devido processo legal que importe ampla prova testemunhal e pericial, realizando-se espécie de responsabilização objetiva vedada pela constituição. O resultado? Temor, medo, pânico e desespero”. SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 37.

⁷⁷² “Finalmente, o excesso e a insegurança na atividade controladora leva à antítese de suas finalidades. Afinal, se o agente público está sujeito a inúmeras multas, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, ações de improbidade, processos penais, etc., a condução de sua atividade não visará mais a boa gestão pública, mas a sua autoproteção e, por paradoxal que seja, à própria corrupção, posto que para fazer frente aos “custos” da atividade decisória, o gestor poderá envolver-se em situações nada republicanas para custear eventuais condenações”. SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 46.

Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma aponta quatro fatores que criam uma cultura repressiva no Direito Administrativo e dificultam a ampliação dos acordos substitutivos de sanção no Brasil:

(i) legado histórico da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal; (ii) compreensão da prerrogativa sancionadora como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva tanto por parte da própria Administração Pública quanto pelos órgãos de controle.⁷⁷³

O legado histórico da Administração está ligado à origem do Direito Administrativo, conforme já se abordou na segunda seção deste trabalho. A centralidade no ato administrativo de polícia, marca da teoria clássica do Direito Administrativo do século XIX, mantém esse viés autoritário. Além disso, a concepção da aplicação da sanção como um poder-dever provém da ideia de finalidade meramente retributiva da sanção, desconsiderando as outras finalidades já trabalhadas na presente tese. Já a valorização do efeito simbólico da sanção implica na percepção de que o afastamento da medida punitiva pode representar o efeito inverso, sendo que a concepção acaba por valorizar excessivamente a penalidade.⁷⁷⁴ Essa visão é predominante no pensamento tanto da Administração-executora quanto da Administração-controladora.

Segundo Juliana Bonacorsi de Palma, essas quatro dificuldades geram duas consequências: a primeira, a possibilidade de o acordo substitutivo da sanção cair num vazio, pois a Administração o desprezará. Acresça-se a isso o medo do gestor público em adotar uma medida substitutiva e, conforme já se disse, ser acusado de condescendência. A segunda consequência é a possibilidade de desnaturalização do acordo, com o afastamento de sua funcionalidade, quando ele deixa de ser consensual e passa a ser repressivo.⁷⁷⁵

Além da autora, Rodrigo Miragaya elenca três problemas que dificultam a implementação dos acordos substitutivos de sanção. O primeiro tem a ver com o já citado tradicionalismo da Administração e sua ligação com a decisão verticalizada. Ainda que se trate de uma decisão “negociada”, invariavelmente ela deverá passar pelo crivo de um processo administrativo legalmente previsto, com oitiva de diversos órgãos, o que acaba por retirar dela a horizontalidade. Além disso, a obrigatoriedade

⁷⁷³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 296.

⁷⁷⁴ Idem, p. 299.

⁷⁷⁵ Idem, p. 300.

de manifestação de diversos órgãos nesse processo de tomada de decisão acaba por restringir o poder de decisão dos atores principais que participam da negociação.⁷⁷⁶

Desse modo, o ideal é que, em situações como essa, todos aqueles envolvidos na cadeia do processo decisório participem desde o início das negociações. No caso das sanções administrativas, é importante, por exemplo, que o órgão jurídico interno do ente administrativo que está promovendo a negociação participe desde o momento inicial. Seria um risco para a negociação e retiraria dela a horizontalidade se, após negociadas as cláusulas do acordo, ainda ficasse pendente a manifestação de assessoria jurídica, a qual não participou das tratativas e ainda poderia sugerir alterações no pactuado.

Além disso, o autor cita a dificuldade no preparo dos agentes públicos envolvidos no processo de negociação para estabelecer uma cultura do ganha-ganha. Na verdade, a cultura que está presente na maioria dos órgãos públicos, ainda quando se trate de órgãos colegiados, é a decisão pela maioria, sem esgotamento das fontes de diálogo que podem levar ao consenso. O método tradicional majoritário de formação das decisões não leva em conta a necessidade de compatibilização de interesses, mas sim a de proposta vencedora e proposta vencida.⁷⁷⁷

Desse modo, para o enfrentamento dessa dificuldade deve ser levada em conta a necessidade de treinamento dos agentes públicos envolvidos no processo de negociação de acordos substitutivos. Tais agentes devem estar adequadamente instruídos a uma mudança de cultura decisória. Do contrário, seria apenas mudar a roupagem de ato administrativo para acordo administrativo, sem as repercussões e benefícios que se objetivam com essa substituição.

Por fim, o autor aponta, ainda, uma terceira dificuldade que é a possibilidade desse acordo ser objeto de controle interno ou judicial. Segundo o autor, haveria pouco sentido em se renunciar à autoridade estatal para celebrar o acordo, quando, logo em seguida, os órgãos de controle poderão impor sua autoridade e entender pela

⁷⁷⁶ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. Os **meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016. Teses (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 151. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

⁷⁷⁷ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. Os **meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016. Teses (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 155. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

ineficácia do resultado do acordo ou sua inadequação. Como solução, o autor aponta a necessidade de que o Poder Judiciário ou outro órgão de controle adote postura diferente ao se analisar decisões acordadas, procurando restabelecer a negociação quando se detectar algum vício, ou optar uma intervenção minimalista, focada apenas no processo de negociação.⁷⁷⁸

A mudança de enfoque do controle, inclusive com a participação do órgão de controle interno do processo de negociação, pode dar mais segurança às relações. O que é importante fixar é a necessidade de que o controle não deslegitime a atuação consensual e negociada da Administração, sob pena de se gerar uma descrença no modelo, caso seja recorrente a revisão desses acordos pelo Poder Judiciário.

Ademais, é importante que haja parâmetros objetivos para a celebração dos acordos, em lei ou em atos normativos próprios da Administração. Deste modo, a presente tese tem como um de seus objetivos analisar quais são estes parâmetros que balizam a decisão da Administração entre celebrar ou não o acordo. Não se nega que a última análise somente pode ser feita diante do caso concreto. Porém, a criação de limites e possibilidades para a decisão administrativa é necessária para se garantir segurança a essas escolhas. Disso cuidará a seção 6.

De todo modo, defende-se aqui a necessidade de que haja a mudança de perspectiva da Administração no âmbito da atividade sancionatória e, em especial, na seara dos contratos administrativos. Primeiramente, quanto ao elemento subjetivo e cultural que inspira medo e aversão à substituição da sanção, o que impõe a necessidade de se garantir segurança jurídica ao gestor público de que a opção pelo acordo tem respaldo no ordenamento jurídico. Além disso, a demonstração da maior eficiência na celebração do acordo e atendimento às finalidades do Direito Administrativo Sancionador. Portanto, não basta se sustentar que o acordo é juridicamente possível e adequado, nem mesmo a criação de lei que o faculte – providências que também são importantes. Mas é necessário que haja a mudança de cultura no âmbito da Administração Pública, abandonando-se a concepção arcaica de que somente a “espada” é capaz de resolver conflitos administrativos.

⁷⁷⁸ Idem, p. 156-157.

6 CRITÉRIOS PARA A DECISÃO ADMINISTRATIVA ENTRE O ACORDO E A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA UNILATERAL: DISCRICIONARIEDADE, VINCULAÇÃO E O EXERCÍCIO DO CONTROLE DA FORMAÇÃO DA DECISÃO ESTATAL

6.1 Celebração dos acordos substitutivos de sanção administrativa: vinculação ou discricionariedade da Administração?

Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a celebração de acordos em substituição à sanção administrativa no âmbito dos contratos administrativos, cabe analisar a natureza da decisão entre a substituição da sanção pelo acordo ou sua aplicação por meio de ato unilateral. Além disso, é necessário analisar os critérios a serem observados pela Administração nesta tomada de decisão, bem como a possibilidade e os limites do controle em relação a esta decisão.

Constatada a ocorrência de infração administrativa contratual, o procedimento ordinário padrão adotado pela Administração é a abertura de processo administrativo sancionatório. Apura-se a ocorrência da infração, sua gravidade, as provas que lhe subsidiam e, se for o caso, aplica-se a sanção. A depender da gravidade do descumprimento contratual, o procedimento pode culminar, ainda, na rescisão do contrato administrativo por culpa da contratada.

Com efeito, sustentar que esse procedimento sancionatório pode ser substituído pelo acordo já não é mais suficiente. Mais que isso, é necessário entender se é possível defender a vinculação da contratualização da sanção ou se essa decisão tem natureza puramente discricionária, baseada na conveniência e oportunidade. Além disso, é necessário identificar quais seriam os critérios da decisão do gestor público entre o ato unilateral e o acordo.

Paulo Otero, ao tratar da alternativa do contrato ao ato administrativo unilateral, destaca algumas fases na utilização dos acordos pela Administração Pública, desde sua negação até a preferência pelo método consensual. Neste sentido, aduz que ultrapassada a fase do século XIX, em que se negava a admissibilidade do contrato administrativo, passou-se ao período em que a utilização dos contratos seria excepcional, tendo como regra o modo de agir da Administração por meio do ato administrativo unilateral. Ato contínuo, o autor relata que a partir do que prevê o art.

179 do Código de Processo Administrativo Português, passou-se a entender pela paridade de utilização do ato administrativo e do contrato administrativo como métodos igualmente disponíveis à Administração para o manejo das decisões.⁷⁷⁹

O autor entende que há competência discricionária para a Administração nessa escolha, podendo optar pela decisão unilateral ou contratualizada. Trata-se de uma faculdade de abdicar do exercício unilateral da competência decisória, contratualizando-na. No entanto, embora exista a alternatividade, defende que é possível detectar tendência à contratualização em detrimento do ato administrativo unilateral:

No contexto desta alternatividade entre as formas unilaterais e as formas bilaterais de exercício da actividade administrativa, mostra-se mesmo possível encontrar na Constituição um fundamento justificativo da tendência para a contratualização das decisões administrativas, visível, aliás, a três níveis argumentativos ;(i) consubstancia um aprofundamento da democracia participativa, fazendo dos particulares colaboradores da Administração na busca de uma melhor prossecução do interesse público dentro da ideia de subordinação da decisão a um princípio de boa administração, (ii) revela, segundo decorre dos postulados do princípio da coexistência entre o sector público e o sector privado de propriedade dos meios de produção, um processo de associação ou colaboração da iniciativa económica privada com a Administração na concretização conciliatória de um modelo de Estado de bem-estar no contexto de uma economia mista; (iii) reforçando o princípio da participação dos administrados nas decisões e deliberações que lhes dizem respeito, traduz ainda uma manifestação de um modelo de Administração Pública aberta à colaboração dos particulares, conduzindo ao elevar "(...) do particular à categoria de parceiro da Administração na celebração de contrato administrativo".⁷⁸⁰

Com base nesses argumentos, o autor entende ser possível defender a preferência pelo contrato em relação ao ato administrativo. Com isso, deixaria de existir a paridade ou alternatividade entre contrato e ato administrativo para se reconhecer a preferência daquele em relação a esse. Nesse sentido, haveria uma inversão dos "postulados oitocentistas" que tratavam da exclusividade e, mais tarde, da preferência pelo ato administrativo unilateral.⁷⁸¹

O autor aponta, portanto, que a escolha entre celebrar o acordo ou contratualizar a decisão é discricionária, podendo-se identificar, porém, preferência pela celebração do acordo. Nesse contexto se insere a discussão a respeito da

⁷⁷⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 835-836.

⁷⁸⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 838.

⁷⁸¹ Idem, p. 838 – 839.

vinculatividade ou discricionariedade na celebração de acordo substitutivo de sanção em contratos administrativos.

O assunto tem sido abordado pela doutrina brasileira tanto no âmbito dos acordos de leniência decorrentes de prática corruptiva quanto no âmbito da atividade regulatória das Agências Reguladoras. Ao tratar do regime jurídico dos termos de compromisso de cessação, no âmbito das Agências Reguladoras, Thiago Marrara distingue duas fases decisórias para a Administração: (1ª) a negociação do acordo e (2ª) a sua efetiva celebração. Segundo o autor, por um lado, há obrigatoriedade e vinculação de se valer da fase de negociação, sendo necessário que ela ocorra para se verificar se a via consensual é ou não a mais adequada para aquele caso. Por outro lado, o autor entende que embora a existência da negociação seja obrigatória, a efetiva celebração do acordo é discricionária. Nesse sentido, o autor defende que aspectos como a falha da negociação, a não aceitação da minuta final, questões temporais ou de interesse público reconhecidas pela Administração podem, no caso concreto, afastar a incidência do acordo.⁷⁸²

Em sentido análogo está o posicionamento de Maurício Zockun. Ao comentar o art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013, em que se estabelece o acordo de leniência em substituição às sanções previstas na referida lei, o autor sustenta que não há margem de liberdade para a Administração escolher entre a celebração do acordo ou a aplicação da sanção, uma vez preenchidos os pressupostos estabelecidos pela Lei:

De toda sorte, atendidos estes requisitos, estarão reunidas as condições necessárias à celebração do acordo de leniência, viabilizando a concretização do interesse público preconizado pela Lei Anticorrupção pela identificação do ilícito e/ou seus agentes, interrupção da prática ilícita e efetiva concretização de programa de integridade. Assim, a Administração não goza de margem de liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência uma vez constatada a ocorrência dos pressupostos necessários à sua formação. Isso porque a ordem jurídica elegeu este ato negocial como o meio mais adequado para tutela do interesse público, tanto mais porque sua formação também poderá se aperfeiçoar no transcurso de uma ação judicial que tenha por objeto os noticiados ilícitos.⁷⁸³

Nesse sentido, Maurício Zockun adota posicionamento mais contundente na medida em que defende a vinculação da celebração do acordo substitutivo, o que

⁷⁸² MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.4, n.1, p. 274-293. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810/122719>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁷⁸³ ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 03 jul.2019.

resultaria em direito público subjetivo do particular à substituição da sanção pelo acordo.

Ao comentar o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Rafael Wallbach Schwind defende que, embora o dispositivo tenha utilizado a expressão “poderá”, levando a crer se tratar de margem de discricionariedade, a decisão não pode ficar sujeita a parâmetros subjetivos. Defende a necessidade de se estabelecer parâmetros que o administrador deva levar em conta na tomada de decisão, destacando a isonomia, a avaliação de alternativas e consequências jurídicas e administrativas, a proporcionalidade e razoabilidade e a questão econômica.⁷⁸⁴ O autor também destaca que o art. 26 da referida Lei cria para a Administração o dever de, ao menos, “avaliar a possibilidade de celebrar compromissos com os interessados a fim de buscar uma solução que seja proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.⁷⁸⁵

Em sentido diverso, Juliana Bonacorsi de Palma entende não ser possível afirmar que há direito à celebração do acordo administrativo ao particular e, nem mesmo, haveria obrigação de apresentação de proposta de acordo pela Administração. Para ela, é necessária a existência de consentimento entre ambas as partes, o que não se coaduna com o caráter obrigatório do acordo. Do mesmo modo, a autora rejeita a ideia de que o particular poderia pleitear esse direito invocando precedente administrativo de mesma natureza. E conclui:

A celebração de acordo substitutivo encontra-se envolta na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou a consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Desde que procedimental e devidamente fundamentada, a Administração pode prosseguir o processo sancionador e, comprovada a responsabilidade administrativa, aplicar a sanção ou celebrar acordo substitutivo, mediante consentimento do administrado, após etapa de negociação da prerrogativa sancionatória. Ademais, a celebração de acordo substitutivo também não pode ser considerada um direito oponível pelo particular com fulcro no princípio da igualdade, pelo fato de cada caso ser notadamente particular em relação a outro.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ OLIVEIRA SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 165.

⁷⁸⁵ OLIVEIRA SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 162.

⁷⁸⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285.

Onofre Alves Batista Júnior também nega a existência de direito subjetivo do particular ao acordo nas hipóteses em que a Lei estabelece a possibilidade de sua celebração sem traçar critérios substantivos para escolha entre uma via ou outra. Para ele, há competência discricionária da Administração em decidir entre uma forma ou outra, ou seja, aplicar o ato administrativo unilateral ou celebrar o acordo. Porém, o autor entende ser possível reconhecer o dever da Administração em se optar pela forma que melhor atenda ao interesse público. Caso a Administração não atenda à decisão mais otimizada ao bem comum, poderá ser reconhecido vício na decisão.⁷⁸⁷

Percebe-se, portanto, que a doutrina brasileira não possui entendimento unificado a respeito da existência de vinculação ou discricionariedade na escolha administrativa entre aplicar a sanção de forma unilateral ou celebrar o acordo substitutivo a ela. Há tendência pela negação desse direito, mas ainda há quem sustente que a decisão da Administração em optar pelo acordo é vinculada, o que geraria a existência de direito público subjetivo. Para a finalidade de posicionamento quanto a esta discussão, passa-se a analisar a natureza dessa decisão e o que se entende por direito público subjetivo para, então, se concluir quanto à existência de discricionariedade ou vinculação na decisão da Administração.

6.1.1 A decisão pela celebração do acordo substitutivo da sanção é uma decisão discricionária?

No caso dos acordos substitutivos de sanção no âmbito dos contratos administrativos, é necessário entender as fases que devem envolver o procedimento. Inicialmente, tem-se a ocorrência da infração administrativa, ocasião em que o administrador se vê diante da possibilidade de abrir o processo administrativo sancionador ou iniciar a negociação para a celebração do acordo. Ao se optar pelo

⁷⁸⁷ “Por outro giro, se o Direito estabelecer cláusula setorial autorizativa e se as normas administrativas não estabelecerem qualquer critério substantivo expresso para opção pela via consensual ou pela via autoritária de atuação administrativa, deve-se concluir que a escolha por uma ou outra opção é discricionária, sem prejuízo de esta norma poder limitar ou parametrizar a escolha a ser feita pelo administrador público. Por certo, porém, cabe impor ao decisor, nas margens discricionárias, o poder/dever de perseguir a melhor alternativa possível para o bem comum. Se a opção se dá nas margens discricionárias abertas à valoração da Administração, o que não resulta da cláusula setorial autorizativa é um direito do interessado à opção em favor da forma convencional, ou seja, não existe direito subjetivo à celebração de contratos alternativos”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 469.

acordo, inicia-se a negociação de suas cláusulas, podendo-se ou não chegar a sua celebração, visto que a impossibilidade de consenso entre as partes pode inviabilizá-lo, ainda que a Administração tenha, inicialmente, optado por ele. Conforme já se viu neste trabalho, é preciso que ambas as partes estejam numa postura integradora, de ganha-ganha, e não em uma perspectiva distributiva, em que um ganha e o outro perde. A ausência da perspectiva integradora do particular-contratado na negociação pode inviabilizar o acordo.

Nesse sentido, José Manuel Sérvulo Correia divide a liberdade contratual em duas fases: (1ª) a liberdade de celebração ou conclusão do contrato e (2ª) a liberdade de fixação ou estipulação do conteúdo do contrato. Quando se decide contratar, não é possível precisar o conteúdo do contrato.⁷⁸⁸ No caso dos acordos substitutivos, ao decidir iniciar a fase de negociação, a Administração pode chegar a um acordo ou não, dependendo do interesse de ambas as partes e da fase de negociação.

Assim, a primeira decisão a ser tomada é quanto a qual caminho seguir: acordo ou sanção unilateral. O que se investiga nesse momento é se há parâmetros a guiar esta decisão do administrador e quais são eles. Não há, atualmente, no ordenamento jurídico parâmetros legais que definam em que hipóteses seria cabível ou não a substituição do processo sancionatório pelo acordo, havendo apenas definição genérica quanto à possibilidade dessa substituição. No âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, até então aplicável para os contratos administrativos no Brasil, não havia sequer parâmetro legal para escolha entre uma penalidade ou outra e, tampouco, a existência de previsão de acordos substitutivos de sanção em contratos administrativos.

Já no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021, foi estabelecido parâmetro que deve balizar a decisão quanto à penalidade a ser aplicada e sua dosimetria, conforme estabelece o art. 156, § 1º: natureza e gravidade da infração; peculiaridades do caso concreto; circunstâncias agravantes e atenuantes e danos que decorrerem da infração para a Administração. Nesse sentido, defende-se que esses mesmos parâmetros sejam também utilizados pela Administração para decidir entre celebrar ou não o acordo. Isso porque, a depender da gravidade da infração ou dos danos que tenham decorrido para ela, a celebração de acordo em substituição à sanção pode se tornar inviável. A título de exemplo, em se tratando de um contrato para execução de uma obra pública, por um lado, se é detectado que a empresa utilizou, de forma dolosa,

⁷⁸⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 656.

material inferior àquele previsto no contrato e esse fato deu causa à queda da estrutura de determinado equipamento em construção, inclusive com vítimas fatais, dificilmente se vislumbra possibilidade de acordo, haja vista a existência do elemento subjetivo dolo e as graves consequências que dela advieram. Por outro lado, o atraso no cronograma físico-financeiro da obra, ainda que por culpa da empresa, é passível de ser negociado, vez que pode a empresa se comprometer a acertar o ritmo do contrato, inclusive com melhoria de sua performance, em troca de amenização de penalidades ou de sua não aplicação. Nesse caso, suspende-se o processo administrativo sancionador, o que inclui a rescisão do contrato, até a completa execução do ajustado. Ao final, se todas as partes cumpriram com o acordo, o processo sancionador é definitivamente arquivado.

Conforme leciona José Manuel Sérvulo Correia, no caso de acordos administrativos substitutivos de ato administrativo, a Administração deve agir com base nas mesmas finalidades almejadas pela lei em relação ao ato administrativo que visa substituir.⁷⁸⁹ Desse modo, é possível se utilizar as balizas estabelecidas pela lei (constantes do citado art. 156, § 1º da Lei nº 14.133, de 2021) para a escolha da sanção para a deliberação entre celebrar ou não o acordo. De um lado, a depender da gravidade da infração e dos efeitos que dela advierem, o acordo pode se tornar inviável, tal como a continuidade do contrato administrativo; de outro lado, a depender de suas peculiaridades, o acordo poderá ser medida preferencial em relação à aplicação da sanção.

O autor analisa, também, os parâmetros que orientam a Administração a deliberar pela celebração de um contrato no plano dessa autonomia pública contratual. Essa decisão tem natureza de ato preparatório, anterior à celebração ou não do contrato, de modo que essa deliberação deverá ser de cunho teleológico, à luz do interesse público.⁷⁹⁰ A Administração estará sempre vinculada à racionalização dos meios, de modo que deve realizar o juízo de deliberação sobre qual o meio (ato ou contrato) que melhor atende à finalidade almejada, formalizando, em ato jurídico próprio, a decisão quanto a contratar ou não.⁷⁹¹ Nesse sentido é que o autor defende a existência de limites internos da Administração para a tomada de decisão.⁷⁹²

⁷⁸⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 658.

⁷⁹⁰ Idem, p. 664.

⁷⁹¹ Idem, p. 666.

⁷⁹² Idem, p. 668.

O autor destaca a importância do princípio da proporcionalidade como um dos principais critérios para decisão nessas hipóteses em que a Lei não detalha quais são as condições para que a Administração decida contratar ou aplicar o ato administrativo unilateral:

Quando a decisão ou deliberação de contratar se não gera no quadro de normas de estrutura condicional (se – então), devido à ausência de indicação normativa dos pressupostos e de um tipo básico de efeitos, consistindo a direcção normativa recebida pela Administração apenas numa indicação mediana de um fim (atribuição ou atribuições da pessoa colectiva escolhida (s) pelo órgão para fim do contrato segundo o critério teleológico superior da racionalização dos meios a utilizar) aumenta a importância do princípio da proporcionalidade como parâmetro de juridicidade do acto administrativo pré-contratual. Orientado teleologicamente de uma maneira difusa, que envolve uma decisão própria de estabelecimento de fim, o órgão elege também os pressupostos que permitem identificar a presença desse fim na situação concreta e cria com liberdade o meio contratual destinado a satisfazer o interesse público mediante a constituição de uma situação jurídico-administrativa. dado que a extensa latitude da autonomia fruída corresponde a uma quase total liberdade criativa, é importante, para se não cair no arbítrio, que pelo menos a coerência interna entre os polos da decisão – fim, pressupostos, meio – corresponda a exigências objectivas ditadas pelo Ordenamento Jurídico.⁷⁹³

Desse modo, ainda que a lei não contenha as hipóteses que orientam a decisão da Administração, estabelecendo os casos que deverão gerar um resultado específico, o princípio da proporcionalidade deve ser um dos parâmetros a ser utilizado para essa escolha. Ou seja: deve ser escolha juridicamente orientada, baseada em fatos e motivos específicos, e não apenas em conveniência e oportunidade genericamente consideradas. Segundo o mesmo autor, a proporcionalidade é a “parte juridificável da oportunidade”.⁷⁹⁴

Já se sustentou aqui que a substituição da sanção administrativa contratual pelo acordo tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no art. 26 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), quanto no art. 151 da Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021. Todavia, em nenhum dos citados dispositivos é possível reconhecer a criação de parâmetros que tornem a decisão administrativa vinculada no âmbito abstrato. Portanto, é forçoso reconhecer que se trata de decisão discricionária. Embora a vinculação não decorra somente da lei, mas também do Direito (princípio da juridicidade), ainda assim, não se pode reconhecer, em abstrato, a vinculação da Administração ao acordo.

⁷⁹³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 671.

⁷⁹⁴ Idem, p. 672.

Ocorre, porém, que o reconhecimento dessa discricionariedade não se trata de margem de livre deliberação. Há parâmetros para essa tomada de decisão e, diante do caso concreto, a decisão que era discricionária no plano abstrato pode se tornar vinculada (redução da discricionariedade a zero). Conforme já se sustentou ao longo deste trabalho, a margem de deliberação deixada pelo legislador não se trata de um cheque em branco, ou seja, a formação da vontade da Administração não se dá com base em critérios subjetivos, mas se baseia em parâmetros objetivos. Não decorre do “querer” da Administração ou do administrador, já que a produção da decisão administrativa deve se dar a partir do preenchimento de critérios e parâmetros objetivos, baseando-se nos motivos constatados no caso concreto (teoria dos motivos determinantes). Nas seções seguintes, serão analisados os critérios a serem observados pela Administração ao optar pelo acordo em detrimento da sanção e os casos em que a discricionariedade em abstrato pode ser reduzida a zero no caso concreto.

Portanto, reconhece-se discricionariedade em abstrato e margem de deliberação entre a celebração do acordo ou a aplicação da sanção. Todavia, é necessário reconhecer também que essa margem de deliberação é limitada por critérios decorrentes do ordenamento jurídico, os quais se verá adiante.

6.1.2 O direito público subjetivo e a decisão entre o acordo e o ato administrativo unilateral

O fato da decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção se tratar de uma decisão discricionária não impossibilita, em princípio, o reconhecimento de direito público subjetivo ao acordo diante do caso concreto. É possível que, preenchidos determinados pressupostos, o acordo se torne medida vinculada no caso concreto, ainda que abstratamente seja reconhecida sua natureza discricionária. Portanto, a análise do que se considera direito público subjetivo é necessária para se compreender sua abrangência no caso de acordos substitutivos de sanção.

Segundo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, as relações jurídicas administrativas se sustentam na existência dos direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado. Trata-se de princípio que coloca em evidência a dignidade da pessoa

constitucional perante o Estado.⁷⁹⁵ Ocorre que a existência de direitos públicos subjetivos em uma determinada relação jurídica depende do grau de vinculação da Administração a uma decisão específica. Para que exista o direito é necessário que em uma relação jurídica a Administração esteja vinculada a ele pelo ordenamento jurídico, de tal modo que o não reconhecimento administrativo desse direito gere a possibilidade de sua imposição jurisdicional. É o que pontifica Vasco Manuel Pereira da Silva, ao explicar que o significado prático da existência de direito subjetivo é justamente a possibilidade de sua imposição pelo Poder Judiciário, de modo que tanto o órgão administrativo quanto o cidadão estejam limitados pelo tribunal. Nesse sentido, o autor conceitua direito público subjetivo:

Nos termos da “teoria da norma de proteção, e aceitando o seu alargamento no domínio dos direitos fundamentais (...), o indivíduo é titular no domínio dos direitos fundamentais (...), o indivíduo é titular de um direito subjetivo em relação à Administração, sempre que de uma norma jurídica que não vise apenas a satisfação do interesse público, mas também a proteção dos interesses dos particulares, resulte uma situação de vantagem objetiva, concedida de forma intencional, ou ainda quando dela resulte a concessão de um mero benefício de facto decorrente de um direito fundamental.”⁷⁹⁶

Ao descrever a evolução histórica do conceito de direito público subjetivo, o autor destaca sua origem na dogmática alemã, a partir do conceito de Ottmar Buehler. Essa concepção original estabelecia três condições para a existência do direito público subjetivo: (1ª) a existência de norma vinculativa; (2ª) a intenção do legislador de proteger interesses individuais; (3ª) a tutela jurisdicional da posição individual. Nesse sentido, o direito público subjetivo tratava-se do exercício de um poder público, do qual resultava um direito ou benefício para o particular.

Ocorre que essa concepção ainda estava muito ligada ao modelo de Estado liberal e Administração agressiva, reconhecendo-se apenas como direitos públicos subjetivos aqueles expressamente previstos em lei, numa lógica de não intervenção estatal. Nesse sentido é que há uma modificação do entendimento por meio da

⁷⁹⁵ “Daí a afirmação de que a questão da “relação jurídica administrativa prende-se directamente com os direitos subjetivos públicos; ela é em parte consequência, e parte condição dos direitos subjetivos”. (Maurer). Isto porque é o reconhecimento de direitos subjetivos que faz com que o indivíduo deixe de ser tratado com o objecto do poder, passe de “súdito” a “cidadão”, se transforme num sujeito de direito em condições de estabelecer relações jurídicas com os órgãos do poder público. O reconhecimento ao indivíduo da titularidade de direitos subjetivos constitui, portanto, o próprio fundamento da admissibilidade de relações jurídicas entre ele e o Estado”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 212.

⁷⁹⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 217.

conceituação trazida por Otto Bachov. Nesta nova concepção, o direito público subjetivo retira o indivíduo da condição de súdito e o coloca na condição de cidadão. O autor, então, elenca as três reformulações trazidas por Otto Bachov em relação ao conceito de Bueller, sendo a primeira delas o deslocamento da exigência da norma vinculativa para a existência de vinculação jurídica. Segundo essa nova concepção, também a discricionariedade pode levar a uma vinculação jurídica:

Deslocamento da exigência de norma jurídica vinculativa para a necessidade de existência de vinculações jurídicas. Pois, conforme explica Bauer a “característica da “disposição jurídica vinculativa” tinha, originalmente, o significado de excluir como fundamento do direito subjetivo (todas) aquelas normas que atribuíam à Administração uma “margem de discricionariedade”” (Bauer), o que implicava colocar grande parte da atividade administrativa à margem dos direitos subjetivos públicos. Agora, afastada a ideia do poder discricionário como “domínio livre do direito”, passa-se a defender a existência de direito subjectivos públicos relativamente aos limites da discricionariedade, uma vez que o “dever de cumprimento desses limites é vinculativo e que, devido a eles, pode surgir uma pretensão”.

Decisivo já não é, portanto, tratar-se de uma “norma vinculativa”, mas tão só o facto da norma jurídica de Direito Público conter “um dever de comportamento” da Administração, pelo que “mesmo as normas discricionárias podem fundamentar esse dever de comportamento” (Erichsen). Daí que as autoridades administrativas se encontrem sempre, pelo menos, obrigadas a deveres de conduta relativamente aos particulares resultantes das limitações do poder discricionário (v.g. princípio da igualdade, princípio da proporcionalidade).⁷⁹⁷

O segundo ponto de modificação da concepção de direito público subjetivo apontados por Otto Bachov é o alargamento das normas que se considera estarem a serviço do interesse individual, de modo que todas as situações de “vantagem objectiva e intencionalmente concedidas transformaram-se em direitos subjetivos”. Assim, segundo o referido autor, “qualquer interesse individual protegido de forma jurídico-objectiva contra o poder público é configurado pela ordem constitucional como um direito objetivo”.⁷⁹⁸

O terceiro ponto de modificação da concepção do direito público subjetivo é quanto ao recurso. Nesse caso, considera-se que a possibilidade de recorrer caiu em desuso para se considerar um direito como direito público subjetivo, em virtude da existência (naquele ordenamento) do contencioso administrativo.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

⁷⁹⁸ Idem, p. 226.

⁷⁹⁹ Idem, p. 227.

Com base na redefinição proposta é necessário se distinguir a incidência de direito público subjetivo do ato administrativo vinculado. A lei que deixa à Administração margem de escolha discricionária, também pode dar origem a direito público subjetivo, na medida em que a discricionariedade também possui limitações e, dentre os limites que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, ela também está sujeita a questionamentos perante o Poder Judiciário quando violar direito público subjetivo do particular.

Além disso, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva discorre a respeito do alargamento do conceito de direito público subjetivo a partir da Administração prospectiva e infraestrutural. A jurisprudência passou a reconhecer a existência do direito público subjetivo, em favor do particular, sempre que ele for juridicamente lesado pela atuação administrativa e, mesmo que não se possa alegar, “uma norma ordinária concreta, que dê imediata cobertura à sua posição”. Passou-se, então, a fundamentar a existência do direito público subjetivo diretamente nos direitos fundamentais, podendo esses últimos serem invocados nas relações administrativas.⁸⁰⁰

Essa evolução do conceito de direito público subjetivo, notada especialmente no direito alemão, que redundou na sua fundamentação diretamente nos direitos fundamentais, decorre dessa Administração prestadora e infraestrutural. Nela, há um grande aumento das tarefas e funções desempenhadas. Paralelamente ao crescimento de suas atividades aumentam também os direitos públicos subjetivos dos particulares.⁸⁰¹

Ainda a respeito dos direitos públicos subjetivos, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva discorre sobre o alargamento do conceito de direito público subjetivo no âmbito do direito alemão. Nesse sentido, a partir do exemplo do direito de intervenção policial, explica que houve o alargamento do direito público subjetivo para se considerar que, também nesse caso, passou-se a reconhecer o direito do cidadão a pleitear tal intervenção. Se antes entendia-se que o dever de intervenção da polícia somente dizia respeito a ela própria, passa-se agora a reconhecer o direito do cidadão a pleitear judicialmente essa intervenção. Com efeito, o autor destaca que o reconhecimento desses direitos está ligado à evolução da forma como se passou a

⁸⁰⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 234.

⁸⁰¹ Idem, p. 273.

entender a existência de direitos públicos subjetivos face à discricionariedade administrativa:

Mas o reconhecimento destes direitos subjetivos está também ligado à evolução do modo de entender a discricionariedade administrativa, que não é mais um poder “à margem da lei”, mas uma forma de realização do direito. Assim, admite-se a existência de direitos subjetivos relativamente aos limites do poder discricionário, quer se trate de limitações impostas pela ordem jurídica ao exercício desse poder (v.g. princípio da proporcionalidade, ou da imparcialidade), quer na limitação que diz respeito à verificação de circunstâncias fáticas justificativas de uma determinada actuação administrativa, cuja apreciação tinha sido deixada por lei ao juízo discricionário do órgão administrativo decisor, mas que em virtude de se terem produzido no plano dos factos fazem desaparecer a “liberdade de escolha” da Administração e determinam o surgimento de direitos dos particulares (fenômeno que a doutrina alemã designa através da expressão de “desaparecimento” ou “redução da discricionariedade”).⁸⁰²

Em sentido análogo, Pedro Machete defende que existem diversos tipos de direitos públicos subjetivos. Destaca a existência de pretensões ou direitos a prestações, que se dividem entre principais, assim consideradas as que estão a serviço de um interesse autónomo do particular, e pretensões secundárias, as quais surgem em virtude da violação de direitos absolutos.⁸⁰³

Quanto às pretensões principais, elas são consideradas direito subjetivo material e se referem ao poder de exigir de uma entidade um dado comportamento positivo ou negativo. Conferem ao particular o direito de que a decisão administrativa em que ele é interessado seja adequadamente adotada, sem erros ou ilegalidades. Nesse caso, o autor destaca que o tribunal poderá decidir impondo a prática do ato. No que se refere à decisão discricionária que envolve valorações típicas do exercício de atividade administrativa, o Poder Judiciário poderá não decidir o conteúdo do ato quando não for possível identificar apenas uma solução como legalmente possível. Nesses casos, ele deverá explicitar as vinculações que a Administração deve observar na emissão do ato devido.⁸⁰⁴

Porém, quando for possível identificar uma única decisão possível, o autor destaca que a discricionariedade poderá se converter em direito público subjetivo por meio da redução da discricionariedade a zero:

Saliente-se, ainda, a possibilidade autónoma, igualmente destacada pela doutrina, de uma pretensão formal se concentrar ou adensar (*verdichten*), na

⁸⁰² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 258.

⁸⁰³ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 528.

⁸⁰⁴ *Idem*, p. 528.

sequência da “redução a zero” da discricionariedade co-envolvida na decisão a que a mesma respeita, ao ponto de se converter num direito subjetivo público material – trata-se de situação correspondente à mencionada na lei e em que apenas uma solução é legalmente possível; e, inversamente, a possibilidade de um direito subjetivo material, por via de um fenômeno de esbatimento da sua força jurídica, nomeadamente pelo decurso do tempo, se pode transformar em pretensão jurídica formal.⁸⁰⁵

Desse modo, tal como sustentado por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, o autor também sustenta a possibilidade de a existência de direitos públicos subjetivos decorrerem de atos que, em abstrato, são discricionários, mas que diante do caso concreto podem se tornar vinculados pela existência de uma única decisão possível. Encontra-se uma única decisão mediante o preenchimento de determinados requisitos, caracterizando-se como redução da discricionariedade a zero, conforme se analisou na seção 4 deste trabalho.

As pretensões secundárias ou direitos absolutos, por sua vez, são destacados pelo autor como direitos fundamentais de liberdade. Trata-se da “intromissão ilegítima ou a lesão causada ao particular em desconformidade com a ordem jurídica”. Tais direitos, embora ligados aos direitos fundamentais, podem estar ligados tanto a normas constitucionais quanto a normas legais que tratem de tais direitos fundamentais.⁸⁰⁶ Quanto a tais direitos, o autor também estabelece que não é necessária uma norma legal específica consagradora do direito público subjetivo, bastando a demonstração de que um direito fundamental foi violado por ato administrativo ilegal.⁸⁰⁷

Miguel Seabra Fagundes conceitua o direito público subjetivo como sendo aquele que tem o administrado diante do Estado de “exigir prestações ativas ou negativas”. Trata-se de um poder de ação fundamentado no direito objetivo e destinado à satisfação de certo interesse. O autor ainda justifica que se considera público aquele direito subjetivo que decorre de relação jurídica administrativa. O autor divide os direitos públicos subjetivos em políticos e individuais. Os políticos se referem aos direitos de nacionalidade e cidadania e os individuais são aqueles que possuem sua fonte primária e essencial na lei.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ Idem, p. 530.

⁸⁰⁶ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 531.

⁸⁰⁷ Idem, p. 535.

⁸⁰⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 8.ed. atualizada até 2010. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 211-217.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, por sua vez, explicam que o direito público subjetivo não tem relação com a legalidade abstrata. Não há que se falar em direito público subjetivo à legalidade genericamente considerada, mas sim em relação a direitos e interesses seus. A ideia de defesa da legalidade somente teria relação no âmbito da ação popular, hipótese em que o particular não está a defender direito imediato seu, mas da coletividade.⁸⁰⁹ Posto isso, os autores definem o que entendem como sendo direito público subjetivo:

Quando um cidadão se vê prejudicado em seu âmbito material ou moral de interesses por atuações administrativas ilegais, adquire, pela conjugação dos dois elementos de prejuízo e de ilegalidade, um direito subjetivo à eliminação dessa atuação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses. Esse direito subjetivo se revela na atribuição pelo ordenamento de uma ação impugnativa, cuja titularidade e conseguinte disponibilidade ostente a partir, desse momento, plenamente.⁸¹⁰

De igual modo, Pedro Machete faz a distinção entre a violação da norma da violação do direito público subjetivo. Segundo o autor, a ilegalidade, por si só, não origina violação de um direito subjetivo. Esse somente ocorrerá quando houver violação à norma que visa proteger um interesse individual. Do contrário, estar-se-á diante da violação do ordenamento jurídico, que deve ser tratada por meio de outros institutos e não como direito público subjetivo.⁸¹¹

Do que se expôs a respeito do direito público subjetivo, pode-se concluir que tanto atos administrativos discricionários quanto vinculados podem ser fonte para sua existência. Quando se trata de atos vinculados, descumprido o que objetivamente a norma garante ao particular, abre-se a ele a possibilidade de pleitear o direito judicialmente. Já no caso dos atos administrativos discricionários, é possível que no caso concreto os limites da discricionariedade sejam ultrapassados pela Administração, com ofensa a princípios constitucionais, o que pode gerar direito público subjetivo do particular a ser pleiteado no âmbito judicial.

Conforme se destacou na seção anterior, não existe na legislação brasileira a criação de direito público subjetivo ao acordo de forma genérica, de modo que tal decisão, em abstrato, tem natureza de decisão discricionária. Todavia, trata-se de

⁸⁰⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revisgta dos Tribunais, 1991. p. 766.

⁸¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revisgta dos Tribunais, 1991. p. 773.

⁸¹¹ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 492.

discricionariedade que encontra limites e que pode, diante do caso concreto, se tornar uma decisão vinculada em favor do acordo, podendo ser questionada judicialmente.

Nesse sentido também é a conclusão de Bruna Rodrigues Colombarolli ao tratar dos contratos sobre exercício de poderes públicos. Para a autora, ao estabelecer no plano abstrato as condições para a atuação bilateral, a Administração está na esfera da discricionariedade. Porém, diante do caso concreto, a escolha entre o agir unilateral por meio de contrato é caracterizada pela vinculação administrativa, uma vez que não se trata de indiferentes jurídicos. Essa decisão, portanto, está sujeita a amplo controle jurisdicional.⁸¹²

Reconhecer a discricionariedade entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção não significa, portanto, outorgar um cheque em branco para a Administração. É preciso que se reconheça a existência de parâmetros jurídicos para que essa decisão seja tomada. Tais critérios podem indicar, no caso concreto, a existência de vinculação em favor da celebração do acordo, podendo ser objeto de questionamento judicial e reconhecimento do direito público subjetivo do particular à negociação. Passa-se a enfrentar, portanto, os critérios balizadores dessa decisão administrativa.

6.2 Critérios balizadores para a decisão administrativa entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção

Conforme foi destacado no tópico anterior e por ocasião da análise do controle da juridicidade da discricionariedade administrativa, a existência de discricionariedade em abstrato implica na possibilidade de a Administração optar, no caso concreto, entre mais de uma hipótese de decisão. Porém, aceita-se que há casos em que a discricionariedade pode ser reduzida a zero diante do caso concreto, reconhecendo-se que apenas uma decisão seria válida. Nesse caso, pode-se dizer que há discricionariedade em abstrato, mas há vinculação diante do caso concreto. Não é

⁸¹² “Com fulcro em tais premissas, o trabalho conclui que: (a) existe exercício de competência discricionária, quando a Administração Pública disciplina, abstratamente, por meio do poder regulamentar, as condições de atuação bilateral; (b) a regulamentação complementar da norma de competência que autoriza o agir público bilateral constitui importante ferramenta para implementar o tratamento isonômico dos particulares que se encontram na mesma situação jurídica, evitando-se discriminações benéficas ou detrimetosas injustificadas por parte da Administração Pública. Por outro lado, o trabalho conclui que a decisão administrativa que elege a celebração do contrato, em concreto, é caracterizada pela vinculação administrativa, uma vez que o agir unilateral e o agir bilateral não são indiferentes jurídicos. Considerando a natureza vinculada da decisão administrativa que opta pela celebração do ajuste, o trabalho defende que o devido processo administrativo de celebração dos contratos sobre exercício de poder repressivo estão sujeitos ao amplo controle jurisdicional de legalidade.” COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 413.

sempre que isso irá acontecer, pois há decisões que são discricionárias no âmbito abstrato e continuam discricionárias diante do caso concreto, quando se reconhece que, ainda assim, continuará existindo mais de uma decisão adequada.

Além disso, André Saddy ainda trabalha com o conceito de meios preferentes como hipótese de controle da juridicidade dos atos administrativos discricionários. Ou seja: é possível identificar na norma e na juridicidade meios que são preferentes em relação ao fim almejado para aquele caso. A não observância dessa preferência pode ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário quando se detectar que houve violação da finalidade do ato. O agente público está obrigado a encontrar a decisão que melhor se amolda à finalidade pública. Desse modo, cabe ao Poder Judiciário controlar a decisão no sentido de avaliar se o agente optou por aquela que é mais favorável ou menos gravosa.⁸¹³ Desse modo, as hipóteses que existem em abstrato como discricionárias para o administrador podem se tornar vinculantes a depender do caso concreto e da análise da finalidade do ato administrativo.

É o que se tem denominado na doutrina de “redução da discricionariedade a zero”. Deve-se fazer a distinção entre discricionariedade potencial e discricionariedade efetiva. A discricionariedade potencial é a que se encontra na norma, que deixa diversas opções para o administrador público. A discricionariedade efetiva ocorre quando, mesmo diante do caso concreto, há mais de uma opção igualmente válida perante o ordenamento jurídico. Todavia, não necessariamente a discricionariedade no plano abstrato leva à discricionariedade no caso concreto, visto que dentre as opções deixadas pelo legislador, é possível que apenas uma delas se mostre adequada diante do caso concreto. É o que sustenta André Saddy, ao defender que diante do caso concreto essa possibilidade de escolher entre possibilidades igualmente lícitas pode deixar de existir quando uma delas se torna mais adequada que a outra, se amoldando melhor à finalidade da norma.⁸¹⁴

⁸¹³ “Em seguida, o agente público enumerará as formas e meios preferentes para o fim almejado. Recordar-se que as formas e meios, comumente, estão prescritos na norma jurídica. Para ser válida, portanto, precisa ser compatível com o que expressamente dispõe a norma. Qualquer ausência ou inobservância da forma ou meio legalmente previsto para exteriorizar a vontade administrativa caracteriza um vício suscetível de ser controlado judicialmente. Ademais, quando enumera as formas e meios preferenciais, estará o agente, subordinado a imperativos de eficiência, pois o que toma a decisão terá de encontrar o melhor meio tendente a concretizar o fim. Esta etapa, também, revela uma margem de liberdade, mas não tão grande quanto a anterior, pois terá suas opções previamente definidas, além de se estar diante de um dever jurídico tendencialmente imperfeito, por ser desprovido, quase sempre, de sanções”. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 246 – 247.

⁸¹⁴ “A verdade é que a discricionariedade trabalha com a tentativa de definir o resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar uma determinada atuação. Logo, somente haverá

No caso em estudo, sustenta-se que diante da infração administrativa ocorrida no ambiente dos contratos administrativos, a Administração possui duas opções: (1ª) aplicar o ato administrativo unilateral sancionatório ou (2ª) substituí-lo pelo acordo. No tópico anterior, consignou-se o entendimento de que tal decisão trata-se de hipótese de discricionariedade potencial. Busca-se aqui demonstrar que há critérios balizadores da decisão administrativa que opta entre o acordo e a sanção unilateral no ordenamento jurídico brasileiro capazes de, no caso concreto, reduzir a discricionariedade da Administração a zero na escolha entre a sanção e o acordo.

Onofre Alves Batista Júnior explica que a delegação que é dada à Administração para decidir possui sempre respaldo na Constituição e nas leis. Não existe poder administrativo apriorístico, anterior ou superior ao ordenamento jurídico. A Administração somente possui as atribuições e poderes que a Constituição e as leis lhe outorgam e nos limites delas. Desse modo, não é possível detectar para a Administração a mesma autonomia de que gozam os particulares na celebração de contratos administrativos. Segundo o autor, “a vontade com a qual a Administração comparece para a celebração de contratos é vontade administrativa, ou, com maior rigor, vontade normativa”.⁸¹⁵

Ao tratar da distinção entre autonomia contratual pública e autonomia contratual privada, o autor destaca que essa última possui liberdade de conclusão, podendo escolher com quem contratar, e liberdade de formatação do conteúdo, podendo livremente estabelecer o conteúdo dos contratos. A autonomia contratual pública, por sua vez, não delega autonomia de conclusão ao administrador, somente podendo contratar com quem a lei designa ou na forma como a lei designa (por meio de licitação, como regra). Ao mesmo tempo, também não possui liberdade de formatação do conteúdo, visto que possui limites negativos e limites positivos de “competência, de finalidade, de imparcialidade, de razoabilidade, de moralidade, de publicidade, de eficiência administrativa, etc”.⁸¹⁶

discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos. Se houver alternativas ou opções válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial passível de não ser confirmada a posteriori pela realidade concreta”. SADDY, André. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 182.

⁸¹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 466.

⁸¹⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa

Conforme leciona André Saddy, o estudo de toda discricionariedade importa na análise conjunta dos seus limites. É por meio da criação de critérios que representem limites da decisão administrativa que se minimiza a possibilidade de posições subjetivas, com base no gosto ou capricho do administrador. É por isso que ao se reconhecer que a substituição da sanção pelo acordo é discricionária, faz-se necessário que se trace os limites e os critérios para que o administrador possa decidir.⁸¹⁷

O autor também defende a existência do chamado princípio da máxima objetividade administrativa, segundo o qual não é possível eliminar totalmente a discricionariedade, a apreciatividade e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Porém, é necessário que se reduza a discricionariedade ao mínimo, reservando-a para casos em que não é possível estabelecer parâmetros que levem à anterioridade da decisão. E, mesmo nesses casos, é necessário que os limites da decisão sejam estabelecidos e estejam sujeitos a controle.⁸¹⁸ O autor defende, ainda, que se adote a técnica do esgotamento do controle dos atos administrativos discricionários, de modo que o controle judicial deve ser o mais intenso possível, buscando-se esgotar todas as técnicas de controle disponíveis.⁸¹⁹

No mesmo sentido, Paulo Otero discorre a respeito do esvaziamento da discricionariedade administrativa. Segundo o autor, é possível que ações adotadas pelo próprio administrador reduzam ou esvaziem a discricionariedade administrativa, pois o poder discricionário conferido à Administração pelo legislador é disponível. Ou seja, ao mesmo tempo em que a legislação confere à Administração o poder de decidir entre uma alternativa ou outra, também lhe confere a possibilidade de previamente fixar os limites e os parâmetros da decisão futura, ou seja, a possibilidade da Administração se autolimitar.⁸²⁰

Na verdade, o tratamento que se dá para essa discricionariedade não é o mesmo que se reconhece à autonomia da vontade privada, visto que a primeira está guiada por princípios de natureza pública. Assim, a decisão entre celebrar o acordo

à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 472.

⁸¹⁷ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13.

⁸¹⁸ Idem, p. 15.

⁸¹⁹ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 209.

⁸²⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa á juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 854.

ou aplicar a sanção não é livre e deve ser juridicamente orientada, tendo relevância a aplicação de todo o regramento a respeito dos limites da discricionariedade que já se apontou ao longo desta pesquisa. Afinal, essa decisão tem natureza de ato administrativo que, embora discricionário, está sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.

Dito dessa forma, a decisão entre contratualizar ou não a sanção sujeita-se aos limites e aos controles a que todo ato administrativo discricionário se submete. Necessário se faz, pois, analisar os elementos que dão sustentação para o controle dessa decisão administrativa. A preocupação com o procedimento e com a justificação prévia da decisão a ser tomada pela Administração são instrumentos necessários para garantir segurança jurídica aos particulares que estão sujeitos a essas decisões. Conforme destaca Rodrigo Bracet Miragaya, não tem mais guarida na sociedade atual decisões tomadas apenas com base em termos vagos como “interesse público”, “serviços público”, sem que sejam apontados os motivos específicos do caso concreto que levam a Administração a um rumo ou outro ao decidir.⁸²¹

Na verdade, admitir o contrário, ou seja, que não haveria critérios para se escolher entre o acordo e a sanção e que a discricionariedade potencial é também a discricionariedade efetiva é medida de grande instabilidade e insegurança jurídica para a relação contratual. Para o gestor público, ter que tomar a decisão com base tão somente em critérios de conveniência e oportunidade, sem que haja balizas a orientar em que hipótese é conveniente ou oportuno optar pelo acordo, é mister de grande responsabilidade e insegurança. Para a empresa contratada, ficar à mercê da decisão da Administração sobre a celebração ou não do acordo é medida que, igualmente, lhe traz grande insegurança jurídica. A inexistência de critérios, pode-se dizer, viola princípios do Direito Administrativo Sancionador, especialmente a segurança jurídica, pois, também aqui, o princípio do devido processo legal implica na existência de critérios prévios e objetivos para que a Administração decida.

Em defesa da existência de critérios para o exercício do agir administrativo contratual está a conclusão de Bruna Rodrigues Colombarolli, para quem a Administração, por meio do exercício de sua competência regulamentar, pode

⁸²¹ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 34. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago 2021.

disciplinar as condições e os requisitos para a celebração de contratos sobre exercício de poderes públicos. Agindo assim, a Administração gera maior “cognoscibilidade e calculabilidade” para o cidadão, diminuindo sua margem de discricionariedade e favorecendo tratamentos isonômicos àqueles que se encontram em situação jurídica idêntica.⁸²²

No âmbito da Lei nº 13.655, de 2018, foram definidos alguns critérios para se optar pela celebração do acordo, denominado pelo art. 26 como termo de compromisso. Em seu parágrafo primeiro, o referido dispositivo impõe que a decisão oriunda do termo de compromisso deve buscar “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.⁸²³ São critérios balizadores que devem ser utilizados para a tomada de decisão por parte da Administração. Passa-se a descrever esses e outros critérios que se entende cabíveis de serem observados nesse processo decisório.

6.2.1 O critério da preferência pelo acordo e o princípio constitucional da eficiência

No presente trabalho já se sustentou o entendimento de que a sanção deve ser considerada medida de *última ratio* no Direito Administrativo. Com base na teoria da regulação responsiva, defende-se que a sanção unilateral, embora necessária em determinadas circunstâncias deve ser reservada a hipóteses restritas, de modo a dar lugar à aplicação de medidas alternativas ao ato administrativo unilateral de sancionar. Tais medidas devem compor uma pirâmide de alternativas, de modo que as consensuais estejam em sua base e as unilaterais estejam no topo. Esse modelo cria uma preferência pelo acordo em matéria de reação à infração administrativa. Aqui, pretende-se demonstrar de que maneira esse modelo se adéqua às sanções administrativas decorrentes de contratos administrativos e as consequências jurídicas que advêm dessa conclusão.

Inicialmente, é possível destacar razões pragmáticas que levam à preferência pelo acordo, ligadas ao princípio da eficiência, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1988. Após

⁸²² COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 402.

⁸²³ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 05ago 2018.

a constitucionalização do referido princípio, muito se discutiu quanto ao seu conteúdo e à forma com que vincula a Administração. Onofre Alves Batista Júnior, ao abordar tal princípio no âmbito da discricionariedade administrativa, aduz que o administrador, diante de escolhas que tem a fazer, não pode optar pela decisão mediana ou aceitável, mas deve buscar a decisão ótima. Decorre de ordem constitucional a necessidade de se tentar alcançar a maximização dos resultados.⁸²⁴

Nas escolhas administrativas decorrentes de discricionariedade deve ser empregado, pelo agente público, esforço interpretativo adequado de modo a percorrer o caminho mais eficiente e com o fim de se atingir a melhor decisão possível. E esse caminho mais eficiente não é apenas o de menor custo ou de melhor qualidade, mas o que considere a multiplicidade de fins que o Estado almeja e os múltiplos aspectos da ideia de eficiência.⁸²⁵

Ademais, o autor também defende que a ineficiência comprovada na busca pela melhor decisão deve ser causa de responsabilização da Administração e do agente público responsável. Portanto, o princípio da eficiência possui caráter cogente e deve ser utilizado como parâmetro vinculativo na tomada de decisão pelo gestor público.⁸²⁶

Com efeito, as sanções unilaterais sempre foram a resposta ordinária da Administração diante da infração administrativa. Ocorre que essas medidas já vinham demonstrando ineficácia pragmática, uma vez que os processos que lhes precedem possuem longa duração e podem não ter o efeito desejado. Conforme destaca Renata Lane, essas razões pragmáticas impulsionaram o giro pragmático da Administração pela consensualidade, haja vista que o acordo atende melhor à eficiência, inclusive pela sua capacidade de apresentar resposta mais célere à infração.⁸²⁷

⁸²⁴ “Em essência, o princípio da eficiência administrativa constitucionaliza, expressamente, para a Administração Pública, a necessidade de sempre buscar a maximização dos resultados, em toda sua atuação, impondo uma ação apta a atender aos aspectos basilares da ideia de eficiência. O administrador público, assim, deverá na margem discricionária optar pelo caminho mais eficiente, pela melhor solução possível. Para tanto, o agente público deve sempre utilizar-se de critérios eficientes, mais do que razoáveis, no âmbito de sua margem discricionária de atuação, sempre em atenção aos princípios da razoabilidade, moralidade, legalidade, imparcialidade, eficiência”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 273.

⁸²⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 273.

⁸²⁶ Idem, p. 274.

⁸²⁷ “Inclusive foi o viés pragmático que impulsionou a expansão da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. Verificou-se que as sanções administrativas impostas, gerando multas pecuniárias não adimplidas voluntariamente e infundáveis ações judiciais executivas, não atingiam a finalidade pedagógica e persuasivas necessárias para o bom funcionamento do mecanismo tradicional de comando e controle. Daí o giro pragmático da Administração Pública em busca da consensualidade como forma de viabilizar uma maior conformação de condutas”. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 113.

A autora destaca que, no âmbito do acordo de leniência e da delação premiada, a diminuição da pena é proporcional à eficácia dos resultados alcançados com a celebração do acordo. Além disso, o princípio da eficiência também era o fundamento no qual se baseava a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 5980, que questionava a antiga vedação contida no art. 17, § 1º da Lei nº 8.429, de 1992. Alegava-se na referida ação que a impossibilidade de celebração de acordo no âmbito da improbidade administrativa gerava duplo prejuízo ao erário: a obrigatoriedade de sempre judicializar a demanda e a demora na reparação dos prejuízos aos cofres públicos. Haveria, portanto, ofensa ao princípio da eficiência, da razoável duração do processo e da tutela jurisdicional efetiva.⁸²⁸ A autora ainda traz, como argumento a favor do acordo, a questão dos gastos públicos, uma vez que é muito mais barato para o Poder Público contar com a colaboração do particular do que acionar o aparato estatal para investigar, elucidar e punir o ilícito.⁸²⁹ Embora a autora aborde em seu trabalho, especificamente, os acordos em matéria de improbidade administrativa, as conclusões são também adequadas para a análise da substituição das sanções em contratos administrativos, uma vez que o processo sancionador, ainda que se desenvolva no âmbito administrativo, também exige a movimentação da máquina administrativa, envolvendo servidores de diversos setores. Trata-se de um processo sancionador lento e litigioso, que muitas vezes culmina com a judicialização da demanda a partir do inconformismo da empresa sancionada.

Nesse sentido, a autora defende que, embora se trate de decisão discricionária da Administração, há, no Direito Administrativo Sancionador, uma preferência pelo acordo em relação à sanção unilateral.⁸³⁰ A decisão dependerá do caso concreto, que induzirá a escolha administrativa, devendo a decisão pela sanção unilateral ser a via residual de resposta ao ilícito administrativo.⁸³¹

⁸²⁸ LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 114.

⁸²⁹ Idem, p. 116.

⁸³⁰ “Isto é, será o caso concreto que balizará a escolha da Administração Pública pela via consensual (tendo essa primazia) ou a via unilateral sancionatória. Tal lógica está diretamente relacionada com a concepção instrumental da sanção administrativa, bem como pelo viés pragmático da atuação administrativa. Assim, salvo as hipóteses em que houver determinação legal para a celebração do acordo, a via consensual será uma alternativa discricionária do Poder Público”. Idem, p. 106.

⁸³¹ “Sendo assim, concluímos que a aplicação da sanção administrativa pela via impositiva e unilateral deve ser compreendida, em regra, como uma forma residual de resposta ao ilícito administrativo cometido, a não ser em casos especificados em lei, vedando a via consensual ou para as hipóteses em que frustrada a tentativa consensual no caso concreto. Tal visão estaria em conformidade com a conformação do sistema jurídico sancionador, já que, com a maior complexidade regulatória, existem outros meios de induzir comportamentos socialmente úteis ao interesse público, menos custosos e com potenciais mais eficazes que a via tradicional de aplicação da sanção”. Idem, p. 108.

Juliana Bonacorsi de Palma explica que a eficiência pode ser interpretada como dever da Administração de escolha do meio mais adequado para se alcançar decisões ótimas. Nesse sentido, há dois grandes critérios básicos para se interpretar a eficiência, que são o utilitarismo e a proporcionalidade. Não obstante o entendimento de que ambos se aplicam à decisão da escolha do acordo em substituição à sanção, é possível identificar um outro critério que melhor se amolda ao caso, que é a escolha do meio (acordo) pelos seus efeitos. É que a escolha entre o ato imperativo e o ato consensual deve se dar pelos efeitos que se espera que sejam alcançados no caso concreto. A autora, então, faz um paralelo entre os efeitos que advêm do ato sancionatório unilateral e os oriundos do acordo:

Conforme indicado no Capítulo 1 deste trabalho, a sanção administrativa consiste em efetivo cumprimento de atuação administrativa cujos principais efeitos podem corresponder à repressão do infrator, recomposição da legalidade prevenção e infrações pelo efeito simbólico que gera à sociedade, persuasão nos acordos administrativos e, no âmbito regulatório, à afirmação do regulador perante o regulado. Em contrapartida, a consensualidade gera, a princípio, outra ordem de efeitos, compreendidos no elogio ao consenso: eficácia da decisão administrativa, freio à judicialização da decisão administrativa, possibilidade de haver decisões mais proporcionais ao potencial gravame, paridade entre Administração Pública e administrado, economia de tempo e de custos e adequação às especificidades setoriais e do caso concreto. Se a Administração Pública buscar aproximar o administrado de suas decisões, então, o ato consensual será preferido. No entanto, se a proposta for afirmar a autoridade estatal, a sanção administrativa apresenta-se como o meio mais adequado para tanto.⁸³²

Desse modo, pode-se verificar que o princípio constitucional da eficiência tem ligação com o emprego de meios que alcancem os melhores resultados. A autora faz o paralelo entre os efeitos que podem ser alcançados mediante ato administrativo unilateral e os que poderão ser obtidos por meio do acordo. Dentro do que se sustenta neste trabalho e na busca pela aproximação do particular às decisões estatais, bem como a pacificação do conflito, o acordo é a medida que melhor se amolda ao interesse público, de modo que ele deve ser preferido em relação à aplicação da sanção por meio de ato administrativo unilateral.

Onofre Alves Batista Júnior também compartilha desse entendimento. Segundo ele, quando a lei estabelece a possibilidade de acordo e ele condiz, de forma mais adequada, com a busca pelo bem comum, a Administração tem o poder/dever de

⁸³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128.

celebrá-lo. Não se pode, portanto, afastá-lo quando o caso concreto indica que o acordo é o melhor caminho. Assim, a decisão da Administração em afastar o acordo, quando ele se mostra como medida mais adequada, é antijurídica e, portanto, está sujeita a controle pelo Poder Judiciário.⁸³³

Pedro Machete, por sua vez, faz importante análise a respeito da juridicização das posições jurídicas recíprocas entre Estado e cidadão. Segundo o autor, o princípio da dignidade humana coloca o homem como princípio e centro do ordenamento jurídico, de modo que por isso Estado e indivíduo apresentam-se, um em relação ao outro, como titulares de direitos e deveres. Desse entendimento decorre, com base no princípio da proporcionalidade, “o dever de se privilegiar o diálogo e o consenso no sentido da resolução de eventuais conflitos de interesses entre a Administração e os particulares”.⁸³⁴ Fala-se, inclusive, em princípio da preferência ao consenso.⁸³⁵

De igual modo que os citados autores, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal destacou em nota técnica a importância dos acordos, especialmente o acordo de leniência, para o alcance da eficiência no Direito Administrativo Sancionador. No aludido documento, o órgão reafirmou a importância da modernização das técnicas e instrumentos de investigação

⁸³³ “A discricionariedade é aberta à Administração Pública para que esta possa operar no espaço não coberto pela rigidez das normas jurídicas, de forma a realizar atividade direcionada aos fins públicos da maneira mais adequada ao cumprimento dos fins constitucionais. A própria lei abre a possibilidade de ponderação ao administrador, que tem a prerrogativa e o “dever” de verificar, no caso concreto, qual a melhor solução a ser aplicada. Se a CRFB/88 determina que a Administração deve ser eficiente (art. 37, caput) haverá vício, por ofensa à norma constitucional expressa, se a atuação administrativa se der em desacordo com o princípio da eficiência administrativa; portanto, é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se um dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 468.

⁸³⁴ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 446.

⁸³⁵ Neste sentido: “O que se pretende é a discussão de uma nova raiz dogmática para o direito administrativo, especialmente considerando que quando a Administração Pública opta pelo acordo está optando pelo consenso e não pela autoridade, adotando-se um princípio da preferência ao consenso”. O acordo administrativo entre o Direito Público e o Direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa-privada? OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 87.

para uma maior efetividade do sistema punitivo, sempre com vistas à elucidação dos litígios de forma mais célere e efetiva.⁸³⁶

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2121, de 2017, ao analisar Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações com a Empresa Telefônica Brasil S/A reconheceu a validade do acordo e considerou que ele atendia adequadamente ao interesse público, uma vez que havia baixa efetividade nas multas aplicadas pela Agência. Na ocasião, reconheceu não haver óbice à celebração do aludido acordo em substituição à sanção. Percebe-se que os argumentos invocados pelo Tribunal na justificação do acordo são ligados à melhor eficiência do acordo em detrimento de uma falta de efetividade na aplicação das sanções de forma unilateral, bem como sua respectiva cobrança.⁸³⁷

Ainda em relação ao aspecto pragmático do acordo e sua ligação com a ideia de eficiência, destaca-se que os contratos administrativos são instrumentos de gestão

⁸³⁶ “De todo modo, busca-se, com o acordo, maior eficiência nos resultados e níveis punitivos alcançados. Incumbe ao Estado leniente atender ao interesse público, ponderando os custos e vantagens da avença. Nesta linha, deve ser valorada a melhor e mais rápida elucidação de ilícitos advinda da cooperação, fato que poderia eventualmente não ocorrer se inexistente a leniência e mantida a ignorância estatal. Proporcionalmente, deve-se realizar juízo de proporcionalidade sobre as benesses conferidas em função da colaboração prestada. (...) Na operacionalização concreta do direito sancionador, em qualquer de suas esferas e especialmente no sistema de justiça, a tônica na eficiência, crescente no mundo contemporâneo, demanda modernização de técnicas e instrumentos de investigação e de produção de prova, exigindo uma hodierna compreensão, mais racional, íntegra e pragmática, do funcionamento de institutos legais para dotar de efetividade o sistema punitivo em suas diversas vertentes, sem desobediência aos irrenunciáveis postulados constitucionais, sobretudo os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.” BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Combate à corrupção**: Nota Técnica nº 1/2017: 5ª CCR. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 abr.2021.

⁸³⁷ “(...) 9.3. dar ciência à Anatel de que: 9.3.1. este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitavas contidas neste acordão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU; 9.3.2. não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário; 9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento; (...)” BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2121, de 2017. Plenário**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 27/09/2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A2121%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 ago 2021.

administrativa e, como tais, necessitam apresentar resultados eficazes para a sociedade. Tanto os módulos convencionais instrumentais (obras, compras e prestação de serviços) quanto os módulos convencionais de concessão possuem correspondência direta com a gestão administrativa, o que também se aplica às respostas às infrações deles decorrentes. Diante da prática de uma infração, sendo a aplicação da penalidade um caminho único a ser percorrido pela Administração, é possível que ela inviabilize a continuidade da contratação, uma vez que pode redundar, inclusive, na rescisão do contrato. Essa decisão, portanto, tem impacto significativo na gestão da Administração, com consequências de paralisação de obras ou interrupção na prestação de serviços públicos, convocação de outras empresas para continuidade na prestação dos serviços, dentre outras consequências. Desse modo, admitir a existência de alternativas ao ato administrativo unilateral de aplicação de sanções e sua preferência em relação à unilateralidade é medida que tem pertinência com a governança pública.

O Decreto Federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que trata sobre a política de governança da Administração Pública Federal, Autárquica e Fundacional estabelece, em seu art. 2º, I, o conceito de governança pública como “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade;”. Em seu art. 4º, estabelece as diretrizes dessa governança e, dentre elas, está, no inciso VI, “implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores;”.⁸³⁸ Assim, percebe-se que a governança pública, instituto afinado com a busca pela eficiência, considera fundamental que se privilegie a prevenção e não o processo sancionatório na gestão de riscos na Administração Pública.

No âmbito das contratações públicas, a Lei nº 14.133, de 2021, estabelece também, em seu art. 11, parágrafo único, que a governança das contratações públicas, a ser exercida pela alta administração dos órgãos públicos, deverá “promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover

⁸³⁸ BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm Acesso em: 21/07/2021.

eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”. Para regulamentar a governança nas contratações públicas, foi publicada, pelo Governo Federal, a Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, que estabelece, em seu art. 17, as diretrizes para a gestão dos contratos administrativos, tendo previsto, no inciso IV, a obrigatoriedade de se modelar o processo sancionatório em contratos administrativos para se estabelecer critérios objetivos e isonômicos na dosimetria das penas, em consonância com o que prevê o art. 156, § 1º da Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021.⁸³⁹

Toda a regulamentação citada demonstra a preocupação existente do legislador e dos regulamentos administrativos com a gestão dos contratos administrativos e a integração da sanção com essa atividade. A boa gestão dos contratos administrativos também implica na garantia de segurança aos particulares contratados quanto às possíveis consequências que poderão advir da prática de infrações administrativas e na existência de mecanismos, à disposição das partes, para mediar as consequências dessas infrações, sob pena de inviabilização da continuidade do vínculo.

Certamente que diante da ocorrência de algumas infrações o caminho pode e deve ser o fim do vínculo com aplicação de penalidades severas. Assim, o que está aqui a defender não é a extinção do caminho da sanção unilateral e a rescisão do contrato, mas apenas que ele não seja o único e, nem mesmo, o primeiro, nos termos em que se sustentou a respeito da regulação responsiva e da estruturação piramidal da aplicação de sanções. É o que também sustentam Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matielo Cymbalista, os quais defendem que a atividade sancionadora é função pública que não pode deixar de ser exercida. Todavia, a sanção deve ser a “*ultima ratio*”, de modo que sua obrigatoriedade não deve ser confundida com sua inafastabilidade.⁸⁴⁰ Outrossim, no caso de celebração de acordos em substituição à

⁸³⁹ BRASIL. Portaria SEGES/ME Nº 8.678, DE 19 de julho de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seges/me-n-8.678-de-19-de-julho-de-2021-332956169> Acesso em: 21 jul.2021.

⁸⁴⁰ “Se a atividade sancionadora é uma função pública que não pode deixar de ser exercida, sua obrigatoriedade não pode ser identificada à inafastabilidade da sanção. Ao contrário, por conta do princípio da economia de repressão, é mandatório que a sanção seja a “*ultima ratio*” a ser aplicada entre os diversos instrumentos regulatórios colocados à disposição da autoridade administrativa com vistas a atingir suas finalidades. Não identificamos, portanto, óbice no ordenamento em abrir mão da sanção em favor de outros mecanismos que satisfaçam igualmente o interesse público”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)**, Salvador, n. 27, ago./ set./ out. 2011. Disponível na internet:

sanção, não se está deixando de exercer o poder administrativo sancionador, mas apenas exercendo-o de modo diverso que não o unilateral.

Ao comentarem o art. 26 da Lei nº 13.655, de 2018, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Veras de Freitas defendem essa natureza subsidiária da sanção, visto que a atividade punitiva não é objetivo do Estado. A sanção não é um fim em si, mas um dos meios para que se possa alcançar as finalidades públicas. Desse modo, os autores defendem que a sanção só é legítima se for o meio mais adequado para equilibrar os interesses na situação concreta.⁸⁴¹

Destaca-se, também, que as sanções administrativas aplicadas de forma unilateral pela Administração são fonte de alta resistência por parte do sujeito-sancionado. Já o acordo é instrumento pacificador do conflito, pois por seu intermédio a parte adere à decisão e, por via de consequência, não terá motivos para acionar o Poder Judiciário para essa finalidade.

A judicialização dos conflitos é elemento que não pode ser desconsiderado na análise da importância em se substituir o acordo pela sanção. Ora, sabe-se que o Estado é um dos maiores demandantes do Poder Judiciário. Pesquisa desenvolvida pela Universidade de São Paulo (USP) e patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada “Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública”, sob a coordenação dos Professores Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim de Azevedo aponta estimativa de que 60% dos casos em trâmite no Poder Judiciário envolvem o setor público, enquanto no âmbito do STF esse percentual sobe para 80% e no STJ para 85%. Trata-se de realidade que contribui de forma direta com a ineficiência e a morosidade da máquina judicial.⁸⁴²

www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf. Acesso em: 30 jun.2019.

⁸⁴¹ “Some-se a isso o fato de que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a ultima ratio. É que, como já se teve a oportunidade de asseverar, “dessa constatação parte outra de que a sanção é um fim em si, mas sim um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor. O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, nesse particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Veras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018: Lei da segurança para a inovação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105-106.

⁸⁴² BRASIL. Universidade de São Paulo. **Relatório Final de Pesquisa “As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. 2009**. p. 21. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf Consulta em: 10/08/2021.

Dentre as recomendações finais, oriundas da aludida pesquisa realizada pela USP, está a necessidade de se fomentar decisões negociadas para reduzir demandas judiciais e aumentar a segurança jurídica. No relatório final, restou consignado que “A experiência e a pesquisa quantitativa mostram ter sido significativa a redução da judicialização de decisões do CADE e da CVM, que pode ser atribuída à política de acordos a partir de 2006, na CVM, e 2007/8 no CADE.”⁸⁴³ Desse modo, a pesquisa demonstrou que o prestígio, o estímulo e a preferência por métodos pacificadores de conflitos no âmbito administrativo são fundamentais para se diminuir o excesso de judicialização de demandas envolvendo o poder público.

Portanto, embora se reconheça que na aplicação da sanção administrativa há discricionariedade da Administração para escolher entre acordo ou ato administrativo unilateral, defende-se aqui, com base no princípio constitucional da eficiência, que o acordo tem preferência em relação à sanção e que seu afastamento, se ocorrer, deve ser feito de forma motivada, estando tal decisão sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Com efeito, dizer que o acordo é preferencial em relação à sanção não significa que a via do acordo substitutivo sempre será a mais adequada ou eficiente. Entretanto, ela é a via preferencial e, para afastá-la, deve o administrador motivar sua decisão. Ao analisar o fato concreto, na hipótese de se detectar que há razões suficientes, amparadas no ordenamento jurídico, que indicam que o acordo é a via mais eficiente que a sanção, poderá a celebração do acordo se tornar medida vinculada e, assim, a decisão em sentido contrário poderá ficar sujeita a anulação por parte do Poder Judiciário.

6.2.2 O critério da proporcionalidade: a compatibilidade entre o acordo e a gravidade da infração

Conforme já se disse, não é toda infração administrativa que pode ter o acordo como resposta. Em algumas hipóteses, será necessário lançar mão da sanção unilateral, especialmente considerando a gravidade da infração. Obviamente que

⁸⁴³ BRASIL. Universidade de São Paulo. Relatório Final de Pesquisa “**As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**”.2009. p. 311. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

algumas condutas praticadas pelo particular-contratado prejudicam de tal maneira o interesse público que devem ser punidas de forma severa. Conforme citação feita de Juliana Bonacorsi de Palma no tópico anterior, deve-se avaliar no caso concreto qual é o efeito que se busca atingir, ou seja, a resposta que deve ser dada pelo ordenamento jurídico em relação à infração administrativa detectada.

Para que tal avaliação seja feita, a Administração Pública deve se valer do princípio da proporcionalidade, nos termos em que estabelece o art. 26, § 1º, inciso I da Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.⁸⁴⁴ Em matéria de sanção administrativa, as respostas da Administração devem ser proporcionais aos atos praticados pelo particular. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos não podem ultrapassar o limite do necessário para alcançar o objetivo para o qual se justificam. Portanto, condutas praticadas com intensidade desnecessária devem ser consideradas ilegais.⁸⁴⁵

Nesse sentido, a decisão em optar pelo acordo em detrimento da sanção também deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade, avaliando se, em resposta à infração, é mais adequado aplicar a sanção ou se é possível substituí-la pelo acordo. Destaca-se que se defende neste trabalho que a sanção unilateral é medida que deve ser a *ultima ratio*, estando no topo da pirâmide de opções para a Administração.

O princípio da proporcionalidade possui previsão expressa na Lei nº 9.784, de 1999, a qual estabelece, em seu art. 2º, parágrafo único, VI, a necessidade de as decisões da Administração levarem em conta a adequação dos meios aos fins. Trata-se de Lei Federal que se aplica no âmbito da União.⁸⁴⁶

De igual modo, o art. 20, parágrafo único do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (alterado pela Lei nº 13.655, de 2021) estabelece que a Administração irá decidir de forma motivada, hipótese em que deve demonstrar a “necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 93.

⁸⁴⁶ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸⁴⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, 1942. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Consulta em: 20/08/2021.

Ao comentarem o aludido dispositivo, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas explicam que o princípio da proporcionalidade é considerado o guia das escolhas públicas. Além disso, os autores relacionam o referido princípio com o da finalidade, de modo que o poder sempre seja exercido para a concretização de uma finalidade de interesse público e se dê nos estritos limites do necessário para concreção da referida finalidade. Dito isso, os autores fixam o entendimento de que a análise das consequências e da proporcionalidade deve integrar a motivação do ato, e a ausência dessa análise torna a motivação insuficiente, podendo, inclusive, gerar nulidade.⁸⁴⁸

Na esteira do que prevê a referida Lei, o art. 156, § 1º da Lei nº14.133, de 2021, trouxe como critérios a serem observados na aplicação das sanções administrativas a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os danos que dela provierem para a Administração Pública.⁸⁴⁹ Com isso, a Lei nada mais fez que regulamentar o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas.

Conforme já se sustentou neste trabalho, se para aplicar a sanção tais critérios devem ser observados, é também adequado que eles sejam utilizados como baliza para que a Administração decida entre celebrar ou não o acordo.

Outrossim, os critérios balizadores estabelecidos pela Lei nº 14.133, de 2021 e os estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, são conceitos jurídicos indeterminados e somente ganham feição diante do caso concreto. O ideal é que o contrato ou regulamento administrativo trace maiores detalhamentos sobre como serão manejados os conceitos que levam à análise da proporcionalidade no caso concreto. Se essa providência não for feita, caberá ao intérprete o dever de fazê-lo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar dos limites de oportunidade na discricionariedade, estabelece que um ato administrativo é oportuno “quando existam e bastem os pressupostos de fato e de direito de sua edição”. Assim, ao se analisar o motivo do ato, não basta que eles existam e sejam suficientes, sendo necessário que se analise a sua proporcionalidade com o objeto do ato.⁸⁵⁰ Ainda segundo o autor, a

⁸⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei nº 13.555/2018: Lei da segurança para a inovação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 40-42.

⁸⁴⁹ BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 01 ago 2021.

⁸⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69.

proporcionalidade se estabelece tanto de forma quantitativa quanto qualitativa, analisada entre os motivos (pressupostos do ato) e o objeto do ato.⁸⁵¹

No caso da substituição da sanção administrativa pelo acordo, o princípio da proporcionalidade pode restar violado tanto se a Administração sanciona quando deveria optar pelo acordo quanto se celebra o acordo quando deveria aplicar ato administrativo unilateral. É que a otimização das escolhas impõe ao poder público adotar a decisão que melhor se amolda ao caso concreto, sem excessos nem leniência indevida.

Segundo Juarez Freitas, a violação da proporcionalidade se dá quando, diante de duas decisões possíveis, o administrador opta por uma que deteriora ou sacrifica exageradamente um valor em detrimento do outro. O autor aponta que por meio de tal princípio o poder público está obrigado a “sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”. Deve-se vedar o excesso, mas também a inoperância ou a ação insuficiente.⁸⁵²

Desse modo, caberá à Administração avaliar no caso concreto a existência de fatores que impeçam a celebração do acordo com base no princípio da proporcionalidade. Ao mesmo tempo em que a Lei criou parâmetros para balizar a aplicação das sanções administrativas, tais parâmetros também colaboram para equalizar a escolha da Administração entre celebrar ou não o acordo.

A compatibilidade entre o meio (acordo) e o fim visado pela Administração (a função dissuasória e preventiva da sanção) devem ser o objetivo da decisão entre aplicar a sanção ou celebrar o acordo. Caso se chegue à conclusão de que a Administração consegue alcançar a finalidade da sanção de forma mais efetiva por meio do acordo, ele terá preferência; ao mesmo tempo, caso se perceba que a finalidade é igualmente alcançada seja pela sanção seja pelo acordo, ainda assim o acordo terá preferência. O acordo somente deverá ser afastado quando, do ponto de vista da proporcionalidade, ele não representar resposta adequada em função da gravidade da conduta praticada pelo particular.

⁸⁵¹ Idem, p. 70.

⁸⁵² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39.

6.2.3 O critério da autovinculação: a isonomia e a análise dos precedentes administrativos

Na seção 4.3.3.1 deste trabalho, quando se analisou a possibilidade de controle da discricionariedade dos atos administrativos, já se posicionou no sentido de que a vinculação da Administração não se dá apenas pela criação de um padrão de resposta por meio da norma, mas também por seus posicionamentos e precedentes administrativos. Se a substituição da sanção por atos de consensualidade é um comportamento padronizado da Administração, abre-se a possibilidade de que sua não utilização seja objeto de controle pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a existência de precedentes administrativos torna-se um dos critérios balizadores que autovinculam a Administração no momento de decidir entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção.

Paulo Otero, ao tratar das fontes do Direito Administrativo, as divide em fontes não voluntárias ou não intencionais e as fontes voluntárias ou intencionais. As fontes involuntárias são aquelas que não dependem propriamente da vontade do Estado e escapam ao seu processo intencional de alteração.⁸⁵³ Nessas se incluem os princípios jurídicos fundamentais, o Direito Internacional Público geral ou comum, os princípios gerais de Direito Administrativo e os costumes.⁸⁵⁴

As fontes voluntárias, por sua vez, decorrem da manifestação expressa e intencional do Estado, dividindo-se em heterovinculativas e autovinculativas. As fontes voluntárias heterovinculativas estão ligadas à ideia de ordenamento jurídico e juridicidade, envolvendo a juridicidade constitucional, a legislativa, a política (que abrange os atos praticados no exercício da função política), a jurisprudencial e a doutrinal.^{855 856}

No que se refere às fontes autovinculativas, também caracterizadas como fontes voluntárias ou intencionais, elas envolvem a intervenção de órgãos administrativos, que limitam a sua própria conduta no âmbito de sua atuação discricionária. O autor os divide em autovinculação unilateral e autovinculação bilateral. Na autovinculação unilateral encontram-se: o regulamento administrativo; o

⁸⁵³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007, p. 386.

⁸⁵⁴ Idem, p. 389.

⁸⁵⁵ Idem, p. 397.

⁸⁵⁶ Importante consignar que no caso da fonte doutrinal o autor esclarece que a doutrina exerce uma “função mediata na criação da juridicidade administrativa, possuindo uma mera “força normativa de fatos”, pois a eficácia jurídica da sua intervenção encontra-se sempre dependente da aceitação do respectivo contributo pelas autoridades formalmente investidas de poder decisório”. Idem, p. 397.

ato administrativo constitutivo de posições jurídicas subjetivas; os precedentes; a diretiva e a promessa unilateral. Já a autovinculação bilateral envolve: os acordos de concertação social; os acordos endoprocedimentais; os acordos substitutivos do procedimento administrativo; as convenções intra-administrativas; os acordos de transação em contencioso administrativo; os contratos de promessa e convenções de arbitragem; os acordos pré-contratuais e demais espécies de contratos envolvendo a Administração Pública.⁸⁵⁷

Quanto aos precedentes, o autor destaca que, ao lado das praxes, práticas e usos administrativos, eles são capazes de revelar “linhas uniformes ou constantes na conduta habitualmente seguida pela Administração Pública”, tendo relação com os princípios da igualdade e da imparcialidade, os quais devem guiar a decisão de casos concretos que sejam semelhantes.⁸⁵⁸ Portanto, a existência dos precedentes indica a necessidade de se alinhar as condutas da Administração, de modo a se manter a uniformidade nas decisões.

Trazendo a discussão da autovinculação administrativa para a decisão pela celebração ou não do acordo em substituição à sanção, pode-se apontar que a existência de regulamentos administrativos ou cláusulas contratuais, que indiquem as hipóteses em que essa substituição deva ser feita, pode se tornar autovinculação administrativa que impõe a decisão no sentido do acordo, caso os requisitos estabelecidos no plano abstrato sejam preenchidos no caso concreto. Isso eliminaria a discricionariedade, tal como já exposto na seção 6.2.1. No caso dos regulamentos, trata-se de autovinculação unilateral e no caso das cláusulas contratuais de autovinculação bilateral.

A propósito dessa possibilidade de regulamentação, Bruna Rodrigues Colombarolli defende sua necessidade e, ainda, que o fundamento para que seja realizada está no art. 84, IV da Constituição da República de 1988. Para a autora, por meio dessa regulamentação, a Administração antecipa o conteúdo dos futuros acordos, bem como o conhecimento prévio da possível decisão a ser tomada, garantindo tratamento pessoal e isonômico àqueles que estejam em situação idêntica. A autora ainda defende que nas hipóteses em que o ordenamento jurídico prevê a medida bilateral, mas não estipula as condições e o processo de celebração do contrato, a definição do regime contratual deve observar as regras e princípios do

⁸⁵⁷ Idem, p. 398.

⁸⁵⁸ Idem, p. 854.

ordenamento jurídico, especialmente vinculações jurídico-administrativas e direitos fundamentais, bem como os precedentes administrativos.⁸⁵⁹

No caso dos precedentes administrativos, trata-se de autovinculação unilateral. Por atenção ao princípio constitucional da isonomia, segurança jurídica e proteção à confiança legítima, é necessário reconhecer que os precedentes administrativos devem ser utilizados como parâmetros vinculantes da decisão administrativa. Na verdade, ao decidir, com alguma frequência, sobre um determinado assunto, a Administração cria um costume, uma experiência, uma práxis, que geram para o particular uma expectativa quanto ao seu comportamento diante de determinadas circunstâncias. Desse modo, esse comportamento esperado somente pode ser afastado mediante a existência de motivação suficiente.

Trazendo a discussão para o âmbito dos acordos substitutivos de sanção administrativa, é preciso que a Administração mantenha coerência administrativa, observando-se, ao decidir, a existência de precedentes administrativos. Suponha-se, por exemplo, que em um contrato administrativo deixou-se de aplicar uma sanção e optou-se pelo acordo em situação em que a empresa deixou de pagar determinada remuneração aos seus empregados ligados ao respectivo contrato administrativo. Assim que foi descoberto o problema, a empresa prontifica-se em resolvê-lo, celebrando com a Administração acordo substitutivo de sanção, comprometendo-se a adequar a conduta e manter os pagamentos em ordem. Trata-se de precedente administrativo, por meio do qual se firmou um entendimento de que situações como essa justificam a celebração do acordo com o afastamento da sanção. Se, posteriormente, outra empresa venha a cometer infração administrativa similar (deixar de pagar adequadamente verbas trabalhistas), deverá ser dado tratamento idêntico, sob pena de violação ao princípio da isonomia. De todo modo, o afastamento de solução idêntica pode até ser admitido, desde que devidamente motivado, e estará sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Onofre Alves Batista Júnior, embora sustente que não há direito subjetivo do particular à celebração do acordo, visto que a decisão da Administração entre celebrá-lo ou não seria discricionária, reconhece que é dever do decisor optar pela melhor decisão possível. Além disso, reconhece, também, que os precedentes podem se tornar vinculantes em caso de decisões idênticas, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Se houve uma decisão pretérita e essa foi eficiente, pode-se constatar vício do ato administrativo que opte por não celebrar o acordo para o novo caso idêntico. Portanto, as decisões administrativas devem estar sempre afinadas com a

⁸⁵⁹ COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 402- 403.

transparência, com a publicidade e com a igualdade de oportunidades, para que seja possível o controle dessas escolhas administrativas.⁸⁶⁰

Também nesse sentido é o que sustenta Gabriel Machado, para quem o acordo firmado pela Administração é um precedente, de modo que todos que tiverem conflito na mesma situação terá, em tese, o direito de buscar solução idêntica àquela já utilizada pela Administração. Desse modo, é necessário que a Administração avalie essa consequência no momento de se optar pelo acordo, visto que, posteriormente, poderá ser exigido dela posicionamento no mesmo sentido da decisão pretérita. O autor cita como um dos fundamentos de sua posição de vinculação aos precedentes o art. 3º, IV da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, a qual trata dos direitos de liberdade econômica.⁸⁶¹ No referido dispositivo, a Lei estabelece o direito dos particulares de receber dos órgãos e entidades da Administração Pública tratamento isonômico quanto ao exercício de atos de liberação de atividade econômica, e ainda estabelece que “o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores”.⁸⁶² Embora não se aplique especificamente ao caso em análise, limitando-se à seara do Direito Regulatório, trata-se de reconhecimento legal da necessidade de respeito aos precedentes administrativos.

⁸⁶⁰ “O que cabe ser questionado é se o administrado, em situação jurídica absolutamente idêntica, não teria direito subjetivo à transação administrativa. Por certo, se a Administração adota uma solução para um caso e não a adota para outro, diante de situações absolutamente similares, ofendido restaria o princípio de isonomia. O que cabe perquirir é se ocorre ou não vício, pelo fato de o decisor haver discriminado indevidamente o administrado que não conseguiu a solução concertada. Da mesma forma, se a solução primeira era eficiente e se as situações são absolutamente idênticas, a decisão o segundo caso não se deu, a princípio, em sintonia com o princípio da eficiência administrativa, por isso deve ser afastada. Ainda, se houve discriminação odiosa, cabe perquirir se não se está perante vício de parcialidade, bem como perante desvio de poder na decisão administrativa. Exatamente por isso é que a transparência, a publicidade e a igualdade de oportunidades são importantes par que o contrato administrativo alternativo, de mecanismo capazes de favorecer o desenho de uma administração pública mais democrática e eficiente, não se torne o “Cavalo de Tróia” do Direito Administrativo”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 469.

⁸⁶¹ MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 51.

⁸⁶² “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento;” BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 jul.2021.

Assim, a importância de observância dos precedentes tem ligação direta com o princípio da impessoalidade e isonomia. Não pode a Administração decidir de um modo em relação a um particular e em situação juridicamente idêntica decidir de forma diversa. Diante de atos administrativos de cunho discricionário há a possibilidade de se tratar cada caso de acordo com sua peculiaridade, porém aumenta-se o risco de tratamento desigual sem critérios objetivos. Nesse sentido é que André Saddy defende que “quanto mais comum e repetitiva é a decisão, mais controlável ela será”. O autor sustenta que a experiência na tomada de decisão em um determinado sentido proporciona uma certa previsibilidade da conduta esperada da Administração, o que gera vinculação para aquela decisão.⁸⁶³

Desse modo, no caso dos acordos substitutivos de sanção, havendo sido firmado o entendimento em caso idêntico anterior pela sua utilização, deve a Administração seguir a mesma orientação em casos similares futuros ou justificar com base nas peculiaridades do caso concreto as razões pelas quais afastará a incidência do acordo. De uma forma ou de outra, a existência de tais precedentes administrativos é medida que poderá ser levada em conta pelo Poder Judiciário no controle do ato que decide desconsiderar o acordo.

6.2.4 O critério da manutenção dos pactos administrativos e a decisão de substituir a sanção pelo acordo

Um dos efeitos nefastos da infração administrativa é o seu impacto na manutenção do vínculo entre a empresa contratada e a Administração. Sabe-se que a escolha de uma empresa para celebrar contrato com o poder público depende de processo licitatório que é, invariavelmente, longo, burocrático e moroso. Entre decidir adquirir um bem material, contratar uma obra, a prestação de um serviço ou a realização de um serviço público há longo caminho a ser percorrido, desde a fase

⁸⁶³ “A frequência com que a os agentes tomam decisões proporciona um sistema de regras e princípios que guia eventos já vividos. Toda a organização possui uma estrutura de conhecimento, experiência, valores e significados que, organizacionalmente localizados, os decisores trazem às decisões. A experiência de tomar decisões de maneira regular e repetitiva desenvolve mecanismos de classificação de casos que ajudam a adotar medidas futuras. A tomada de decisões repetitivas constrói para as futuras decisões um conjunto de conhecimentos que permite limitar a discricionariedade e a apreciatividade pela previsibilidade existente com a familiaridade que se tem por ter vivido a conduta de maneira repetitiva. Assim, quanto mais comum e repetitiva é a decisão, mais controlável ela será.” SADDY André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 254.

interna de planejamento da licitação, passando pela fase externa e assinatura do contrato.

Não bastasse todas as dificuldades inerentes a esse processo de contratação, ocorre que em determinadas circunstâncias a empresa não cumpre o pactuado ou cumpre de forma insatisfatória, gerando a abertura de processo administrativo sancionatório, que poderá redundar em sanções e rescisão do contrato. Se esse último efeito se concretizar, resta à Administração tomar as providências para: (1) licitar novamente; (2) convocar os demais colocados na licitação para assumirem o remanescente não executado pela empresa vencedora⁸⁶⁴ ou (3) contratar empresa diretamente sem licitação com fundamento em situação emergencial, desde que se trate de serviço essencial.⁸⁶⁵

Os argumentos acima já demonstram, por si, o quão indesejada é a rescisão do vínculo contratual com a Administração. Ficar sem o contrato pode representar graves prejuízos à Administração, o que a fará optar pelas alternativas de contratação do remanescente com outra empresa que participou, mas não foi a vencedora da licitação ou, ainda, a contratação com outra empresa sem licitação, em virtude de a rescisão do contrato gerar emergência. Desse modo, é necessário se repensar a utilização automática de instrumentos unilaterais de terminação desses processos administrativos. Com base nesses argumentos é que se deve analisar a existência de métodos alternativos a essa unilateralidade, com a tentativa de pacificação do conflito.

Para além desses fundamentos pragmáticos, também a teoria dos contratos administrativos, vista na seção 2 deste trabalho, necessita ser revisitada no que se refere à substituição das sanções administrativas por acordo como método adequado

⁸⁶⁴ Previsão neste sentido está na Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;” BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. D **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 03 ago 2021. Também a Lei nº 14.133, de 2021 traz previsão similar, porém não mais como modalidade de dispensa de licitação, mas unicamente como contratação de remanescente: “Art. 90 (...) § 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.” BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03 ago.2021.

⁸⁶⁵ Neste caso, seria hipótese de última ratio e não havendo sendo possível, justificadamente, resolver com base nas alternativas anteriores, se optar pelo contrato emergencial. Trata-se de situação excepcional e que somente deve ser considerada em hipóteses extremas.

de solução de conflitos contratuais na perspectiva da manutenção dos pactos. É que, por se tratar de um acordo bilateral, a regra é que as partes se comprometam a manter e conservar o que foi pactuado, sendo a extinção do vínculo medida excepcional. É o que decorre do princípio do *pacta sunt servanda* que indica a necessidade de respeito à palavra dada e ao que foi pactuado. Essa ideia de respeito aos compromissos é trazida por Fernando Dias Menezes de Almeida que se baseia na perspectiva funcional de Hannah Arendt, sendo a confiança decorrente dessa perspectiva fundamental para a pacificação social. Segundo Hannah Arendt, a solução para as incertezas do futuro está na faculdade de prometer e cumprir promessas. Baseando-se nisso, o autor indica o princípio do *pacta sunt servanda* como fundamento geral do Direito e, mais especificamente, do fenômeno contratual.⁸⁶⁶

Conforme já se expôs na seção 5.5 do presente trabalho, pode-se identificar na Lei nº 14.133, de 2021, a indicação de que a regra geral é a manutenção dos contratos administrativos e não a sua anulação ou rescisão. É que o art. 147 da Lei determina que mesmo diante de ilegalidade insanável e desde que haja justificativa é possível e necessário se manter o vínculo contratual, quando as circunstâncias práticas o exigirem. Se até mesmo diante de vício insanável é possível se falar em manutenção do contrato, com mais razão na hipótese em que se busca evitar a rescisão do contrato por descumprimento contratual, quando a natureza do descumprimento for compatível com a manutenção do pactuado.

De igual modo, é possível identificar, também na Lei nº 8.987, de 1995, que trata dos módulos convencionais de concessão a opção do legislador pela manutenção do vínculo em detrimento de sua extinção. Na referida Lei são estabelecidas duas modalidades básicas de extinção unilateral antecipada do contrato: encampação e caducidade. A encampação está prevista no art. 37 da Lei e trata-se de modalidade de extinção por interesse público. O dispositivo exige lei específica para se declarar a encampação, bem como, o pagamento de indenização prévia dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados e das perdas e danos que forem reconhecidas. Pode-se dizer que tais exigências buscam garantir maior segurança jurídica ao particular-contratado, visto que tendem a evitar a ocorrência da rescisão. A necessidade de lei e de indenização prévia são limitadores importantes que desestimulam a Administração-contratante a se valer desse permissivo, exceto em situações excepcionais.

⁸⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias **Menezes de. Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 98-100.

Em caso de inadimplemento do contrato pela empresa contratada a extinção do vínculo é denominada caducidade e está prevista no art. 38 da referida Lei. Pela Lei, exige-se que a caducidade seja declarada por meio de decreto e após processo administrativo em que seja garantida à empresa ampla defesa e contraditório (art. 38, § 2º). Ainda assim, exige-se pelo art. 38, § 3º, a necessidade de comunicação dos descumprimentos contratuais à empresa contratada, concedendo-lhe prazo para “corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.”⁸⁶⁷ Nesse caso, embora a Lei não estabeleça, é possível que a interpretação do dispositivo seja feita de forma combinada com o art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, para se regular a concessão do prazo para regularização das pendências contratuais por meio de acordo substitutivo de sanção administrativa. A regulamentação, por intermédio de acordo, do prazo a ser concedido admite, inclusive, que se regule e fiscalize de forma mais efetiva as consequências do inadimplemento da empresa do que for pactuado quanto a esses prazos.

Também na Lei nº 8.987, de 1995, há a previsão da intervenção do poder concedente na concessão quando se detectar a ocorrência de irregularidades na prestação do serviço público. A intervenção tem como finalidade “assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”.⁸⁶⁸ Trata-se, pois, de outra medida que pode ser utilizada como opção à rescisão unilateral do contrato por caducidade, o que indica preferência pela manutenção dos pactos do que por sua rescisão unilateral prematura. Nada impede, a propósito, que a intervenção resulte na celebração de acordo administrativo em substituição à sanção ou rescisão, regulando-

⁸⁶⁷ “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. (...) § 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm . Acesso em: 03 ago. 2021.

⁸⁶⁸ “Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 03 ago 2021.

se nas cláusulas desse acordo o acompanhamento do pactuado e as consequências de sua inobservância.

Portanto, conforme se pode observar, a Lei nº 8.987, de 1995, bem como a Lei nº 14.133, de 2021, possuem regulamentação a respeito da extinção do contrato administrativo como medida excepcional, sendo a manutenção dos pactos um critério definidor para se substituir a sanção administrativa pelo acordo administrativo.

Assim, ao decidir no caso concreto se aplica a sanção de forma unilateral ou opta pelo acordo, a Administração deve observar que há fundamentos legais que impõem a manutenção dos pactos administrativos. A rescisão unilateral é, muitas vezes, necessária para se proteger o interesse público contra uma empresa contratada que pode causar prejuízos à Administração ou aos cidadãos com a má prestação dos serviços. Porém, esse não deve ser o único e, nem mesmo, o primeiro caminho a ser observado pela Administração. Em virtude de todas as dificuldades inerentes à extinção prematura do vínculo contratual em um contrato necessário para a Administração, a manutenção do pacto deve ser a primeira alternativa buscada pela Administração. Por tudo que aqui se expôs, a celebração do acordo, em substituição à sanção, colabora de forma mais adequada com a manutenção do contrato do que a aplicação unilateral da sanção, haja vista que prestigia, de forma mais efetiva, a pacificação do conflito gerado no âmbito contratual.

6.3 Os direitos dos particulares ao requerimento de substituição da sanção administrativa unilateral em contratos administrativos pelo acordo e os requisitos para a decisão da Administração

Já se tratou na seção 3 a respeito das garantias constitucionais do Direito Administrativo Sancionador na aplicação de sanções administrativas (seção 3.3.9). Neste sentido, abordou-se o princípio da culpabilidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da proibição do *bis in idem* como princípios constitucionais específicos aplicáveis ao processo administrativo sancionador. Outrossim, tais princípios, aplicáveis nas hipóteses em que se decide unilateralmente, também deverão ser respeitados nas hipóteses em que a Administração optar por celebrar acordo com o particular para a substituição da sanção unilateral.

Quanto ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, é preciso reconhecer que ele sofrerá adaptações caso se opte pelo acordo substitutivo de sanção administrativa. Nesse caso, a garantia da ampla defesa e do

contraditório são substituídas, de comum acordo entre as partes, pelo diálogo na busca da construção de cláusulas de compromisso para o acordo a ser firmado entre as partes. Como se está diante de um acordo, não faz sentido se abrir prazo de defesa, no sentido formal de peça jurídica de contestação que normalmente se verifica nos processos administrativos sancionatórios. O contraditório se formará de maneira dialogada, com a proposição consensual das cláusulas para o acordo.

Entretanto, em se tratando de substituição apenas do ato administrativo sancionador final, pressupõe-se que o processo administrativo percorreu todas as fases e, no momento da aplicação da sanção, decide-se substituí-la pelo acordo. Nesse caso, havendo a fase prévia de processo administrativo, devem ser garantidos todos os direitos inerentes a ela, inclusive a ampla defesa e contraditório.

Quanto à possibilidade de o particular-contratado solicitar à Administração a substituição da sanção pelo acordo, entende-se que há direito público subjetivo do particular-contratado a requerer a substituição da sanção pelo acordo, considerando o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, alínea a da Constituição da República de 1988.⁸⁶⁹ Como consequência do direito de pedir está, naturalmente, o direito de ser respondido, uma vez que, conforme artigo publicado em conjunto com Cristiana Fortini, não há direito da Administração em permanecer em silêncio diante de um pedido administrativo.⁸⁷⁰ Além disso, em respeito à teoria dos motivos determinantes e ao princípio da motivação, a resposta da Administração deverá ser devidamente motivada.⁸⁷¹

Ocorre que, conforme já se viu, a decisão da Administração entre celebrar o acordo e aplicar a sanção é decisão discricionária. Um dos resultados desta pesquisa é a constatação de que não há direito público subjetivo do particular-contratado, em abstrato, ao acordo substitutivo de sanção administrativa. Haverá, todavia, o direito

⁸⁶⁹ “Art. 5º (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 03 set. 2021.

⁸⁷⁰ FORTINI, Cristiana. SANTA ANNA, Felipe Alexandre. O silêncio administrativo: consequências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 64, p. 7394 – 7402 jun. 2006.

⁸⁷¹ Neste sentido está a lição de Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Schiefler: “Mas o que se assegura é que existe um direito à resposta administrativa motivada. Como é ressabido, a obrigação administrativa de apresentar resposta à provocação do particular é decorrência natural da existência do próprio direito de petição; e esse ato administrativo, de resposta à petição, naturalmente negará, limitará, afetará ou reconhecerá interesses do particular, pelo que deve ser motivado (artigo 2º, §único, VII, e artigo 50, I, da Lei nº 9.784/1999).” OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHIEFLER, Gustavo. Direitos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos?imprimir=1> . Acesso em: 10 set. 2021.

do particular a uma resposta motivada quanto à celebração ou não do acordo. Entende-se, pois, que embora não exista vinculação em abstrato pela celebração do acordo, não existindo, portanto, direito público subjetivo, mediante as peculiaridades do caso concreto a decisão em favor do acordo pode se tornar vinculada. Para tanto, será necessário que a Administração Pública apresente motivação adequada quanto à celebração ou não do acordo, com base nos critérios apresentados no presente trabalho, a saber, a observância do princípio da eficiência, da proporcionalidade, da preferência pela manutenção dos pactos e da isonomia na análise dos precedentes administrativos. A inobservância da devida motivação ou a motivação inadequada do ato administrativo discricionário pode levar a sua anulação judicial.

Questão levantada por Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Shiefler relaciona-se à hipótese em que a Administração inicia a negociação, mas, ao longo do processo de acordo, desiste de sua celebração. Os autores apontam que, em situações como essa, é possível que o acordo já tenha avançado de tal maneira que não dar continuidade a ele pode violar o princípio da proteção à confiança legítima. Nesse caso, os autores defendem que a Administração não poderia retroceder na tentativa de acordo, uma vez que o processo de negociação, em especial no que se refere aos acordos de leniência, exigem que a empresa apresente documentos e provas que já são parte do compromisso a ser firmado. Nesse caso, tendo sido feita a análise discricionária entre celebrar ou não o acordo, e em se optando por celebrá-lo, a Administração somente poderá retroceder nessa decisão caso se esteja diante de situação excepcional, haja vista que estaria caracterizada a teoria da redução da discricionariedade a zero.⁸⁷²

⁸⁷² "Nos casos em que as tratativas de acordo estão avançadas, como decorrência de atos negociais de ambas as partes, há de se reconhecer uma expressiva redução, ou mesmo atrofia, da discricionariedade administrativa, em respeito à boa-fé, ao princípio da eficiência e à segurança jurídica. É o que a doutrina alemã nomeou como "Redução da Discricionariedade a Zero" ("Ermessensschumpfung ou Ermessensreduzierung auf Null"); teoria, inclusive, que é reconhecida em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora aplicada noutro contexto da atividade administrativa (cf. Tema 784 de Repercussão Geral). É possível que, durante uma negociação, crie-se um estado de coisas de tal modo avançado na configuração de expectativa de direito que, embora não exista um direito ao acordo, a desconstituição das posições já assumidas pela administração demanda motivação absolutamente excepcional para que seja legítima. Assim, a decisão administrativa proferida em fase avançada de negociação de acordo administrativo e que seja fundamentada em motivação falsa ou imprópria, baseada em motivo simulado e ilegítimo, ou que omita o real e ilegítimo motivo, é nula de pleno direito, implicando a manutenção do "estado de tratativas" que tenha sido fomentado pela autoridade e pela compromitente. Esse "estado de tratativas", geralmente avançado, só pode ser afastado excepcionalmente e por motivação hígida, por conta da mitigação, ou mesmo atrofia, in concreto da discricionariedade administrativa da autoridade legitimada (Ermessensschumpfung ou Ermessensreduzierung auf Null), sob pena de prejuízo à efetividade do acordo e à segurança jurídica, em detrimento da confiança legítima depositada pelo particular na administração." OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHIEFLER, Gustavo. Direitos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. **Revista Consultor Jurídico, 22 de agosto de 2021**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos?imprimir=1>. Acesso em: 10 set.2021.

Nesta tese coaduna-se com o entendimento firmado pelos referidos autores. Embora o enfoque da análise por eles empreendida esteja ligado aos acordos de leniência, que exigem apresentação de provas e documentos que colaborem com a investigação da Administração, o que não é o enfoque do presente trabalho.

No caso dos acordos substitutivos de sanção em contratos administrativos que não envolvam corrupção (e não se enquadrem, portanto, em acordos de leniência nos termos da Lei nº 12.846, de 2013) é possível se entender que o início das tratativas da negociação já demonstram uma decisão da Administração pela celebração do acordo. Ao retroceder dessa decisão, ela deverá demonstrar as razões excepcionais e subsequentes à sua primeira análise que a levaram a desistir do acordo. Tal constatação é necessária para se garantir segurança jurídica e efetividade ao processo de negociação, tornando-o seguro e confiável para as partes, sem que o particular-contratado seja surpreendido com uma mudança de comportamento sem justificativa por parte da Administração.

Outrossim, o entendimento aqui firmado é de que o particular tem direito público subjetivo de requerer a celebração do acordo em substituição à aplicação da sanção unilateral. Além disso, é dever da Administração – e, por consequência, direito do particular – que a decisão da Administração entre celebrar o contrato ou aplicar a sanção seja devidamente motivada. Para essa motivação, defende-se que sejam observados os critérios estabelecidos na seção 6.2 desta tese.

Com efeito, a decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção é decisão discricionária no âmbito abstrato, admitindo-se que as circunstâncias do caso concreto tornem vinculada a decisão por uma ou outra via. A possibilidade de controle judicial da decisão que opta pelo acordo ou pela sanção será objeto de análise na seção seguinte.

6.4 O controle judicial da decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção

Diante do entendimento fixado nesta tese de que a decisão pelo acordo ou pela sanção unilateral é uma decisão discricionária em abstrato, é preciso se analisar em que medida é possível o controle jurisdicional em relação à escolha feita pela Administração. Nesta seção serão definidos os critérios balizadores para a tomada de decisão que podem fazer com que a discricionariedade que existe no plano abstrato se torne vinculação diante do caso concreto. A questão a que se busca responder é

quanto ao cabimento do particular pleitear a revisão da decisão da Administração pelo Poder Judiciário.⁸⁷³

Com efeito, é imposição do princípio da segurança jurídica que decisões discricionárias devem estar embasadas em critérios e parâmetros objetivos. Admitir que a decisão discricionária seja totalmente livre faz com que o particular, e no caso em análise, o contratado, fique à mercê de escolhas subjetivas do administrador. Por isso, cabe ao Direito, quando a norma não o faz, elencar esses parâmetros de decisão e controle da discricionariedade. O que se defende na presente pesquisa, a partir de constatações das premissas anteriores, é que há o dever da Administração de optar pela decisão que melhor se amolda ao caso concreto.

Nesse sentido, Paulo Otero aponta que há mecanismos administrativos que podem ser considerados redutores da discricionariedade, os quais podem ser divididos em normativos e não normativos. Segundo o autor, por meio do mecanismo normativo a Administração cria um determinado regulamento por intermédio do qual se estabelecem os parâmetros e as regras da forma como será exercida a discricionariedade perante o caso concreto. Pode se tratar de uma predeterminação autovinculativa, hipótese em que o próprio órgão edita ato normativo com os parâmetros da decisão, ou heterovinculativa, quando há uma dissociação entre o órgão que regula os parâmetros e aquele que decide.⁸⁷⁴

Um questionamento levantado pelo autor é a ilegalidade de se pré-determinar a decisão por meio de regulamento quando o legislador outorgou poderes discricionários à Administração para decidir no caso concreto. Nesse caso, pode-se questionar se não haveria supressão ilegal do poder discricionário dado pelo legislador. Porém, o entendimento do autor, ao qual se adere neste trabalho, é que a existência do poder discricionário não tem o condão de eliminar o poder regulamentar, devendo-se respeitar a harmonia entre ambos. É inegável que há um esvaziamento da discricionariedade, porém não há o seu esgotamento. Diante do caso concreto, a Administração terá elementos para afastar a aplicação dos critérios predeterminados, quando for o caso.⁸⁷⁵

⁸⁷³ Importante destacar que não se tratará, no presente trabalho, do controle do conteúdo do acordo substitutivo de sanção administrativa, por questões de ordem metodológica. O questionamento que se faz aqui é quanto à escolha da administração entre celebrar ou não o acordo, sendo que o controle do conteúdo necessitaria de estudo específico e não possui enquadramento dentro dos limites metodológicos estabelecidos para o presente trabalho.

⁸⁷⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 849 – 850.

⁸⁷⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 852

Desse modo, ao outorgar a discricionariedade à Administração o legislador lhe concede competência para definir o modo e os termos de exercício desta competência. A Administração, seja por meio de atos normativos ou atos não normativos, pode optar por reduzir tal discricionariedade ou, até mesmo, eliminá-la (redução da discricionariedade a zero).

A teoria alemã da redução da discricionariedade a zero, já abordada na seção 3 deste trabalho, tem sido acolhida no Brasil pelo STF, ainda que em casos distintos do analisado na presente pesquisa. Em julgamento monocrático da Reclamação Constitucional nº 21.586 MC/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu por bem negar pedido de liminar a respeito de decisão proferida pelo juízo da 21ª vara federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que suspendeu aplicação de dispositivo de Portaria do Ministério Público da União (MPU) que admitia a compra de passagens em classe executiva para viagens internacionais de membros do Ministério Público. Entendeu o Ministro que a suspensão do dispositivo deveria ser mantida, cabendo ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato, uma vez que mesmo se tratando de decisão discricionária, não haveria no caso concreto duas soluções possíveis, mas apenas uma. Na decisão, o Ministro consignou tratar-se de aplicação da tese da redução da discricionariedade a zero, uma vez que é muito mais econômico se pagar uma diária a mais ao servidor para que tenha o tempo necessário para o descanso da viagem em classe econômica do que comprar passagem para que faça a viagem em classe executiva.⁸⁷⁶

⁸⁷⁶ “A parte autora fornece dois exemplos que deixam muito claro que a opção constante no ato normativo impugnado é ilegal e inconstitucional, eis que, na verdade, não há escolha discricionária porque é caso de 'redução da discricionariedade a zero' (item 2, acima), pois somente há uma única conduta válida para o administrador: se a intenção da norma é possibilitar que o agente político/servidor público esteja em condições físicas ideais para trabalhar no exterior, é imensamente mais econômico pagar-lhe uma diária a mais do que pagar-lhe viagem aérea na classe executiva, pois é muito mais econômico viajar em classe econômica e pagar uma diária a mais de hotel. Em uma hipotética viagem de Brasília a Nova Iorque, a passagem aérea na classe econômica custa R\$ 2.497,00, enquanto que na classe executiva o mesmo trecho, na mesma data hipotética, custa R\$ 12.628,00. É muito mais econômico pagar uma diária a mais para que o agente político/servidor público descanse um dia e uma noite no local de destino e esteja em condições ideais de descanso, ao custo de US\$ 416,00, do que pagar uma passagem na classe executiva. É mais econômico porque a diferença na classe do voo permitiria o pagamento de aproximadamente mais 8 diárias. Essa ordem de considerações torna inexorável concluir que, a bem da verdade, não há margem de discricionariedade ao Procurador Geral da República, mas apenas e tão somente uma única conduta juridicamente válida, qual seja, a que privilegia os princípios republicano e da moralidade. O caso dos autos traz hipótese de 'redução da discricionariedade a zero', a permitir ampla e irrestrita apreciação do ato administrativo sob o aspecto de sua legalidade/constitucionalidade, nos termos em que já se discorreu acima, no item 2.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21586 MC/DF. **Medida Cautelar na reclamação**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 10/09/2015. Brasília, 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho563089/false>. Acesso em: 10 set.2021.

Também nesse sentido foi a decisão proferida pelo Plenário do STF a respeito da fixação da tese sobre o direito à nomeação em concurso público de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto no edital. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 837.311, tema de repercussão geral nº 874, por meio do qual o STF reconheceu que não há direito público subjetivo apriorístico do candidato aprovado fora do número de vagas do edital à nomeação, nem mesmo diante do surgimento de novas vagas ou abertura de novo concurso dentro do prazo de validade do concurso anterior. Todavia, no caso concreto, podem surgir hipóteses em que o comportamento da Administração, de forma tácita ou expressa, revela a inequívoca necessidade de nomeação imediata de servidores para aquele cargo. Nesse caso, a discricionariedade que existe em convocar o candidato aprovado em posições remanescentes ao número de vagas definido no edital deixa de existir, reduzindo-se a zero, havendo vinculação na nomeação e possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Para tanto, o STF estabeleceu parâmetros objetivos que demonstram as hipóteses em que há essa eliminação da discricionariedade nesses casos.⁸⁷⁷

Desse modo, percebe-se que a tese alemã da redução da discricionariedade a zero vem sendo acolhida também pela jurisprudência e, em especial, pelo STF, no sentido de se considerar que a discricionariedade não é um cheque em branco outorgado ao administrador público. Diante do caso concreto e mediante o

⁸⁷⁷ “6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 837.311 – Pl. Rel. Ministro Luiz Fux.

preenchimento de determinados requisitos, é possível que se detecte que apenas uma decisão é possível para o ordenamento jurídico brasileiro.

O fato da decisão administrativa entre aplicar a sanção ou celebrar o acordo ser uma decisão discricionária não afasta a sua apreciação pelo Poder Judiciário. É possível que o Poder Judiciário exerça o controle da motivação utilizada pela Administração para decidir entre um caminho ou outro. O referido ato, como já se defendeu aqui, deve ser devidamente motivado. Conforme sustenta Florivaldo Dutra de Araújo, essa motivação deve ser no sentido de explicitar as razões que justificam que a decisão tomada pela Administração é a melhor. Assim, da análise da motivação é que poderá o órgão controlador analisar se, de fato, a decisão tomada atende ao que espera o ordenamento jurídico.⁸⁷⁸

Inicialmente se questionou nesta pesquisa se haveria direito público subjetivo do particular-contratado infrator de cláusulas contratuais a ver substituída a aplicação da sanção pelo acordo. Dentro desse contexto, analisou-se que a Administração possui, em abstrato, discricionariedade para decidir entre aplicar a sanção ou substituí-la pelo acordo. Porém, no caso concreto e diante de elementos que indiquem que a substituição da sanção é mais eficiente, mais adequada aos princípios constitucionais e legais e com a finalidade da sanção, a opção pela celebração do acordo pode se mostrar vinculada e, não mais, discricionária. Nesse caso, a opção por um caminho ou outro está sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Em suma, não se pode dizer, aprioristicamente, que há direito público subjetivo do particular ao acordo em substituição à sanção. Porém, diante do caso concreto, caso o interesse público e a eficiência imponham a via do acordo em detrimento da aplicação da sanção, poderá o particular-contratado alegar a nulidade do ato que se nega a aplicar o acordo e que decide pela aplicação da sanção. Trata-se de nulidade de ato administrativo no qual o particular-contratado é terceiro interessado.

Juliana Bonacorsi de Palma defende que o controle dos acordos substitutivos de sanção é contrário à lógica do consenso. Para ela, a substituição da decisão administrativa pelo Poder Judiciário ou outra autoridade administrativa cria “incentivo negativo à negociação das prerrogativas públicas”. Entretanto, embora reconheça a

⁸⁷⁸ “É pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato e a comunidade em geral de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar a sua razoabilidade, ou seja, sua validade perante a ordem pública.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 136.

inconveniência desse controle, a autora não nega que ele possa ocorrer. O que a autora faz é questionar as medidas às quais ele deve estar associado.⁸⁷⁹

A autora elenca algumas razões, a partir das quais entende que a revisão judicial dos acordos pode levar à inviabilização da prática dos acordos substitutivos. Em primeiro lugar, aponta a perda de eficiência da decisão, pois o que se espera da substituição da sanção unilateral pelo acordo é a solução mais eficiente e mais rápida, o que pode ser inviabilizada com a extensão da discussão no âmbito judicial. Defende também que o questionamento judicial do acordo coloca em xeque a capacidade institucional da Administração de exercer suas funções, resultando na prática unilateral sancionatória como regra.⁸⁸⁰

Segundo a autora, não cabe ao juiz analisar a melhor forma de atuação administrativa, ou seja, mediante acordo ou aplicação unilateral da penalidade, já que essa seria uma decisão eminentemente administrativa. O que o juiz deve assegurar é a existência do processo legal na celebração desses ajustes, de modo a serem observados os ritos processuais e outras exigências normativas. Caberá também a ele analisar a licitude das cláusulas estabelecidas no acordo, bem como a forma adotada. A autora defende, porém, que não é papel do juiz realizar a análise da resposta estatal mais eficiente no caso concreto entre acordo ou ato administrativo unilateral sancionatório:

Dessa forma, o papel do juiz na atuação administrativa consensual não está propriamente em analisar a resposta estatal mais eficiente ao caso concreto e, assim, escolher entre atuação imperativa por meio de aplicação de sanção e atuação consensual. Trata-se de competência detida pelas autoridades administrativas cujo regime jurídico recepciona instrumentos consensuais. Quando da análise dos acordos celebrados pela Administração Pública, o juiz deve assumir postura de deferência à decisão administrativa, sem se imiscuir no controle nos termos do referido art. 5º, XXXV, da CF.

Quando da análise dos acordos administrativos, o juiz deve deslocar o foco de análise do ato final para o processo administrativo, dado que a consensualidade se procede ao longo do decurso procedimental, onde se verifica a negociação entre Poder Público e particular.⁸⁸¹

No presente trabalho conclui-se de forma diversa do pensamento da autora. Pelos fundamentos expostos e, em especial, os critérios de eficiência, preservação dos pactos, dever de proporcionalidade dos atos administrativos e dever de

⁸⁷⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 286.

⁸⁸⁰ Idem, p. 292.

⁸⁸¹ Idem, p. 294.

obediência aos precedentes como autovinculação da Administração, os acordos administrativos são preferenciais em relação ao ato administrativo vinculado e a inobservância da aludida preferência é hipótese de controle pelo Poder Judiciário. Admite-se aqui, tal como conclusão da citada autora, que a decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção é decisão discricionária. O que se defende, porém, é que não se trata de decisão discricionária imune a controle do Poder Judiciário, uma vez que há critérios objetivos balizadores da decisão que podem apontar uma única decisão adequada no caso concreto, com redução da discricionariedade a zero.

Na hipótese em que se está diante de várias decisões juridicamente aceitáveis, o Poder Judiciário não poderá imiscuir-se no mérito da decisão administrativa entre optar por uma ou por outra. Porém, quando há critérios objetivos a orientar uma única decisão adequada entre as possíveis no plano abstrato, o controle é possível e necessário.

Portanto, somente diante do caso concreto será possível analisar se é caso de celebração do acordo ou da aplicação da sanção, visto que se reconhece aqui discricionariedade em abstrato. Porém, diante da preferência do ordenamento jurídico pela celebração do acordo em detrimento da sanção, deverá a Administração motivar o afastamento da celebração do acordo e, caso tal decisão seja submetida ao Poder Judiciário, poderá ser reformada com base no princípio da eficiência e da vinculação da escolha administrativa diante do caso concreto.

Assim, não é possível reconhecer, de forma abstrata, direito público subjetivo do particular ao acordo em substituição à sanção, de modo que a decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção de forma unilateral é, em abstrato, decisão discricionária da Administração. Porém, os elementos do caso concreto podem indicar que o caminho do acordo é mais eficiente, tem proporcionalidade com a infração contratual detectada e colabora na manutenção do pacto firmado. Ademais, pode o particular-contratado solicitar o controle do ato administrativo que opta pela sanção unilateral em detrimento do acordo administrativo sempre que houver a Administração decidido de outra forma em caso idêntico, aplicando-se a teoria da autovinculação administrativa decorrente dos precedentes administrativos.

Ao enfrentar o tema do controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, esta tese reconheceu serem vinculados os elementos sujeito (ou competência), forma e finalidade, havendo discricionariedade no motivo e no objeto ou conteúdo.

Quanto à finalidade do ato administrativo sancionador, já se viu que esta deve ser, não só retributiva, mas sobretudo dissuasória. Adotou-se neste trabalho o entendimento de que a principal finalidade da sanção é demover o indivíduo de cometer o ilícito ou, no caso dos contratos administrativos, a infração (finalidade dissuasória da sanção). Nesse sentido, deve-se analisar no caso concreto de que maneira se atinge, de forma mais eficiente, essa finalidade: se por meio do ato administrativo unilateral ou se por meio do acordo administrativo substitutivo de sanção. Trata-se de elemento que está sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

Ainda no que se refere à finalidade da resposta administrativa à infração contratual cometida pela empresa-contratada, deve-se levar em conta os princípios da teoria da regulação responsiva, a qual estabelece que a sanção deve ser a última alternativa da Administração, em razão de o acordo se mostrar mais eficiente e resolver, de forma pacífica e definitiva, o conflito. O ato administrativo unilateral sancionador, por sua vez, leva a longos processos administrativos que, além de dispendiosos, são lentos e não trazem respostas rápidas para a sociedade, além de culminarem, em várias hipóteses, na rescisão do pacto, cujos resultados são nefastos. Além disso, após todo o trâmite administrativo, sendo mantida a penalidade, é possível que haja o acionamento do Poder Judiciário pela empresa-sancionada, estendendo-se a discussão da aplicação da sanção com aumento dos gastos públicos, não só na área administrativa, mas também no âmbito judicial.

Com efeito, o acordo substitutivo da sanção tem a natureza de findar o litígio, visto que conta com a concordância de ambas as partes. Não é vedado que as partes acionem o Poder Judiciário para questionar o aludido acordo ou as consequências que dele possam advir, mas, por se tratar de instrumento que contou com a aquiescência de ambas as partes, há diminuição das hipóteses de questionamento judicial.

Portanto, o controle da decisão da administração em optar pelo acordo ou pela sanção é, antes de tudo, controle de eficiência da decisão, já que o administrador é obrigado a perseguir a decisão ótima, assim considerada aquela que melhor atende ao interesse público. Nesse sentido, leciona Onofre Alves Batista Júnior:

No caso concreto, pelo menos em tese, se for possível demonstrar, de forma incontroversa, que a solução ótima estava ao alcance do administrador, ou se restar claro que a solução ótima poderia ter sido atingida com razoável esforço, esta atuação ótima pode ser exigida da AP, como ainda pode ser responsabilizado o administrador que não a buscou, por negligência, por

desídia, pois um maior esforço é necessário e exigido, em decorrência do princípio da eficiência. Enfim, a prova de que a Administração Pública não buscou a atuação ótima, se possível, pode conduzir, inclusive, a responsabilização do agente público.⁸⁸² Livro princípio da eficiência, p. 271.

Desse modo, diante do caso concreto, o Poder Judiciário poderá fazer a análise da finalidade do ato administrativo com base nos critérios de eficiência, proporcionalidade e necessidade de manutenção do pacto, os quais podem apontar no sentido de que a celebração do acordo é medida que melhor se amolda ao caso concreto que a sanção unilateral.

Conforme destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a análise da conveniência ocorre em relação à escolha do objeto do ato administrativo.⁸⁸³ No caso dos acordos substitutivos de sanção administrativa em contratos administrativos, a análise da conveniência poderá levar em conta diversos fatores, especialmente as consequências que poderão advir da rescisão daquele contrato caso se opte pela aplicação da sanção. Portanto, muitas vezes será mais conveniente a manutenção do vínculo e a celebração do acordo em substituição ao ato administrativo unilateral, considerando os critérios apontados na seção 6.2.4.

Já em relação ao motivo, a escolha entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção administrativa de forma unilateral será análise de oportunidade.⁸⁸⁴ A análise dos motivos do ato é análise de oportunidade que deve levar em conta critérios de proporcionalidade, de eficiência, bem como a existência de precedentes administrativos relativos a casos idênticos que autovinculem a Administração na tomada de decisão. Se fato idêntico ocorrer novamente com outra empresa, a existência do precedente será motivo suficientemente adequado para também se celebrar acordo administrativo em substituição à sanção. A inobservância dessas peculiaridades pode e deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Os critérios estabelecidos nesta seção para escolha administrativa sobre o acordo substitutivo de sanção indicam que é possível se estabelecer técnicas objetivas para essa tomada de decisão pela Administração. Trata-se dos limites positivos à decisão discricionária de que fala André Saddy e conforme tratado na

⁸⁸² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 271.

⁸⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed.. Rio de Janeiro :Forense, 2001.p. 71

⁸⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 58

seção 3 desta tese.⁸⁸⁵ São parâmetros que devem ser estabelecidos pelo legislador ou, na falta de parâmetros legais, pelo administrador para que a decisão discricionária seja exercida. Nesse caso, diante da inexistência de parâmetros legais, cabe ao administrador, à doutrina e à jurisprudência identificar, com base nos princípios da juridicidade, a existência desses critérios e aplicá-los no caso concreto. A existência desses critérios garante maior segurança jurídica e previsibilidade à decisão da Administração. Em determinadas circunstâncias, eles podem apontar para duas ou mais hipóteses igualmente aceitáveis, quando, então, se estará diante de discricionariedade não só no plano abstrato da norma, mas também no caso concreto. Porém, em outros casos, eles apontarão para uma única hipótese possível, eliminando a discricionariedade e indicando a possibilidade de controle judicial.

Em síntese, poderá o particular-contratado que teve o pedido de acordo negado recorrer ao Poder Judiciário. Caberá ao julgador analisar se a decisão administrativa está devidamente motivada e se os motivos levaram em conta critérios de proporcionalidade, eficiência (o que inclui a necessidade de manutenção dos pactos), bem como parâmetros de isonomia em relação a precedentes administrativos da Administração e o dever de manutenção dos pactos. A violação a critérios objetivos pode levar à anulação da decisão administrativa, determinando-se à Administração que reavalie a motivação ou ofereça ao particular a devida negociação da sanção.

Ressalta-se que o objetivo central de se reconhecer o direito do particular a questionar a decisão administrativa e a obter provimento jurisdicional em seu favor, na tentativa de formalização do acordo, não tem como fundamento estimular a judicialização. Pelo contrário, o que se deixou claro durante toda a tese é a necessidade de se prestigiar o consenso em detrimento da unilateralidade, devendo se dar preferência ao acordo em detrimento da sanção unilateral, em consonância com o que prescreve a teoria da regulação responsiva. Todavia, o controle jurisdicional, premissa constitucional e corolário básico do Estado Democrático de Direito, pode e deve ser viabilizado quando a Administração não atender a essas premissas e, de forma imotivada ou com motivação insuficiente, decidir se valer do ato unilateral sem nem ao menos tentar a via da negociação. Na estrutura piramidal da regulação responsiva, a busca pela pacificação do conflito deve ser a primeira tentativa da Administração, e a violação dessa premissa deve ser objeto de análise pelo Poder Judiciário.

⁸⁸⁵ SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 154.

7 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como análise principal a existência de autorização no ordenamento jurídico para a celebração de acordos em substituição à atividade sancionatória da Administração Pública, no âmbito dos contratos por ela celebrados. Além disso, buscou-se analisar se a escolha entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção tem natureza de decisão discricionária ou vinculada, bem como indagou-se a respeito da existência de direito público subjetivo do particular ao acordo e a possibilidade dessa decisão ser submetida a controle pelo Poder Judiciário.

A hipótese inicialmente formulada foi de que haveria, no direito brasileiro, autorização legal para que tais acordos substitutivos de sanção fossem celebrados e que eles teriam preferência em relação à aplicação de sanção administrativa unilateral. Quando da apresentação do projeto de pesquisa, foi formulada, também, a hipótese de que seria possível identificar a existência de direito público subjetivo do particular ao acordo, em virtude dessa preferência do ordenamento jurídico.

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa foram publicadas duas novas leis que contribuíram para os resultados alcançados: a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 e a Lei nº 14.133, de primeiro de abril de 2021, que estabeleceu o novo regime jurídico de licitações e contratos administrativos no Brasil.

Dentre as hipóteses levantadas, foi confirmada a admissibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de celebração de acordos em substituição à sanção, especialmente a partir da Lei nº 13.655, de 2018, que trouxe cláusula geral neste sentido. Ao mesmo tempo, também se confirmou a hipótese da natureza discricionária da decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção, bem como a existência de uma preferência do ordenamento jurídico pela celebração do acordo, mas não se confirmou a hipótese da existência de direito público subjetivo do particular ao acordo de forma genérica. Com base na teoria da regulação responsiva, concluiu-se que o acordo tem preferência em relação à aplicação da sanção unilateral, especialmente em virtude das finalidades preventiva, dissuasória e prospectiva da sanção administrativa. Detectou-se, também, que a celebração do acordo deve ser baseada em critérios objetivamente definidos e que o preenchimento desses critérios balizadores da decisão no caso concreto podem ser fundamentos para a existência de direito do particular ao acordo. Defendeu-se, também, a possibilidade de controle,

pelo Poder Judiciário, da decisão entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção, ainda que se trate de uma decisão discricionária.

Para que se chegasse à tese final, foram estabelecidas conclusões ao longo da pesquisa, as quais são apresentadas de forma sintética na sequência.

Na seção 2, tratou-se dos meios consensuais de atuação da Administração Pública. Inicialmente, foi feita a distinção entre contratos e acordos administrativos, sendo que os primeiros estão voltados à regulação patrimonial, enquanto os acordos se destinam a regular relações jurídicas que não estão disponíveis em circulação comum. Utilizando-se do posicionamento de Fernando Dias Menezes de Almeida, foi feito o devido recorte metodológico para estabelecer a diferença entre os módulos convencionais de atuação da Administração. Dentre eles, a tese tratou dos módulos convencionais de concessão e os instrumentais, bem como dos módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral, deixando de tratar dos módulos convencionais de cooperação, os quais escapam ao objetivo do trabalho.

Concluiu-se, na referida seção, que os contratos administrativos possuem natureza de bilateralidade, de modo que a criação de um instituto próprio para enquadrar os contratos celebrados pela Administração numa categoria autônoma não é adequado. Eles devem estar inspirados pela ideia de bilateralidade e somente em situações excepcionais, a depender do objeto, é que devem incidir cláusulas especiais em favor da Administração. Portanto, a sua diferença para os contratos de direito privado não está na natureza, mas sim no objeto que, em algumas hipóteses, demandará a incidência, em maior ou menor grau, de normas de Direito Administrativo. Quanto à bilateralidade dos contratos administrativos no Brasil, detectou-se que há regime jurídico altamente regulado que deixa pouco espaço para que se façam inovações no momento da celebração do contrato administrativo.

Quanto à incidência do princípio da consensualidade e a substituição dos atos administrativos unilaterais pelos acordos, defendeu-se que essa substituição não representa, por si só, disposição de interesse público. A atuação de forma consensual pela Administração ainda é meio adequado para ação administrativa. Portanto, concluiu-se que os acordos substitutivos são uma forma de agir não unilateral, que é perfeitamente compatível com os princípios constitucionais.

Na seção 3 tratou-se do Direito Administrativo Sancionador, iniciando-se pelas suas diferenças ontológicas para o direito penal, em especial quanto à finalidade da sanção. Embora haja uma matriz constitucional comum que se pode atribuir a um

gênero de Direito Público Punitivo, não se pode aplicar princípios ao Direito Administrativo do mesmo modo como se aplica no âmbito do direito penal, devendo eles serem adaptados às finalidades da sanção administrativa.

Apontou-se as distinções entre sanções administrativas e outras medidas decorrentes de infração administrativa. A sanção administrativa se difere das medidas de polícia, visto que essas últimas não possuem caráter punitivo, mas se trata de ações visando acautelar o interesse público, como medidas de fiscalização, impedimento de licenciamento ou prevenção. De igual modo, não se confundem com medidas acautelatórias que também não possuem caráter punitivo, mas são aquelas que necessitam ser adotadas pela Administração de imediato, em prol da proteção do interesse público. As medidas rescisórias, por sua vez, possuem natureza de sanção administrativa quando decorrem de infração cometida com culpa do infrator, sendo que nas demais hipóteses, não estão abrangidas pelo Direito Administrativo Sancionador. Já as medidas de ressarcimento não estão abrangidas pelo Direito Administrativo Sancionador, visto que possuem a única finalidade de restabelecimento do *status quo ante*.

Ao tratar especificamente das sanções administrativas contratuais, concluiu-se que elas devem guardar maior relação com o princípio da consensualidade, por se inserirem em espaço típico de bilateralidade. No que se refere à sua finalidade, defendeu-se que ela tem natureza preventiva, dissuasória e prospectiva. Seu objetivo é evitar o risco de dano, dissuadir o particular de cometer a infração administrativa e, em ocorrendo a infração, que não volte a inadimplir.

No que se refere à substituição da sanção decorrente de infração contratual pelo acordo, defendeu-se a aplicação da teoria da regulação responsiva que sugere a mudança de perspectiva em relação à sanção administrativa. A medida punitiva, no âmbito administrativo, deve ser a *última ratio*, somente sendo aplicada quando outras medidas, baseadas especialmente na consensualidade, não forem efetivas. O sistema sancionatório deve adotar o modelo piramidal, de modo que na base da pirâmide devem estar medidas alternativas à sanção, reservando-se para o topo as medidas unilaterais.

Em relação à finalidade da sanção administrativa em contratos administrativos, destacou-se, também, que elas possuem ligação com a gestão da Administração, devendo esse fator ser levado em conta nos processos decisórios do exercício da atividade sancionatória.

Quanto às garantias constitucionais aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, concluiu-se que a culpabilidade é elemento essencial na aplicação da sanção administrativa, sendo ela exigida na legislação brasileira no que se refere à sanção contratual. Além dela, aplicam-se, também, os princípios da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório na aplicação de sanções administrativas. Quanto ao princípio do *non bis in idem*, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, entendeu-se que a questão se resolve com a premissa da independência de instâncias. O que não se admite é que a mesma instância (administrativa ou judicial) aplique mais de uma sanção por autoridades distintas em decorrência do mesmo fato.

Na seção 4 analisaram-se a tipicidade e a discricionariedade na aplicação das sanções administrativas. Entendeu-se que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, há maior flexibilidade do princípio da legalidade e da tipicidade, haja vista a inviabilidade de se prever todos os tipos infracionais em lei. Não se reconhece, porém, que as chamadas “relações de especial sujeição” possuam alguma característica especial que leve a uma maior flexibilidade do princípio da legalidade. Portanto, devem ser tratadas da mesma forma que as chamadas relações gerais.

Concluiu-se, também, quanto à existência das chamadas normas penais em branco no Direito Administrativo Sancionador, tal como ocorre no direito penal. Fala-se no Direito Administrativo Sancionador em uma tipicidade flexível, em virtude da inviabilidade de se preencherem todos os tipos infracionais no âmbito abstrato da lei. Como solução, deve ser adotada a chamada tipicidade por remissão, quando os regulamentos administrativos são autorizados a fazer a complementação da tipificação da infração. Porém, embora a previsão da aplicação das sanções possa ser complementada pelo regulamento e, também, no âmbito do contrato administrativo, a previsão das modalidades de sanções deve ter previsão legal.

No que tange à natureza do ato de aplicação de sanções administrativas, concluiu-se que não há ato administrativo totalmente discricionário. Ele contém graus de discricionariedade em relação aos elementos objeto e motivo, sendo que os elementos finalidade, forma e sujeito (competência) são vinculados. A discricionariedade existente no ato está sujeita a controle no que se refere à existência dos motivos invocados pelo ato e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como sua adequação à juridicidade administrativa. Já no que se refere à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, concluiu-se que não se

trata de atividade discricionária da Administração, sendo a atividade de interpretação jurídica vinculada, estando sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Além disso, reconheceu-se que a teoria da autovinculação impõe que a Administração observe os seus próprios precedentes administrativos, adotando postura coerente e isonômica quando já tiver decidido situação similar. Desse modo, a adoção de práticas concertadas em determinada matéria poderá vincular a Administração a adotá-la em outras situações idênticas, mitigando-se ou eliminando-se a margem de discricionariedade.

Sobre a discricionariedade na aplicação de sanções administrativas, considerou-se que a legislação brasileira trouxe previsão dos tipos infracionais contratuais de forma genérica. Portanto, analisou-se que, em regra, haverá discricionariedade quando a Administração cria o regulamento (seja em norma administrativa seja na minuta do contrato) e quando decide as hipóteses em que é mais conveniente ou oportuno aplicar a sanção. Todavia, na ocorrência do caso concreto, não cabe à Administração decidir entre aplicar uma penalidade ou outra por razões de conveniência e oportunidade, mas sim mediante interpretação jurídica vinculada (à lei, ao regulamento ou ao contrato administrativo), tratando-se de atividade que está sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Na seção 5, analisou-se o regime jurídico dos acordos substitutivos de atividade sancionatória em contratos administrativos. Inicialmente, descreveu-se a evolução das diversas formas de resolução de conflitos em substituição ao ato administrativo unilateral no Direito brasileiro. Dentre eles, destacaram-se os acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846, de 2013, e a diferença entre eles e os acordos substitutivos de sanção. Concluiu-se que os de leniência possuem uma finalidade específica, que é a busca de identificação de outros envolvidos no ilícito no âmbito administrativo, quando houver, além da obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito, para a persecução administrativa de práticas corruptivas. Concluiu-se que há divergência doutrinária quanto à possibilidade de extensão dos acordos de leniência para as infrações administrativas contratuais que não envolvam prática corruptiva. Ainda que se entenda pela sua extensão, eles possuem finalidade mais restritiva que os acordos substitutivos de sanção unilateral. Todavia, também se concluiu que não é adequado se admitir a negociação de sanções quando há prática de corrupção e não se admiti-la para infrações contratuais comuns desprovidas de corrupção.

Da análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 2018 em relação ao Decreto-lei nº 4.657, de 1942 concluiu-se que o art. 26 do aludido diploma normativo pode ser utilizado como autorização geral para substituição da sanção unilateral pelo acordo, inclusive no âmbito dos contratos administrativos. No que se refere ao veto aposto pelo Presidente da República em relação ao inciso II do art. 26, concluiu-se que ele não inviabiliza a celebração de tais acordos, visto que o caput do dispositivo já é fundamento suficiente para autorizar a celebração do acordo.

Além da Lei nº 13.655, de 2018, a Lei nº 14.133, de 2021, também trouxe previsão legal a respeito da substituição da sanção contratual pelo acordo, de modo que se concluiu ser possível a celebração do acordo substitutivo de sanção administrativa em contratos administrativos tanto do ponto de vista da substância (aplicabilidade à sanção administrativa contratual) quanto do ponto de vista do meio a ser empregado (acordo substitutivo).

Quanto às justificativas para a celebração do acordo, concluiu-se que a celebração do acordo está ligada à finalidade preventiva da sanção, bem como ao aumento da eficiência no encerramento das situações conflituosas em matéria de infração administrativa. A celebração do acordo substitutivo da sanção possui ligação com a mudança de perspectiva do Direito Administrativo, que passa a se preocupar, cada vez mais, com as consequências práticas da decisão administrativa. Por meio do acordo, será possível negociar a continuidade do contrato administrativo e a melhoria da performance do particular-contratado. De todo modo, o conteúdo do acordo deve guardar consonância com a finalidade do ato que substitui.

Quanto ao regime jurídico dos acordos administrativos substitutivos de sanção, entendeu-se que deve ser a eles aplicado o regime dos contratos administrativos, já que são, também, espécie de módulos convencionais. Porém, esse regime deve ser aplicado com matizes, trazendo-se para o âmbito dos acordos substitutivos de sanção apenas as previsões que forem compatíveis com a natureza desse pacto.

Ademais, concluiu-se, ainda, que é necessário se promover mudança de cultura, no âmbito da Administração Pública, para se superarem as dificuldades que ainda impedem a celebração dos acordos no universo dos contratos administrativos, abandonando-se a concepção de que somente o ato unilateral é capaz de satisfazer o interesse público.

Na seção 6 tratou-se de analisar a natureza da decisão que opta pela celebração do acordo ou pela aplicação da sanção de forma unilateral. Concluiu-se

que, no plano abstrato, trata-se de decisão discricionária, mas que, no caso concreto e mediante a observância de determinados critérios balizadores, essa decisão pode se tornar vinculada. Portanto, a conclusão obtida foi de que tanto decisões administrativas vinculadas quanto discricionárias podem ser geradoras de direito público subjetivo, especialmente mediante a aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero. Assim sendo, nas hipóteses em que o caso concreto indicar que a solução mais adequada para a solução da controvérsia oriunda de infração contratual é a celebração de acordo, em detrimento da aplicação unilateral da sanção, ela poderá ser considerada vinculada e geradora de direito público subjetivo do particular ao acordo. Porém, somente é possível que essa constatação seja feita no caso concreto, não existindo direito público subjetivo no plano genérico ou abstrato.

Nesse sentido, verificou-se que há alguns critérios que devem ser observados para a decisão entre celebrar o acordo e aplicar a sanção de forma unilateral. O primeiro deles é o princípio da eficiência, que cria, em favor do acordo uma preferência em relação ao ato unilateral, de modo que a primeira alternativa a ser buscada pela Administração seja a decisão consensual. Defende-se, portanto, a natureza subsidiária da sanção.

De igual modo, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado na deliberação entre celebrar o acordo ou aplicar a sanção. Trata-se de critério oriundo de orientação legal, tanto da Lei nº 13.655, de 2018, quanto da Lei nº 14.133, de 2021, que se baseia na natureza e na gravidade da infração, nos antecedentes do particular contratado, nas circunstâncias agravantes e atenuantes e nas consequências que advierem da infração.

Chegou-se à conclusão, também, que deve ser utilizado como critério balizador da decisão administrativa que opta pela sanção ou pelo acordo os precedentes administrativos, que indicam uma análise anterior da Administração sobre a possibilidade de substituir a sanção pelo acordo. O critério da decisão com base nos precedentes administrativos possui, como fundamento, o princípio da isonomia, pelo qual se impõe a necessidade de se manter coerência administrativa no processo decisório da Administração.

Ainda como critério que coloca o acordo como alternativa preferencial em relação à sanção unilateral, concluiu-se que a tentativa de manutenção dos pactos administrativos é exigência do ordenamento jurídico brasileiro e decorre do princípio

do *pacta sunt servanda*, que tem natureza de princípio geral do Direito, aplicável portanto, também aos contratos administrativos.

Concluiu-se, assim, que a decisão administrativa entre a aplicação da sanção unilateral e a celebração do acordo pode ser objeto de questionamento por parte do particular contratado, com base nos critérios balizadores dessa decisão, seja no âmbito administrativo, fundamentando-se no direito constitucional de petição (o qual implica o dever de resposta da Administração), seja no âmbito judicial. O controle jurisdicional da decisão entre o acordo e a sanção administrativa deve ocorrer com base nos critérios balizadores apontados pela tese, a saber: busca pela eficiência; observância da proporcionalidade; a existência de precedentes administrativos e a necessidade de manutenção dos pactos. Embora não exista no plano abstrato direito público subjetivo ao acordo, no caso concreto e mediante o preenchimento dos aludidos critérios, é possível que se identifique a preferência pelo acordo e o direito do particular a buscá-lo judicialmente.

A preservação do contrato administrativo e sua execução eficiente é o resultado esperado da decisão que deixa de aplicar a sanção de forma unilateral e opta pela celebração do acordo. A demonstração da viabilidade desse acordo e a sua preferência em relação ao ato unilateral, em matéria de sanções administrativas contratuais, por sua vez, tem como objetivo colaborar com a gestão pública, tanto no âmbito dos contratos instrumentais quanto daqueles voltados para a prestação dos serviços públicos, uma vez que tais conclusões incentivam a preservação dos pactos em detrimento de sua indesejada extinção prematura.

Com efeito, a criação de parâmetros balizadores da decisão entre a celebração do acordo e o ato unilateral é medida que garante segurança jurídica para a Administração e para os particulares contratados nesse processo de escolha entre dois caminhos possíveis. A garantia de mínima previsibilidade das decisões administrativas, que decorre da criação desses critérios balizadores de decisão discricionária, é uma das premissas que o Direito Administrativo está obrigado a garantir em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

1. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45-46.
2. MELLO, Bandeira de Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021 p. 85.
3. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 17.
4. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais: Democracia e Constitucionalização. 2 ed. . São Paulo: Renovar, 2008. p. 10-11.
5. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 24.
6. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 275.
7. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 39.
8. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 41.
9. SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 44-45.
10. SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 45.
11. MOREIRA NETO, Diogo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.
12. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p.63.
13. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 154.
14. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.p. 154-156.

15. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.p. 157.
16. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da.**Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.
17. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: Direito Administrativo e Organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.p. 79.
18. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.
19. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 101.
20. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112.
21. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa**: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 91.
22. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa**: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.p. 93.
23. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 85
24. PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Participação administrativa procedimental**. Natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52-53.
25. SILVA, Vasco Manuel Pereira da.**Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 71.
26. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da.**Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 120-121.
27. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da.**Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 445.

28. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 449.
29. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 467.
30. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.103.
31. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 103-104.
32. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 107-108.
33. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 106-107.
34. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 141.
35. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade a autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 353.
36. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 267.
37. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266-267.
38. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed.. São Paulo: Renovar, 2007.p. 15.
39. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26-27.
40. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 41.
41. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007. p. 17.

42. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI.** São Paulo: Almedina, 2017. p. 144.
43. FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP.** Belo Horizonte: DelRey, 2007. p. 5.
44. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 287.
45. BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 17 abr.2021.
46. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 238.
47. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.
48. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 jul.2019.
49. BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1985. Disponível em: <https://legislação.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 09 jul. 2020.
50. BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: <https://legislação.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 02 jul.2020.
51. BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 17 abr.2021.
52. ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e prática.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 315-318.

53. BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 02 jul. 2019.
54. BRASIL. Lei nº 12.529, de 20 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em: 02 jul. 2019.
55. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 08 jul. 2019.
56. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de quatorze setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 2 jul. 2020.
57. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 167-169.
58. LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 240. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09102020-154953/publico/9171561_Dissertacao_Parcial.pdf Consulta em: 05 ago. 2021.
59. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
60. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 27.
61. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 144.
62. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128.
63. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266.

64. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 457- 458.
65. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 467.
66. MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 30.
67. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 202.
68. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 274.
69. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 277.
70. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.196.
71. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.196.
72. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012., p. 198.
73. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 238.
74. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 261-262.
75. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 241.
76. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago.2021.
77. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.p. 284.

78. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.p. 285.
79. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.p. 297-298.
80. BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa. **Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 140.
81. BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa. **Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 147.
82. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53.
83. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 54.
84. ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 597.
85. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 226.
86. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 572 - 573.
87. ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 598.
88. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
89. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 138.
90. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 147.
91. ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 598.
92. ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Ibid, p. 602.

93. ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 603.
94. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 569.
95. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.p. 603.
96. ORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-9.
97. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed.. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-10.
98. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-10.
99. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: Tomo I. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003.p. XI-14
100. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 402.
101. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In:DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010p. 410.
102. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 575.
103. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021 p. 579.
104. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021p. 579.
105. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021p. 578.
106. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 577.

107. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**.35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 576.
108. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 138.
109. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.
110. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.262.
111. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 267.
112. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457 - 458.
113. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014. p.303.
114. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 302.
115. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.p.153.
116. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.p. 145.
117. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.p. 324.
118. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.328.
119. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 335.
120. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 285.
121. GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 48.
122. GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 54.

123. GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2020. p. p. 50.
124. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.
125. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 228.
126. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 229.
127. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
128. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Acesso em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
129. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1264.
130. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas Estatais. **O regime jurídico das emprestas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017. p. 255-256.
131. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 10 ago.2021.
132. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 10 ago.2021.
133. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
134. FERRAZ, Luciano. Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Licitações e contratos administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 184.

135. BRASIL: Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
136. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
137. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr.2021.
138. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 230.
139. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
140. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p.285.
141. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 188.
142. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 21 maio 2020.
143. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 21 de abril de 2020.
144. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
145. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
146. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
147. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
148. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
149. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
150. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
151. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012, p. 262.
152. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.
153. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.
154. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
155. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.
156. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125.
157. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 22abr. 2020.

158. RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: Parceria público-privada. Fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2010. p. 206.
159. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 838.
160. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 172-173.
161. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2019.p. 457– 458.
162. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 .**Diário Oficial da União,** Brasília, 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm
Acesso em: 05 jun. 2020.
163. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: O Regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista,** 2017. p. 258-259.
164. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.**Diário Oficial da União,** Brasília, 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm.
Acesso em: 05 jun.2020.
165. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.**Diário Oficial da União,** Brasília, 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm.
Acesso em: 05 jun.2020.
166. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União,** Brasília, 1993. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 20 ago. 2020
167. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo.** São Paulo: Quartier Latim, 2012.p. 298.
168. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo.** São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 298.
169. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária,**

no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 325.

170. GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 16-17.
171. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: Transações Administrativas**. Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 78.
172. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 280.
173. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 281.
174. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 343-344.
175. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 242 – 243.
176. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 248.
177. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 252.
178. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 841.
179. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 842.
180. PICÓN, Antonio Dorado. El arbitraje y la mediación em España. **Revista Jurídica de Castilla e León**, n.29, , 2013. Disponible en:<http://www.jcyl.es/revistajuridica>. Acesso em: 02 jul.2020.

181. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 351.
182. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007p. 354.
183. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 332.
184. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.
185. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.
186. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 138.
187. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa**: Direito Administrativo e organização administrativa no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 187.
188. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.231, p.129-156, 2003.
189. GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 104.
190. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/revista/redae-27-agosto-2011-floriano-azevedo-tatiana-matiello.pdf>. Acesso em: 02 jul.2019.

191. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 64.
192. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 72.
193. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.
194. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 510.
195. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 514.
196. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 515.
197. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 521.
198. JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 51.
199. JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 60.
200. JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In:

- OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coordenador). BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 61.
201. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177-178.
202. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177-182.
203. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 181
204. PALMA, Juliana Bonarcorsi. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 187.
205. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 410.
206. SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n.24, dez./jan./fev.2011.. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-VITOR-JULIANA.pdf>Acesso em: 02 jul.2021.
207. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p.129-156, 2003.
208. SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonarcorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-vitor-juliana.pdf. Acesso em: 02 jun.2002.
209. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.885**. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento: 04/06/2002. Brasília, jun.2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99342/false>. Acesso em: 02 jun.2021
210. FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em**

- homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 65.
211. FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 29.
212. FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 32.
213. FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 39.
214. ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 99.
215. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 808.
216. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 118.
217. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.1465.
218. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.1466.
219. FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 77 - 78.
220. FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador**: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 90.

221. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 453.
222. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.1465
223. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.1465.p. 32.
224. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 876.
225. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 881.
226. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 881.
227. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005.
228. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005. p. 25.
229. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 97.
230. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 97.
231. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 145.
232. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 168.

233. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 127.
234. ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 105.
235. ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 155.
236. ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 157.
237. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.p. 47.
238. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.p. 48.
239. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.p. 50.
240. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.. p. 53.
241. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.p. 129.
242. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 130.
243. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 131 – 132.
244. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 134.
245. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 134 – 135.
246. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 138.

247. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 146.
248. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 27.
249. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 46.
250. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 102.
251. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 109.
252. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 47.
253. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.114.
254. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.p.116.
255. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 817 - 818.
256. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5.ed. Madri: Tecnos, 2012.p. 158.
257. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 82.
258. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83.
259. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 117.
260. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 119.
261. OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 69.

262. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83.
263. ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 879-880.
264. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 120.
265. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5 ed. Madrid: Editora Tecnos, 2018. p. 159.
266. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5 ed. Madrid: Editora Tecnos, 2018p. 157.
267. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 77
268. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83.p. 77.
269. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83.p. 80
270. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83.p. 78.
271. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 83..
272. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 877.
273. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 878.

274. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 879.
275. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 879 – 880.
276. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 877. p. 880.
277. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 881.
278. MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.5, n. 22, p. 25-57, out./dez.2005. p. 29.
279. OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 19.
280. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p. 87.
281. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p. 89.
282. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.p. 275.
283. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 362-363.
284. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.363
285. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 69.
286. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 875.
287. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.p. 877.

288. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 881.
289. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018. p. 148.
290. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018. p. 148. p. 149.
291. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1465.
292. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 112.
293. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 282.
294. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 84.
295. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 92.
296. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 94.
297. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 89.
298. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019, p. 90.
299. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 95.
300. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 102.
301. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil : Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 100.
302. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 120.
303. DELGADO, Pablo Soto. **Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidad del regulador**

- ambiental. In: **Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul. 2021.
304. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsiveregulation: transcendingthederegulation debate. New York: Oxford University Press, 1992, p. 22 - 27. *Apud* DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidaddel regulador ambiental. In: **Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul. 2021.
305. DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidaddel regulador ambiental. In: **Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208C> . Acesso em: 03 jul. 2021.
306. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil** : Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 132.
307. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil** : Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 135.
308. DELGADO, Pablo Soto. Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de ladiscrecionalidaddel regulador ambiental. In: **Anuario de Derecho Publico da Universidad Diego Portales**, p. 374-4007, 2016. Disponível em:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387208>. Acesso em: 03 jul. 2021.
309. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019., p. 137 - 138.
310. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil** : Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 140.
311. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil** : Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 141.
312. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsiveregulation**: transcendingthederegulation debate. New York: OxfordUniversity Press, 1992, p. 26-27. *Apud* VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.141.

313. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil:** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 143.
314. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil:** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 145.
315. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil:** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 150.
316. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.151.
317. MÉLO FILHO, Marconi Arani. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, p. 144-163, maio 2020.
318. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 152 a 155.
319. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 158.
320. BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Responsive Regulation: LSE Legal Studies Working Paper, n. 15, 2017. Disponível em; <https://goo.gl/SPBfqW> *apud* VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil:** Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 154.
321. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 166.
322. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 165.
323. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 169.
324. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 174.
325. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil.** Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 175.
326. MÉLO FILHO, Marconi Arani. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, p. 144-163, maio 2020.

327. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 jan.2019.
328. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.
329. MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova Lei de licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Licitações e Contratos administrativos: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 221 – 222.
330. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.
331. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5 ed. totalmente reformada. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. p.148.
332. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2019. P. 100.
333. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 24 fev. 2021.
334. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 23 maio 2020.
335. BRASIL. Lei nº10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: Acesso em: 23 maio 2020.
336. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 24 maio 2020.
337. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

338. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 24 maio 2021.
339. BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm . Acesso em: 24 maio 2021.
340. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm Acesso em: 01 jul. 2021.
341. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em: 05 jul. 2021.
342. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 jul.2021.
343. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.
344. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.
345. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.
346. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 722-723.
347. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 119.
348. BÁÑES, Andrés Ruiz. Lites a la facultad para establecer sanciones por parte de la Administración em los contratos regulados por la ley nº 19.886. In: *Perspectivas para La modernización Del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo*, 2014. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2016. p. 293-294.

349. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 879-880.
350. ESTORNINHO, Maria João. **Requiém pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 129.
351. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2021.
352. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2021.
353. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: . Acesso em: 09 jul. 2021.
354. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em:
a. <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>Acesso em: 09 jul. 2021.
355. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018, p. 158.
356. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 21.
357. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul. 21.
358. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>. Acesso em: 09 jul.2021.
359. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em:
em:<https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>. Acesso em: 09 jul.2021.
360. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: Disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 jul.2021.
361. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1446.
362. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E211BR1348G0&p=lei+14.133>. Acesso em: 09 jul. 2021.
363. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 09 jul. 2021.
364. MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 230.
365. MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 223.
366. FORTINI, Cristiana. AVELAR, Mariana. Considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. **Revista Consultor Jurídico**, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-14/interesse-publico-consideracoes-pl-425320-futura-lei-licitacoes>. Acesso em: 10 ago. 2021.
367. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1637.
368. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 10 ago. a. 2021.
369. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021.
370. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1451.
371. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1637.
372. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível

373. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jul.2021.
374. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 856/2011**. Plenário. Relator: Ubiratam Aguiar. Data da sessão: 06/04/2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A856%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 25 jan. 2021.
375. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.
376. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1476.
377. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28 ed.. São Paulo: Atlas, 2015, p. 319.
378. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo:Atlas, 2013. p. 222-223.
379. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. MS 19657/DF. Relatora: Eliana Calmon. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 14 ago. 2013.
380. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. MS 19657/DF. Relatora: Eliana Calmon. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 14 ago. 2013.
381. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. RESP 174.274/SP, 2ª Turma. Relator: Min. Castro Meira. **Diário Judiciário da União**, Brasília, 19 out.2004.
382. SUNDFELD, Carlos Ary. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 117.
383. BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.
384. BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.
385. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 21 fev.2021.

386. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 21 fev. 2021.
387. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1621.
388. SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no Direito Comunitário Europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; VIANA, Ana Cristina Aguilar; XAVIER, Marília Barros (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador Comparado**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. p. 87.
389. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
390. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato20192022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
392. BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 1.214, de 8 de junho de 2020. **Diário Oficial da União**, v.109, Seção 1, p.51, 09 jun. 2020.
Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45695/9/portaria_1.214_2020.pdfcon. Acesso em: 28 fev.2021.
393. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 324.
394. LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do direito penal e direito administrativo sancionador. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte Fórum, 2009. p. 405-447.
395. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.
396. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.
397. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: O alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 75.

398. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 389.
399. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2020. p. 385.
400. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei nº 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1473.
401. OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1985. p. 10.
402. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros,2021. p. 814.
403. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 417.
404. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 898.
405. ·ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 96.
406. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei nº 8.666/1993**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,
407. 2019, p. 1473.
408. ·BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em:
409. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm . Acesso em: 12 jul.2021.
410. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União** , Brasília 1999. Disponível em:
411. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm . Acesso em: 12 jul.2021.
412. ·MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 327.
413. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 253. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 117.
414. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 324. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 129.

415. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 129.
416. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 62.
417. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 324. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91.
418. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 324. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91.
419. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 324. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93.
420. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.
421. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 12 jul.2021.
422. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 24 jan.2021.
423. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 403.
424. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 fev.2021.
425. BACELLA FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 441.
426. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: jul./2021.
427. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm
428. em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm Acesso em: 18 jul./2021.

429. CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O “non bis in idem” no Direito Administrativo Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 293.
430. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2020, p. 337.
431. ARÊDES, Sirlene. **Limites constitucionais ao Poder Legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 328.
432. FORTINI, Cristiana. SHERMAN, Ariane. **Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre princípio do bis in idem**. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91 –112, maio/ago. 2018.
433. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 jul.2021.
434. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em :20 jul.2020.
435. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 36.
436. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 894. (427)
437. BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.
438. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm Consulta em: 15/07/2021.
439. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em : 20 jul.2020.

440. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em : 20 jul.2020.
441. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92.
442. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 218.
443. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 897.
444. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018. p. 276.
445. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 895.
446. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018.p. 166.
447. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 791-792.
448. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018.p. 185.
449. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 234.
450. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018.p. 259.
451. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018.p. 179.
452. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Editora Tecnos, 2018.p. 266.

453. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 242. .
454. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 776.
455. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 891.
456. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 812.
457. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 805.
458. BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.
459. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 254.
460. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções Administrativas e princípios de Direito Penal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000, p. 127-151.
461. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: O alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte:Fórum, 2007. p. 73.
462. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 895.
463. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 897.
464. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**. Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 231.
465. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**. Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 246.
466. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**. Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019p. 251.

467. VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador**. Justificação, Interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019p. 255.
468. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018.p. 268.
469. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 274.
470. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 276.
471. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 285.
472. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 227.
473. PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 83-86.
474. PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.p. 85.466
475. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 340.
476. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais.p. 392.
477. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 85.
478. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 392.
479. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.3** .ed.. São Paulo: Atlas, 2012.p. 62.
480. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.3** .ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62.

481. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo: Tomo 1.7** .ed. BeloHorizonte: Del Rey, 2003, p. X-19.
482. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 135.
483. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 136.
484. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137.
485. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**.2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 58.
486. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212. Abril/junho 1998. p. 49-56.
487. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 390.
488. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.
489. MELLO, Celso Antônio. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 320 – 321.
490. FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30 – 31.
491. FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74.
492. FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 75.
493. FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 75
494. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 71.

495. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 72.
496. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 74.
497. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 76.
498. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 54.
499. BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 03 jan.2020
500. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p. 27.
501. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 330.
502. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 370.
503. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91.
504. BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 03 jan.2020.
505. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 111.
506. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 112.

507. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 113.
508. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-78.
509. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 59- 61.
510. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156.
511. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.
512. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed.. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156.
513. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79-80.
514. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 26.
515. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividadeda competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212,abr. 1998. p. 49-56.
516. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: Tomo1**. 3. e.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. IX-23.
517. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1991. p. 402.
518. ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1991p. 403.
519. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 334 – 335.
520. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2 .ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 26.

521. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 .ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013p. 22.
522. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. X-14.
523. FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O Administrativismo do século XXI**: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013. p. 114.
524. ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 68.
525. ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 72.
526. .ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.
527. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 395
528. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 397.
529. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 398.
530. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 1. 7 .ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. X-17.
531. · GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 .ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 201.
532. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 .ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 202.
533. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 .ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 211.
534. .ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 72.

535. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 74.
536. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 72.
537. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 74.
538. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e Organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.p. 265.
539. SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.205-206.
540. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: O alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 106.
541. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.
542. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007p. 24.
543. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.
544. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25
545. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 92.
546. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p p. 31.
547. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474 – 475.
548. SADDY, André. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. 2 .ed. São Paulo: CEEJ, 2020, p. 297.

549. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 257-258.
550. BINEBONJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 219 – 220.
551. BINEBONJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 221-222.
552. BINEBONJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 224.
553. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.
554. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 69.
555. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141.
556. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101.
557. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012 . p. 103.
558. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.105.
559. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012p. 118-119.
560. ENTRERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 399.
561. ENTRERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 399-400.
562. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

563. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.
564. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.
565. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 284.
566. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 140-141.
567. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.
568. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 07 jul.2021.
569. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 118.
570. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**.8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 111.
571. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**.8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 123.
572. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**.8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010p. 125-126.
573. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149.
574. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012.p. 401.
575. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 405.

576. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed.. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410.
577. SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNÉS, Javier. **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Sevilla: Derecho Global, 2006. p. 15-132.
578. BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.
579. BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 209-210.
580. BINENOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.229.
581. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 154.
582. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**.3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.
583. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**.3.ed. São Paulo: Atlas, 2012p. 265.
584. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2d. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-97.
585. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2d. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 98.
586. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2d. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.
587. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa e controle jurisdicional**. 2d. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 40.
588. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 1. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. X-18.

589. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 133.
590. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 134.
591. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 135.
592. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 85.
593. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.p. 270.
594. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.p. 270.
595. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p.273.
596. SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 232.
597. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 148.
598. DESDENTADO DAROCA, Eva. **Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial**. 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 184. *Apud* SADDY, André.. 2.ed. Rio **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública** de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 149.
599. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 750.
600. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 854 – 857.

601. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212. Abril/junho 1998. p. 49-56.
602. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 63.
603. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 65.
604. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.p. 66.
605. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 80.
606. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 82.
607. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 156 – 157.
608. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 218.
609. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p.163.
610. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 512.
611. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 511.
612. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Tecnos, 2018. p. 522.

613. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 389. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 290.
614. PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 69 – 70.
615. PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 70.
616. PIRES, Luís Manuel Fonseca. Intepretação jurídica e o Direito Administrativo Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 544.
617. PIRES, Luís Manuel Fonseca. Intepretação jurídica e o Direito Administrativo Sancionador. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). **Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2019.p. 546.
618. ARÊDES, Sirlene Nunes. **Limites Constitucionais ao poder legislativo na tipificação de infrações administrativas de polícia e na determinação do regime jurídico de suas sanções**. 2013, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 58.
619. BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 05 maio 2020.
620. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm Acesso em: 05 maio 2020.
621. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm Acesso em: 17 jul.2021.
622. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

623. BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm Acesso em: 05 maio 2020.
624. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1.469.
625. ARÊDES, Sirlene Nunes. A tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes. MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). **Contratos Administrativos: Estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 290.
626. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 129-130.
627. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 maio 2021.
628. 620. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 maio 2021.
629. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 187 -189.
630. BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
631. BRASIL. Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
632. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm Consulta em: Acesso em: 30 jul.2021..

633. BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
634. BRASIL. Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
635. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em: 30 jul.2021.
636. BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
637. BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
638. BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
639. BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
640. AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória: Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos**. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 99.
641. BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 17 abr. 2021
642. AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória: Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos**. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 101.

643. BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 17abr. 2021.
644. FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade. **Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública**: (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 169-173.
645. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade. Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública**: (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 183.
646. BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
647. DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **O Direito Administrativo Social e Econômico**: Análises de Direito Comparado. São Paulo: Almedina, 2021.p. 309.
648. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 248.
649. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
650. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 05 ago. 1999.
651. FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 26, p.145-179, abr. 2021.
652. BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 27 jul.2021.

653. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em:
654. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 27 jul.2021.
655. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 27 jul.2021.
656. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 27 jul.2021.
657. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 27 jul.2021.
658. MATOS, Frederico Nunes. **Novas Fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da Administração Pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 81.
659. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 mar.2021.
660. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 mar.2021.
661. DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar: Fórum Administrativo. **Direito Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897>. Acesso em: 28 jul.2021.
662. BRASIL. Lei nº 13,105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 jul.2021.
663. FERRAZ, Luciano. Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos. In: **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 213.

664. MIMOSO, Maria João; BORTONE, Joana D’Arc Amaral. A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 201-313, maio/ago.2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/verso-digital/313/Acesso em: 20 mar.2021.
665. FORTINI, Cristiana.; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v.26, p.145 – 179,abr.2021.
666. FORTINI, Cristiana. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v.26, p.145 – 179, abr.2021.
667. SOUSA, Antônio Luís Pereira. **Dispute Boards**. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKC_onsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.
668. SÃO PAULO. Secretaria Municipal de São Paulo. **Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 mar.2021.
669. SÃO PAULO. Secretaria Municipal de São Paulo. **Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020**. São Paulo, 2020. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230063>. Acesso em: 20 jul.2021.
670. FORTINI, Cristiana; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n.26, p. 145-179, 2021.
671. MIMOSO, Maria João; BORTONE, Joana D’Arc Amaral. A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 201-313, maio/ago.2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/verso-digital/313/Acesso em: 20 mar.2021.

672. FORTINI, Cristiana. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “dispute boards” no Brasil. **Revista de Contratos Públicos do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n.26, p. 145-179, 2021.
673. BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Belo Horizonte. **Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020**. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230063>. Acesso em: 20 jul.2021.
674. SÃO PAULO. Secretaria Municipal de São Paulo. **Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 jul.2021.
675. AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória**: Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.p. 103.
676. MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e Contratos Administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 254.
677. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 jul.2021.
678. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União, Brasília**, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 jul.2019.
679. FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago. **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 233-241.
680. AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionatória**: Acordo de leniência no contexto das licitações e contratos. 2018. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018p. 117.

681. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 180 – 181.
682. MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos**: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.p. 253.
683. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1644.
684. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 834.
685. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003 p. 835.
686. . OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003p. 836.
687. BARBAGALLO, Giuseppe; FOLLIERE, Enrico; VETTORI, Giuseppe. Gliaccordifraprivati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contrato. **Collana**: Quaderni dela Rassegna. Napoli: EdizioniScientificheltaliane, 1995.p. 80.
688. BARBAGALLO, Giuseppe; FOLLIERE, Enrico; VETTORI, Giuseppe. Gliaccordifraprivati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contrato. **Collana**: Quaderni dela Rassegna. Napoli: EdizioniScientificheltaliane, 1995..p. 77.
689. BARBAGALLO, Giuseppe; FOLLIERE, Enrico.; VETTORI, Giuseppe. **Gliaccordifraprivati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contrato** .Collana: Quaderni dela Rassegna, 1995. p. 78.
690. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**:Transformações politico-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 117.
691. CORREIA, José Manuel Sérvulo Correia. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 566.

692. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 274.
693. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 461.
694. LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 241. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09102020-154953/publico/9171561_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.
695. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 302.
696. SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 162.p. 159.
697. BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 maio 2020.
698. BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm Acesso em: 20 maio 2020.
699. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 26 jul.2021.
700. MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova Lei de Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 256.
701. SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 162.p. 159.

702. MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 67.
703. BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 02 jul.2019.
704. BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 02 jul.2019.
705. FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 167-169.
706. GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo** : Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Rio de Janeiro Edição Especial, p. 135 – 169, 2018.
707. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 102.
708. BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Disponível em:
709. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 02 jul.2020.
710. BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 02 jul.2020.
711. SILVA, Victor Carvalho Pessoa de Barros e. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 50.
712. MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021, p. 74.
713. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 910-911.
714. MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 266.

715. MATTOS, Frederico Nunes. **Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública**: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.p. 263.
716. BRASIL. Ministério Público Federal. **5ª Câmara de Coordenação e Revisão**: Combate à corrupção. Nota Técnica nº 1/2017 – 5ª CCR. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.
717. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 175 – 176.
718. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6. Acesso em: 30 jul.2021.
719. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
720. BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
721. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Administrativo. Enunciados Aprovados.**Diário Oficial da União**, Brasília Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acesso em: 20 mar. 2021.
722. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jul.2021.
723. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

724. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p. 512.
725. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.514.
726. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 26 jul.2021.
727. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.521.
728. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.463.
729. MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **Negociaciónen casos de corrupción**: fundamentos teóricos y prácticos. Valencia: TirantLo Blanc, 2018. p. 50.
730. MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **Negociaciónen casos de corrupción**: fundamentos teóricos y prácticos. Valencia: TirantLo Blanc, 2018. p. 51.
731. MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **Negociaciónen casos de corrupción**: fundamentos teóricos y prácticos. Valencia: TirantLo Blanc, 2018. p. 51.
732. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 59. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

733. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 117.
734. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 jul.2021.
735. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 197.
736. SADDY, André. GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, v.52, n. 206, abr./jun. 2015.Disponível em:
a. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206.pdf. Acesso em: 30 jun.2019.
737. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285.
738. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa.** Rio de Janeiro: Lumenlures, 2021, p.116.
739. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 jul.2021.
740. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei nº 13.655/2018.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 32.
741. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação:** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.
742. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação:** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
743. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação:** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.63.
744. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 28 jul.2021.

745. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 291.
746. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 648.
747. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Invalidação de Contratos Públicos na Nova lei: um exemplo de consequencialismo**.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>. Acesso em: 30 ago.2021.
748. FERRAZ, Luciano. Contratos na nova Lei de Licitações e Contratos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 217.
749. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 741.
750. .BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
751. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 110.
752. SILVA, Victor Carvalho Pessoa de Barros e. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 124.
753. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 103-104. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.
754. CORREIA, José Manuel Sérvulo Correia. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 748.
755. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.

756. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 14.133/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 102.
757. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277 – 278.
758. BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso: 20 jul.2021.
759. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 112.
760. BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
761. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.
762. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 527.
763. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p. 107.
764. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012. p. 476.
765. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em:30 jul.2021.
766. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária,

- no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 526.
767. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.
768. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 59. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021. p. 175.
769. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 404.
770. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 406- 408.
771. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 219.
772. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 59. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.
773. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 532.
774. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 535
775. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

776. SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 37.
777. SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 46.
778. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 296.
779. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 299.
780. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2015. p. 300.
781. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo: entre atos unilaterais e contratos.** 2016. Teses (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 151. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.
782. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo: entre atos unilaterais e contratos.** 2016. Teses (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 155. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.
783. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 835 – 836.
784. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 838.
785. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 838 – 839.
786. MARRARA, Thiago. (2017). Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.4, n.1, p. 274-293. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810/122719>. Acesso em: 22

- abr.2020.
787. ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. **Revista Colunistas de Direito do Estado**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 03 jul. 2019.
788. SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**: Normas de Sobre direito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. São Paulo: Almedina, 2020. p. 165.
789. SCHWIND, Rafael Wallbach. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**: Normas de Sobre direito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. São Paulo: Almedina, 2020. p. 162.
790. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285.
791. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 469.
792. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 656.
793. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 656.
794. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 664.
795. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 666.
796. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 668.
797. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 671.
798. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 672.
799. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 212.

800. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 217.
801. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra:
802. Almedina, 2003. p. 225.
803. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 226.
804. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 227.
805. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 234.
806. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 273.
807. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.
808. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 528.
809. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 528.
810. .
811. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 530.
812. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 531.
813. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 535.
814. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 211- 217.
815. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revisgta dos Tribunais, 1991. p. 766.
816. ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revisgta dos Tribunais, 1991. p. 766.
817. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 492.

818. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 413.
819. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 246-247.
820. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 182.
821. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007.p. 466.
822. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 472.
823. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13.
824. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.15.
825. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 209.
826. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa á juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 854.
827. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016.Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 34. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4106932/mod_resource/content/0/TeseUSProdrigo%20bracet%20miragaya.pdf. Acesso em: 05 ago.2021.
828. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 402.
829. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 05 ago.2021.

830. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2 ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 273.
831. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2 ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 273.
832. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2 ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 274.
833. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 113.
834. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 114.
835. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 116.
836. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 106.
837. LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: Termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 108.
838. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128.
839. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 468.
840. MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 446.
841. BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Combate à corrupção**: Nota Técnica nº 1/2017: 5ª CCR. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 abr.2021..

842. BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Combate à corrupção**: Nota Técnica nº 1/2017: 5ª CCR. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 20 abr.2021.
843. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2121, de 2017. Plenário**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 27/09/2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2121%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 ago 2021.
844. BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm Acesso em: 21/07/2021.
845. BRASIL. Portaria SEGES/ME Nº 8.678, DE 19 de julho de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seges/me-n-8.678-de-19-de-julho-de-2021-332956169> Acesso em: 21 jul.2021.
846. AZEVEDO NETO, Floriano de ; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)**, Salvador, n. 27, ago./ set./ out. 2011. Disponível na internet: www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf. Acesso em: 30 jun.2019.
847. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: Lei da segurança para a inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105-106.
848. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Relatório Final de Pesquisa**: As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo, 2009. p. 21. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 10 ago.2021.
849. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Relatório Final de Pesquisa**: As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo, 2009. p. 311. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf

- [content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf](#). Acesso em: 10 ago. 2021.
850. BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm Consulta em: 20/08/2021.
851. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 93.
852. BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.
853. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, 1942. Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm Acesso em: 20 ago. 2021.
854. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.555/2018 (Lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, p. 40 a 42.
855. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.
856. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69.
857. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 70.
858. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.
859. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007. p. 386.
860. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 389.
861. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 397.
862. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 397.

863. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa á juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 398.
864. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa á juridicidade. Coimbra: Almedina, p. 854.
865. COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. **Contratos sobre o exercício do poder administrativo repressivo**. 2018. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 402.
866. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: QuartierLatin, 2007.p. 469.
867. MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 51.
868. BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 jul.2021.
869. SADDY André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2 .ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 254.
870. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 03 ago.2021.
871. BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03 ago./2021.
872. ALMEIDA, Fernando Dias **Menezes de. Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 98-100.
873. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em: 03 ago./2021.
874. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 03 ago./2021.

875. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 set.2021.
876. FORTINI, Cristiana. SANTA ANNA, Felipe Alexandre. O silêncio administrativo: conseqüências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor. **Fórum Administrativo: Direito Público** – FA, Belo Horizonte, v. 6, n. 64, p. 7394 – 7402, jun. 2006.
877. OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHIEFLER, Gustavo. Direitos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 22 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos?imprimir=1>. Acesso em: 10 set.2021.
878. OLIVEIRA, Gustavo Justino. SCHIEFLER, Gustavo. Direitos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos?imprimir=1>. Acesso em: 10 set.2021.
879. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 849 – 850.
880. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.p. 852.
881. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21586 MC/DF. **Medida Cautelar na reclamação**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento: 10/09/2015. Publicação: 16/09/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho563089/false>. Acesso em: 10 set.2021.
882. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 136.
883. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286.
884. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 292.
885. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 294.

886. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 271.
887. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 71.
888. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58.
889. SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública**. 2.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2018. p. 154.