



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LUNA VIEIRA FONTOURA

**OS SISTEMAS DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES NO ÂMBITO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A LEI 8.666/93 E A LEI 14.133/2021:
comparações, alterações e segurança jurídica**

BRASÍLIA

2021

LUNA VIEIRA FONTOURA

**OS SISTEMAS DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES NO ÂMBITO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A LEI 8.666/93 E A LEI 14.133/2021:
comparações, alterações e segurança jurídica**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Doutora Karla Margarida Martins Santos

BRASÍLIA

2021

LUNA VIEIRA FONTOURA

**OS SISTEMAS DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES NO ÂMBITO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A LEI 8.666/93 E A LEI 14.133/2021:
comparações, alterações e segurança jurídica**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientadora: Professora Doutora Karla
Margarida Martins Santos

BRASÍLIA, 21 DE SETEMBRO DE 2021

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

A Deus, por direcionar e encaminhar cada detalhe da minha vida. Tudo a Ele, sempre, sempre.

Aos meus pais, Geraldo Antonio Fontoura da Silva e Dalvani Vieira Fontoura. Vocês... não há palavras. Eu lhes devo tudo.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico objetiva analisar, comentar e comparar a responsabilização de particulares por irregularidades no âmbito de contratos administrativos segundo o sistema estabelecido pela Lei 8.666/93 e segundo o sistema estabelecido pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 14.133/2021. Foi utilizado precipuamente o método de pesquisa exploratória e explicativa, na forma de revisão de literatura, com pontuais menções a julgados dos Tribunais do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas. Foi contextualizado, a princípio, o Contrato Administrativo no Direito. Foi constatado que o procedimento de aplicação de penalidades no âmbito dos Contratos Administrativos é uma cláusula exorbitante dessa espécie de contrato, decorrente também da Supremacia do Interesse Público. Foi apresentado o sistema de aplicação de penalidades regido pela Lei 8.666/93, previsto entre seus arts. 86 a 88. Foi apresentada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, como o novo marco legal da matéria, e foram analisadas e comentadas as regras pertinentes à aplicação de penalidades no âmbito dos Contratos Administrativos nesse sistema, entre seus arts. 155 e 163. Foram promovidas algumas comparações entre o sistema antigo, regido pela Lei 8.666/93, e o sistema novo, regido pela Lei 14.133/2021. Compreendeu-se, ao fim, que a promulgação da Lei 14.133/2021 representa um grande avanço no aspecto da segurança jurídica no processo de responsabilização por irregularidades na execução de contratos administrativos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Inadimplemento contratual. Aplicação de penalidades. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	12
1.1 Visão geral.....	12
1.2 A caracterização dos Contratos Administrativos	14
1.2.1 O Critério Subjetivo.....	14
1.2.2 O Critério da Sujeição.....	15
1.2.3 O Critério do Objeto.....	15
1.2.4 O Critério da Finalidade de Interesse Público.....	16
1.2.5 O Critério do Procedimento.....	16
1.2.6 O Critério das Cláusulas Exorbitantes.....	17
1.3 As Cláusulas Exorbitantes	18
1.3.1 Alteração Unilateral.....	19
1.3.2 Extinção Unilateral.....	20
1.3.3 Fiscalização da Execução do Contrato.....	20
1.3.4 Ocupação Provisória.....	21
1.3.5 Aplicação de Sanções.....	21
2. O INADIMPLENTO CONTRATUAL E AS SANÇÕES AOS CONTRATADOS.....	22
2.1 Visão geral	22
2.2 As sanções aplicáveis segundo o sistema liderado pela LEI 8.666 de 1993	26
2.3 O procedimento aplicável segundo o sistema liderado pela LEI 8.666 de 1993.....	32
3 A APLICAÇÃO DE PENALIDADES A CONTRATADOS NO ÂMBITO DO SISTEMA A SER IMPLEMENTADO POR OCASIÃO DA LEI 14.133 DE 2021	38
3.1 Visão Geral da Nova Lei	38
3.2 As condutas sancionáveis.....	41
3.3 As sanções aplicáveis e seu cabimento.....	46
3.4 O procedimento	54

3.5 Disposições adicionais e destaques.....	59
4 ALGUMAS COMPARAÇÕES ENTRE O SISTEMA ANTIGO E O NOVO.....	64
4.1 Resolução de antigo conflito acerca do âmbito de incidência das sanções de declaração de inidoneidade e de impedimento de licitar e contratar	65
4.2 Integração com a Lei Anticorrupção.....	70
4.3 Influência do Direito Penal e mitigação da discricionariedade da autoridade	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS.....	84

INTRODUÇÃO

Nos termos do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a função do Estado Democrático Brasileiro é “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”¹.

Essas funções e objetivos constitucionalmente previstos para o Estado são realizados pela Administração Pública, que é o meio possibilitador da sua efetivação. Segundo Alexandre de Moraes², a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Não seria razoável, nesse contexto, que uma instituição de tal porte, objeto e significado viesse a se curvar perante as variações e incertezas da vida e interesses dos indivíduos que a ela estão sujeitos, de alguma forma. É necessário mencionar, portanto, o princípio da Supremacia do Interesse Público, que é grande orientador da ação do Estado.

Quanto a esse princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello³ afirma se tratar de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, cujo objetivo é proclamar a superioridade do interesse da coletividade e sua prevalência sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É, na opinião do mesmo autor, um pressuposto de uma ordem social estável e segura.

As atividades da Administração visam ao bem estar da coletividade, que é o fim último de sua atuação. Logo, por não ser o indivíduo o foco principal da Administração, e sim o grupo social, é seguro dizer que em determinadas ocasiões os interesses de um e de outro

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/09/2021.

² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2010, p. 69.

entrarão em rota de colisão. Nesses casos, o princípio ora estudado instrui que há de prevalecer o interesse público.⁴

Um dos campos em que a Supremacia do Interesse Público tem grande relevo é o dos contratos administrativos. A doutrina conceitua essa espécie de contrato como "o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público".⁵

É seguro, assim, afirmar que o contrato administrativo busca efetivar, proteger e garantir o interesse público, que é princípio primordial orientador de todo o Direito Administrativo, e tendo em vista ser a Administração Pública a defensora do interesse público por excelência, "existe uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado." ⁶

Essa supremacia se manifesta especialmente na existência das cláusulas exorbitantes, aplicáveis a todas as espécies de contratos administrativos, entre as quais, ressalta-se agora, se encontra o poder/dever da Administração de fiscalizar a execução contratual, e eventualmente penalizar o contratado por inexecuções e falhas, o que será o objeto principal do nosso estudo.

Nesse contexto, foi recentemente promulgada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que redesenhou o sistema de licitações e contratos administrativos no Brasil após 28 anos de vigência da Lei 8.666 de 1993. A mudança foi deveras esperada: o Projeto de Lei 4.253/2020, que originou a nova lei, foi produto de diversos outros projetos, a exemplo dos PLs 1292/1995, 6814/17, 559/2013 (Senado) e mais de 200 outros processos que àquele foram apensados.⁷ Note-se que, enquanto o texto da lei antiga dedicou apenas uma seção com três artigos à matéria de sanções administrativas, o texto da lei nova aborda o assunto em um capítulo com nove artigos.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 35.

⁵ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 183.

⁶ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 189.

⁷ ALMEIDA, Hebert. Nova Lei de Licitações: Projeto APROVADO revoga a Lei 8666. Estratégia Concursos, 2021. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 03/09/2021.

Entende-se por inegável, assim, a importância e relevância do tema para o mundo do Direito e para o mundo dos fatos. Os procedimentos de aplicação de penalidade dizem respeito à integridade e proteção ao próprio interesse público, e por isso interessam a todos os indivíduos que usufruem da presença, segurança e serviços prestados pelo Estado.

A razão para isso é simples: quando a Administração não se posiciona e toma providências em relação às infrações aos termos do contrato firmado com o particular, ou não o faz conforme os princípios e regras previstos em Direito, prevalecem os interesses daquele em face dos interesses de toda a coletividade, o que é inaceitável pelo sistema jurídico brasileiro, além de ser antiético e imoral.

O estudo acadêmico acerca das sanções aplicáveis em contratos administrativos, em especial quanto às diferenças e semelhanças entre o sistema antigo de aplicação de sanções no âmbito de contratos administrativos e o sistema novo, inaugurado pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, se mostra relevante e atual.

O objetivo geral do presente trabalho é, assim, apresentar o procedimento de aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos regido pela Lei 8.666 de 1993, as previsões da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acerca desse tema e destacar criticamente algumas alterações a serem implementadas nos procedimentos futuros com a entrada em vigor da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sem prejuízo das comparações entre os dois diplomas legais a serem promovidas no decorrer do trabalho.

A partir desse ponto, são decorrências lógicas os objetivos específicos do trabalho, desdobrados nos seus capítulos, em exposição a seguir.

A princípio, abordar-se-ão os contratos administrativos, suas características e contexto histórico. Depois, será contextualizado no Direito o procedimento de aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos, em especial como uma cláusula exorbitante dessa espécie de contrato. Serão apresentadas, então, as regras pertinentes à aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos durante a vigência do sistema federal regido pela Lei 8.666 de 1993.

Posteriormente será apresentada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, como o novo marco legal da matéria, bem como serão analisadas e comentadas as regras pertinentes à aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos nesse sistema.

Por fim, serão identificadas e interpretadas criticamente algumas novidades e destaques a serem implementados nos procedimentos futuros com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à luz dos estudos, fontes e críticas elaboradas pela doutrina e jurisprudência.

1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O primeiro capítulo deste trabalho tem a pretensão de lançar as bases e nivelar os conceitos necessários ao domínio do seu tema principal: o sistema de responsabilização de contratados da Administração por irregularidades na execução de contratos administrativos. Serão brevemente comentadas a origem dos contratos da Administração, as características definidoras dos contratos administrativos e sua relação com os procedimentos sancionadores em seu âmbito. Sendo assim, será um sólido primeiro passo na direção da reflexão proposta.

1.1 VISÃO GERAL

Para a perfeita compreensão dos institutos que se buscará analisar, é necessário contextualizar, brevemente, a origem e justificativa teórica dos contratos da Administração, cujo conceito não é idêntico ao dos contratos administrativos, como será explicitado ainda neste tópico.

De forma simples, Clóvis Bevilacqua define contratos em geral como sendo acordos de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos.⁸ Note-se que não há, no âmbito desse conceito, nenhum óbice à celebração de contratos pela Administração Pública, tendo em vista que essa também pode se beneficiar da formalização de acordos de vontades que criam, modificam ou extinguem direitos.

Em verdade, os primeiros registros de celebrações de acordos de vontades entre uma Administração Pública e particulares é deveras antigo: segundo afirma Jean-Paul Valette⁹, já na Babilônia do século XIX a.C. e no antigo Egito era comum a celebração de espécies de contratos de arrendamento de terras públicas com particulares que eram, por tais instrumentos, obrigados a satisfazer determinadas necessidades coletivas.

⁸ BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil: commentado, 1926, p. 245. *apud* HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, volume 6, nº 1, p. 43-58, JAN-JUL, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3665/pdf>>. Acesso em: 03/09/2021.

⁹ *Service public à la française*. Paris: Ellipses, 2000. p. 10-11 *apud* HORBACH, Carlos Bastide, *op. cit.*

É seguro inferir que a riqueza da evolução social e a complexidade teórico-fática desenvolvidas pelo Estado contribuíram significativamente para a aplicação dos contratos celebrados pela Administração Pública, especialmente durante o Estado Liberal do século XVIII e XIX: naquele período, o Poder Público não era organizado o suficiente ou não visava à execução de grandes projetos, por ser um estado mínimo, então contratava com particulares.

¹⁰

Observe-se ainda que a Administração Pública pode expressar sua vontade em diversas formas: unilateralmente, a exemplo dos atos administrativos, bilateralmente, a exemplo dos contratos da Administração ou mesmo plurilateralmente, a exemplo dos consórcios e de alguns convênios¹¹. Os contratos da Administração, portanto, estão inseridos no âmbito das manifestações de vontade da Administração que se comunicam ou coincidem com as vontades de um particular.

Há que se diferenciar, neste momento, o gênero contratos da Administração da espécie contratos administrativos. Segundo Alexandre Mazza¹², contratos da Administração são todos aqueles firmados pela Administração Pública, incluídos os regidos pelo direito privado, a exemplo clássico dos contratos de locação. Em contrapartida, a espécie contratos administrativos é composta somente pelos contratos da Administração os quais se submetem ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público.

A doutrina tradicional do direito administrativo tende a apontar que essa noção de contrato administrativo surgiu na França, por meio da atividade jurisdicional do Conselho de Estado. O sistema francês é conhecido como o do “contencioso administrativo”, porquanto afasta da competência do Poder Judiciário as questões de ordem administrativa, tais como os contratos administrativos. Nesse sentido, levou-se em consideração a ideia de que tais contratos eram substancialmente diferentes dos contratos civis, o que justificava a sua apreciação pelo citado contencioso administrativo. Em verdade, na busca por fixar os limites desse contencioso, o Conselho de Estado francês identificou nesses pactos traços

¹⁰ HORBACH, Carlos Bastide, *op. cit.*

¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática*, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020, p. 231.

¹² MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 606.

característicos que os distinguiriam, fazendo com que apresentassem um regime jurídico próprio.¹³

Dessa forma, é atingido o contexto do presente estudo: os contratos administrativos. Di Pietro¹⁴ os conceitua como “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. Fica claro que os contratos administrativos buscam efetivar, proteger e garantir o interesse público, por meio de um regime jurídico que lhes é característico: o de Direito Público.

1.2 A CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Existem critérios doutrinários que diferenciam os contratos administrativos dos contratos do direito privado, chamados de critérios distintivos. Esses critérios, por serem intrínsecos à natureza dessa espécie de contratos, devem ser entendidos como princípios orientadores e definidores da nossa análise. Logo, considera-se relevante apresentá-los em explanação a seguir, segundo classificação organizada por Horbach¹⁵.

1.2.1 O Critério Subjetivo

Tem-se, a princípio, o critério subjetivo. Como seu título sugere, este critério permite a cognição de que basta a presença da Administração Pública em um dos pólos da relação jurídica contratual para que seja o contrato dela decorrente um contrato administrativo. Nesse sentido, qualquer contrato poderia ser considerado “administrativo”, sendo para isso suficiente que uma das partes seja uma pessoa coletiva pública no exercício da função

¹³ HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, volume 6, nº 1, p. 43-58, JAN-JUL, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3665/pdf>>. Acesso em: 03/09/2021.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 251.

¹⁵ HORBACH, Carlos Bastide. *op. cit.*

administrativa do Estado.¹⁶ Este conceito já foi superado na doutrina brasileira, nos termos da já abordada diferenciação entre os contratos da Administração e os contratos administrativos. Não obstante, não é errado afirmar que o critério em tela é *conditio sine qua non* para a caracterização de um contrato administrativo, tendo em vista que não se vislumbra a formação de tal espécie de contrato sem que haja a participação da Administração Pública.

1.2.2 O Critério da Sujeição

A seguir, vale mencionar o critério da sujeição, o qual se trata de manifestação direta do princípio da supremacia do interesse público. Segundo o próprio Horbach¹⁷, nos contratos administrativos a Administração Pública se apresenta perante o contratado com autoridade, com o chamado poder de império. Por força do interesse público, sobre o qual se constrói a relação de administração materializada no contrato administrativo, é necessário o reconhecimento de uma sujeição do particular em relação à Administração Pública para que ela possa continuar a zelar pelos interesses da coletividade. Note-se que essa sujeição não é opcional à Administração, porquanto essa não pode se desonerar contratualmente do dever de buscar a realização do interesse público.

1.2.3 O Critério do Objeto

Menciona-se brevemente o critério do objeto. Nesse contexto, Jean Rivero afirma¹⁸ que o contrato é administrativo quando tem por objeto ajudar no funcionamento de um serviço público. O problema e a crítica a esse quesito é que depende sempre do conceito de serviço público adotado naquele momento. Tal conceito já sofreu diversas alterações ao longo do tempo e espaço. Melhor seria, dessa forma, substituir a expressão “serviço público” por “atividade pública”, nos termos do conceito de “administração pública” (em minúsculas) de

¹⁶ RIVERO, Jean. Direito administrativo, 1981 *apud* HORBACH, *op. cit.*

¹⁷ HORBACH, *op. cit.*

¹⁸ RIVERO, Jean. Direito administrativo, 1981 *apud* HORBACH, *op. cit.*

Alexandre Mazza¹⁹: a atividade estatal consistente em defender concretamente o interesse público; em sentido objetivo, material ou funcional. Nesse sentido, o contrato seria administrativo quando tivesse por objeto ajudar no funcionamento de uma atividade pública.

1.2.4 O Critério da Finalidade de Interesse Público

Passa-se ao critério da finalidade de interesse público. Segundo este critério, um contrato é administrativo se tem como fim a efetivação de uma necessidade coletiva, de responsabilidade da Administração Pública.²⁰ Quanto a este quesito, é destaque a argumentação construída por Di Pietro²¹, que questiona e aponta o seguinte: tudo o que a Administração faz deve ser pautado no interesse público. Todos os contratos que celebra serão, portanto, administrativos? Evidentemente, esse não é o caso. Não é suficiente, portanto, o critério da finalidade de interesse público. Não obstante, deve haver interesse público na celebração dos contratos administrativos, o que enquadra este quesito também como *conditio sine qua non*.

1.2.5 O Critério do Procedimento

O próximo é o critério do procedimento, o qual prevê²² que o traço distintivo dos contratos administrativos seria a necessidade de observância de determinadas formalidades, tais como a necessidade de licitação, as quais não são exigidas em contratos privados. Os procedimentos contratuais, assim, indicariam a diferença entre um e outro tipo de contratação. Maria João Estorninho²³, entretanto, critica acertadamente este critério, apontando que a ausência de certas formalidades não retira do contrato sua natureza administrativa, se foi assim celebrado, e que muitos dos contratos típicos do direito civil exigem formalidades

¹⁹ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo, 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 53.

²⁰ HORBACH, *op. cit.*

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 235.

²² HORBACH, *op. cit.*

²³ ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 1990, *apud* HORBACH, *op. cit.*

previstas em lei, o que não os transforma em administrativos. A isso acrescenta-se a existência dos contratos administrativos verbais em caso de compras de pequena monta (Lei 8.666/1993, art. 60, parágrafo único; Lei 14.133/2021, art. 95, §2º), os quais a princípio não seguem formalidades específicas pela natureza contratual, e também que talvez a lógica do critério esteja equivocada: as formalidades especiais a que se refere são necessárias porque o contrato é administrativo, e não para que ele seja.

1.2.6 O Critério das Cláusulas Exorbitantes

Finalmente, aborda-se o critério das cláusulas exorbitantes, que serão explanadas em maior profundidade no próximo tópico. Muitos autores, a exemplo de Alexandre Santos de Aragão²⁴, defendem que o que realmente caracteriza um contrato como administrativo é a existência de cláusulas exorbitantes, acreditando ser este o critério definidor necessário e suficiente de um contrato dessa espécie. Ocorre que o direito comum permite ampla liberdade de disposição contratual. Caso concordassem os particulares, as mesmas cláusulas comumente chamadas de exorbitantes não poderiam figurar em um contrato de direito privado comum, nos termos do princípio *pacta sunt servanda*? A resposta encontrada por Horbach²⁵ é que esse regime exorbitante é caracterizado pelos seguintes traços essenciais: a existência de prerrogativas da Administração, ligadas ao interesse público, que quebram a igualdade natural dos contratos privados; e a verificação de limitações à liberdade contratual e à atuação do poder público. Dessa forma, o ponto central do critério é que a Administração não tem plena liberdade para prever as cláusulas exorbitantes, como eventualmente poderiam ter os particulares no direito comum: ela tem o dever legal de proceder dessa maneira em seus contratos.

Fica claro que nenhum dos critérios basta por si só. Normalmente há uma combinação de critérios para identificar um contrato como administrativo. Horbach²⁶ chega à conclusão que mais relevante na dinâmica do regime brasileiro dos contratos administrativos

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 355.

²⁵ HORBACH, *op. cit.*

²⁶ HORBACH, *op. cit.*

é identificar quais critérios subsidiaram a atividade do legislador quando da elaboração da legislação a respeito, que seriam os seguintes: da sujeição, das cláusulas exorbitantes, subjetivo e da finalidade de interesse público. Esses seriam, portanto, os critérios e princípios orientadores dos contratos administrativos, bases do regime jurídico a eles aplicado.

1.3 AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Feitas as considerações pertinentes acerca dos contratos administrativos, é necessário tratar por um momento das cláusulas exorbitantes (ou competências anômalas, ou cláusulas de privilégio, ou prerrogativas especiais, etc), apresentadas como critérios definidores e princípios orientadores dessa espécie de contratos.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho²⁷, as cláusulas de privilégio, também chamadas de cláusulas exorbitantes, são prerrogativas especiais da Administração no contrato administrativo em razão de sua posição de supremacia em relação à parte contratada. Essas cláusulas constituem, na visão do mesmo autor, verdadeiros princípios de direito público, os quais formam a própria estrutura do regime jurídico de direito público, que, como já foi dito, é aplicável aos contratos administrativos.

As cláusulas exorbitantes consistem, assim, em uma lista de prerrogativas da Administração no âmbito de um contrato administrativo. Tais prerrogativas estão positivadas na legislação, e a Administração Pública não pode se eximir de prevê-las e se utilizar delas, caso se faça necessário.

Este assunto já foi mais pacífico entre os doutrinadores e administradores públicos. Hoje se observa a presença daqueles que defendem a existência e utilização das prerrogativas em tela²⁸, normalmente com base no já mencionado princípio da Supremacia do Interesse Público; e daqueles que criticam o instituto, enxergando-o como uma fonte de possíveis

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 201.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 241.

abusos e um perigo à viabilidade econômica da contratação. Nesse sentido tem-se as ideias de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ de que as cláusulas exorbitantes se justificaram à época do Estado Moderno, quando vigorava a economia semidirigida, “sob o pálio da supremacia indiscriminada do Estado”, sem maiores preocupações com a competitividade por capitais e tecnologias. Entretanto, ainda na visão do autor, no contexto do Estado Pós-moderno e no contexto da economia de mercado, preocupada com a alta competitividade, as tradicionais vantagens das cláusulas exorbitantes desapareceriam.

Marçal Justen Filho, que antes fazia coro com os defensores das cláusulas exorbitantes, repensou seu posicionamento³⁰. Argumenta, nesse sentido, que a tutela ao interesse público não pode significar a autorização jurídica para o sacrifício automático, generalizado e sistemático dos interesses dos indivíduos. Não deveria, portanto, ser adotado um conceito incerto e potencialmente autoritário de interesse público por essas razões teóricas e também por razões fáticas: tal posicionamento levaria à redução da quantidade de particulares dispostos a contratar com o Estado e acarretaria na elevação dos preços estimados pelos particulares. A consequência lógica seria, segundo o autor, o aumento do preço desembolsado pela Administração para haver as utilidades de que necessita. O Estado pagaria mais para participar da relação jurídica caracterizada pela sua supremacia.

De todo modo, é fato que as cláusulas exorbitantes existem no Regime Jurídico da Lei 8.666/1993, art. 58, e ao que tudo indica, não deixarão de ser utilizadas em um futuro próximo: foram novamente previstas no art. 104 da Lei 14.133/2021. Sendo assim, faz-se necessário mencioná-las, brevemente, para fins de contextualização.

1.3.1 Alteração Unilateral

A primeira, alteração unilateral, é a possibilidade dada à Administração de modificar o contrato sem anuência do contratado, respeitados os seus direitos, para melhor efetivação do

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 581-582 e 586.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

interesse público. Pode ser qualitativa ou quantitativa, havendo necessidade de motivação, e que a alteração decorra de fato superveniente à contratação. Ainda, não deve ocorrer a descaracterização do objeto contratual, e o equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantido.

31

1.3.2 Extinção Unilateral

A seguir, tem-se a extinção unilateral, que é a prerrogativa de pôr fim ao contrato sem a necessidade de propositura de ação judicial, embora o ato esteja sujeito a amplo controle jurisdicional. Neste ponto, ressalta-se a diferença entre os textos das leis: a Lei 8.666/1993 previu a “rescisão unilateral”, enquanto a Lei 14.133/2021 previu a “extinção unilateral”. Entre outras formalidades, a extinção deve ser precedida de ampla defesa e de contraditório, nos termos do art. 137 da lei nova.

1.3.3 Fiscalização da Execução do Contrato

Tem-se ainda a fiscalização da execução do contrato, um poder-dever deixado à Administração com vistas à garantia do atingimento dos objetivos da contratação e satisfação do interesse público. Nesses termos, a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Rafael Carvalho Rezende Oliveira ensina, assim, que o agente público designado para fiscalizar um contrato precisa necessariamente possuir conhecimento técnico mínimo sobre o objeto da contratação, para que a fiscalização seja eficiente e para evitar eventual responsabilidade por culpa *in eligendo* da autoridade que o nomeou para a função.³²

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020, p. 242.

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.* p. 246.

1.3.4 Ocupação Provisória

A ocupação provisória consiste no apossamento provisório pela Administração dos bens móveis e imóveis, bem como a utilização de pessoal e de serviços do contratado (relacionados ao objeto do contrato). Ambas as leis preveem que essa medida é destinada a casos de risco à prestação de serviços essenciais e de necessidade de acautelar a apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato, embora a nova lei tenha organizado essas hipóteses em alíneas (art. 104, inciso V).

1.3.5 Aplicação de Sanções

Finalmente, alcança-se a quinta e última (consideradas as previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993 e no art. 104 da Lei 14.133/2021) prerrogativa especial da Administração: a aplicação de sanções ao contratado no caso de inexecução total ou parcial do ajuste. Foi necessário, até aqui, abordar as bases do instituto para melhor compreensão do sistema que o envolve, tendo em vista a centralidade e importância do tema para o dia a dia da Administração Pública que lida com contratos administrativos.

Esse tema será extensivamente estudado nos tópicos a seguir. Por ora, são relevantes os ideais de Marçal Justen Filho³³, que explica que a Administração, diferentemente do verificado nos contratos privados, possui o poder de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual. Essa prerrogativa, segundo o autor, derivaria da autoexecutoriedade dos atos administrativos, a qual, por sua vez, consiste na possibilidade de a Administração Pública, sem a interferência do Poder Judiciário, obter a satisfação de uma pretensão própria ou solucionar um litígio de que participa, produzindo os atos materiais necessários a tanto. Dessa forma, a Administração tem o poder-dever de, quando da fiscalização da execução dos contratos, identificar irregularidades cometidas pelo particular e,

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

não obtendo solução ou resposta em tempo hábil, apurar sua responsabilidade e penalizá-lo pela inexecução, total ou parcial.

2 O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E AS SANÇÕES AOS CONTRATADOS

Analisados os aspectos que demonstram a relevância do contrato administrativo e a presença de características que o singularizam, é pertinente examinar um aspecto a ele relacionado e que constitui a temática principal deste trabalho: a possibilidade de a Administração sancionar o seu contratado na presença de inadequações na execução do objeto contratual, entre outras situações.

2.1 VISÃO GERAL

O instrumento jurídico da aplicação de penalidades pela Administração aos seus contratados é fruto do já muito mencionado princípio da Supremacia do Interesse Público, na medida em que se caracteriza como uma forma de garantir preventivamente que o particular obedeça aos termos do que foi pactuado com a Administração no contrato administrativo, e puni-lo, reativamente, caso não os cumpra; porquanto o objeto do contrato é sempre uma atividade que traduz o interesse público³⁴.

Além disso, como previsto no art. 58 da Lei 8.666/1993 e no art. 104 da Lei 14.133/2021, é também uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos, sendo uma prerrogativa especial da Administração sobre os particulares contratados e parte integrante da própria estrutura do regime jurídico de direito público aplicável a esses contratos.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 189.

Por conseguinte, deve estar claro o que se pretende dizer com a expressão “inadimplemento contratual”. A princípio, ocorreria inadimplemento quando o particular não cumprisse os termos a que voluntariamente se submeteu. Entretanto, como ensina Marçal Justen Filho³⁵, a infração aos termos do contrato somente pode ser reconhecida nos casos em que o descumprimento aos deveres traduz um posicionamento subjetivo verdadeiramente reprovável. Para a imposição de qualquer sanção administrativa, então, seria necessário o elemento subjetivo da culpabilidade (sentido amplo). O autor defende, portanto, a impossibilidade de punir o particular em virtude do simples acontecimento de um evento material indesejável, sem a verificação da existência do elemento subjetivo.

Nesse sentido, Justen Filho utiliza as ideias de Hans Welzel e formula o pensamento de que “quando se produz a lesão a um bem jurídico sem que tal se configure como resultado de uma ação ou omissão reprovável de um sujeito, tratar-se-á de ‘uma desgraça, mas não de um injusto’”.³⁶

Ressalte-se que o elemento subjetivo reprovável não é somente a intenção de agir propositadamente de forma antijurídica ou a assunção dos riscos antijurídicos de sua ação, mas é também deixar de adotar as precauções e cautelas inerentes à posição jurídica de partícipe de uma relação jurídica com a Administração Pública, o que caracteriza a culpa³⁷. A culpa em sentido estrito consistiria, assim, na ausência de eventual diligência necessária e inerente ao sujeito contratado para executar uma certa prestação.

Depreende-se desses ideais que não basta que a Administração sofra algum prejuízo em decorrência do contrato que firmou: é necessário que fique demonstrada a conduta do particular, manchada pelo elemento subjetivo do dolo ou da culpa. Desse modo, não haveria inadimplemento contratual e a empresa não poderia ser responsabilizada quando da ocorrência de um acontecimento a que não deu causa, de nenhuma forma.

Em verdade, existem algumas teorias as quais buscam determinar e caracterizar as situações em que fica afastada a responsabilidade do particular por meio do afastamento do

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

³⁶ Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial Ibdef, 2001 *apud* JUSTEN FILHO, Marçal *op. cit.* [Livro eletrônico]

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

elemento subjetivo reprovável. Considera-se necessário mencioná-las a seguir, porquanto são alegações comuns dos particulares contratados quando da apuração de irregularidades na execução do contrato.

Tem-se, a princípio, a teoria da imprevisão (*théorie de l'imprévision*). Esta foi consagrada pelo Conselho de Estado francês (já mencionado anteriormente) no julgamento do caso “*Gaz de Bordeaux*”, de 30.03.1916, no qual a concessionária pleiteava a revisão do contrato administrativo de produção de gás, pois o preço da matéria-prima necessária à produção foi excessivamente onerado em razão da I Guerra Mundial. Naquela situação, o Conselho de Estado estabeleceu as condições de aplicação da teoria da imprevisão e garantiu o direito à revisão do contrato.³⁸

Essa teoria é aplicável aos eventos imprevisíveis, supervenientes e extracontratuais de natureza econômica (álea extraordinária econômica), não imputáveis às partes. Tem relação com a cláusula *rebus sic stantibus* aplicada no Direito Civil, que determina o cumprimento do contrato enquanto mantêm-se o equilíbrio inicialmente estabelecido.³⁹

A seguir, apresenta-se a teoria do fato do príncipe, cujo cerne é a existência de um fato extracontratual praticado pela Administração que gera efeitos no contrato administrativo. O exemplo clássico é um eventual aumento da alíquota do tributo que incide sobre o objeto contratual. Trata-se, portanto, de um fato genérico e extracontratual de responsabilidade da Administração Pública, que acarreta indiretamente no aumento dos custos do contrato administrativo (álea extraordinária administrativa).

Como ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira,⁴⁰ existem controvérsias doutrinárias no que concerne à delimitação do fato do príncipe. Alguns estudiosos entendem que somente o fato extracontratual praticado pelo ente que celebrou o contrato será fato do príncipe⁴¹ Neste caso, se o fato fosse originado em outro ente federativo, ambas as partes contratantes

³⁸ LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 189-197 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática*, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020.

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática*, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020, p. 264.

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 264.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 279.

(Administração e particular) seriam surpreendidas, dando causa à aplicação da teoria da imprevisão. O outro entendimento, em geral mais simples e aplicável, é de que os fatos praticados pela Administração Pública em geral (entidade contratante ou não) são considerados fatos do príncipe.⁴²

Finalmente, vale mencionar brevemente a teoria do caso fortuito e força maior. Entende-se como irrelevante distinguir um e outro, tendo em vista que sua aplicação e efeitos são praticamente os mesmos em um caso concreto. De qualquer forma, o conceito abrange a ocorrência de eventos imprevisíveis da natureza, como a situação da pandemia de COVID-19, que assombra a humanidade desde o final de 2019⁴³, e eventos causados pela ação humana, tais quais a paralisação de caminhoneiros ocorrida no ano de 2018 no Brasil.⁴⁴

São essas as teorias que comumente embasam o afastamento do elemento subjetivo reprovável, que é necessário à caracterização do inadimplemento contratual.

Não obstante, caso verificado o inadimplemento, o particular se sujeita a responsabilização civil, administrativa e penal, que são esferas diversas e, em regra, independentes entre si. A responsabilização civil consiste, em suma, na subordinação do particular a indenizar as perdas e danos decorrentes de sua conduta antijurídica. A responsabilização penal, por sua vez, envolve a aplicação de pena a criminoso, a qual consiste em gravosa restrição a direitos e interesses daquele que praticou conduta dotada de elevado grau de reprovabilidade. Já a responsabilização administrativa, como ensina Justen Filho⁴⁵, é a submissão do sujeito que infringiu deveres na esfera administrativa a consequências punitivas no âmbito das relações administrativas.

A responsabilização administrativa seria marcada, especialmente, por três facetas: a punitiva (submeter o infrator a um sofrimento equivalente), a de desincentivo (a punição

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 222.

⁴³ PEBMED. Coronavírus: tudo o que você precisa saber sobre a nova pandemia. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/coronavirus-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-nova-pandemia/>>. Acesso em: 04/09/2021.

⁴⁴ Economia UOL. Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2018/05/30/greve-dos-caminhoneiros-a-cronologia-dos-10-dias-que-pararam-o-brasil.htm>> Acesso em 04/09/2021.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

conduz o sujeito a atuar regularmente para evitar o sofrimento) e a preventiva (vedação a que o sujeito punido possa atuar novamente no âmbito administrativo). Observe-se que mesmo em situações nas quais a responsabilização administrativa envolve uma penalidade pecuniária, esta não se confunde com a indenização por perdas e danos, por não se destinar a recompor o patrimônio da parte inocente. Essa multa tem por finalidade atender às facetas punitiva e de desincentivo, e por isso a penalidade pecuniária não se reserva somente a situações em que há prejuízo pecuniário da Administração.⁴⁶

Por fim, aponta-se que toda aplicação de penalidade a contratados da Administração deve ser precedida de adequado processo administrativo. Nesse sentido, verifica-se que não é discricionária à autoridade administrativa a instauração de procedimento com vistas à apuração da responsabilidade do particular quanto à inexecução do contrato administrativo, porquanto é por meio deste procedimento que é possibilitada a ampla defesa e contraditório ao contratado, princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

Até o momento foi discutida a possibilidade de sanção a particulares no âmbito de contratos administrativos de forma geral. Nos próximos tópicos, serão abordados os sistemas jurídicos os quais se apresentam aos operadores do Direito neste momento histórico para manuseamento deste instrumento de materialização do interesse público.

2.2 AS SANÇÕES APLICÁVEIS SEGUNDO O SISTEMA LIDERADO PELA LEI 8.666 DE 1993

A Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, objetivou estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito de todos os Poderes, em todos os entes federados, conforme seu Art. 1º, regulamentando assim o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

Quanto ao foco central do presente trabalho, nota-se que o referido ato normativo dedicou uma seção (Capítulo IV, Seção II) contendo 3 artigos (arts. 86 a 88) às disposições específicas acerca da possibilidade de sancionar particulares no âmbito de contratos administrativos, fora outros dispositivos úteis ao assunto, mas não incluídos na referida Seção.

Como informa Di Pietro⁴⁷, a referida lei indica as sanções cabíveis, mas não define as infrações administrativas. Limitou-se, portanto, a incluir entre as prerrogativas da Administração (cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58) o poder de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do contrato e a determinar que a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa (art. 87). Assim, a preocupação central da Lei 8.666/93 neste assunto foi o estabelecimento das quatro sanções aplicáveis aos particulares encontrados em inadimplemento contratual perante a Administração.

Conforme avalia Carvalho Filho⁴⁸, o Estatuto relacionou em seu art. 87 uma série de atos administrativos de caráter punitivo, que traduzem sanções pela inexecução total ou parcial do contrato. Mais leves seriam as sanções de advertência e de multa na forma do contrato ou instrumento convocatório. Mais graves seriam as de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos, e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, a ser concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2 anos. É pertinente analisar com mais cuidado as sanções supracitadas, o que se fará a seguir.

A princípio, tem-se a penalidade de advertência, prevista no inciso I, art. 87 da Lei 8.666/93. Essa consiste em uma comunicação formal ao contratado após regular processo administrativo sancionador, notificando-lhe sobre o descumprimento de uma obrigação legal

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2021, p. 307.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 230.

assumida, cláusula contratual ou mesmo uma falha na execução do serviço ou fornecimento, determinando o saneamento da irregularidade e advertindo-lhe que, em caso de reincidência, poderá ser aplicada sanção mais gravosa.⁴⁹

A advertência é marcada, assim, por seu caráter educativo e instrutivo. Busca especialmente gerar um efeito positivo na execução do contrato, com a demonstração de que a Administração está prestando atenção no serviço ou fornecimento prestado pelo contratado e notou que algo não está de acordo com o pactuado, ainda havendo a possibilidade de correção. Perceba-se, entretanto, que eventuais notificações simples emitidas pelo fiscal do contrato não se caracterizam como advertência, porquanto essa é uma penalidade resultante de processo administrativo sancionador.

Passa-se à análise da penalidade de multa, prevista no art. 87, inciso II da Lei 8.666/93, e também no art. 86 da mesma lei. Nos termos do Caderno de Logística do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁵⁰, a sanção de multa tem natureza pecuniária e sua aplicação se dará na gradação prevista no instrumento convocatório ou no contrato quando houver atraso injustificado no cumprimento da obrigação contratual (multa moratória), e em decorrência da inexecução parcial ou total do objeto da contratação (multa compensatória).

Conforme lembra Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵¹, a única sanção que pode ser aplicada cumulativamente com as demais é a multa. Para a sua efetivação, a Administração poderá reter a garantia prestada no âmbito daquele contrato, ou mesmo descontar o seu valor dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, caso a garantia não seja suficiente à satisfação da penalidade, existindo sempre a possibilidade de cobrança judicial dos valores.

⁴⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 04/09/2021.

⁵⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. *op. cit.*

⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020, p. 280.

A seguir, tem-se a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até 2 (dois) anos, prevista no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93. Trata-se, neste sistema jurídico, de duas sanções diversas, mas intrinsecamente ligadas e por isso concomitantes. A sanção de suspensão temporária de participar em licitações suspende o direito dos particulares de participarem de procedimentos licitatórios por até 2 anos. A sanção de impedimento de contratar impede os fornecedores de formalizarem contratos com a Administração por até 2 anos (podem ser estabelecidas em prazo inferior a 2 anos). Nesse sentido, o Caderno de Logística do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁵² manifesta que estão incluídos na proibição dessa sanção qualquer ajuste entre a Administração Pública e o particular em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo jurídico e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a nomenclatura utilizada.

A última penalidade prevista no art. 87 da Lei 8.666/93, em seu inciso IV, é também a mais grave dentre essas: a 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, concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, previsto para a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

Anote-se que esta penalidade é reservada para situações administrativas muito graves, pois não pretende julgar como irregular apenas um ato ou aspecto da execução de um contrato administrativo e aplicar uma correção, mas sim declarar que o próprio particular contratado, em si, não é digno da confiança da Administração Pública. Além disso, tem como prazo mínimo o período de 2 anos, mas perdura enquanto a empresa não buscar sua reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade, podendo ser por tempo indeterminado.

⁵² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. *op. cit.*

Vale mencionar que a sanção possui efeitos temporais futuros (*ex nunc*), não retroagindo automaticamente para prejudicar os contratos administrativos já assinados, conforme ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵³ e se observa da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de 'licitar ou contratar com a Administração Pública' (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes. (MS 14.002/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 06/11/2009⁵⁴)

Por ser a sanção mais grave, a declaração de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado ou de Secretário Estadual ou Municipal, sempre garantido o contraditório (art. 87, § 3º). José dos Santos Carvalho Filho⁵⁵ resalta que a sanção pode ser também aplicada pelo Tribunal de Contas da União, com base no art. 70, parágrafo único, da

⁵³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 282.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. MS nº 14.002/DF. Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 6 de novembro de 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802673714&dt_publicacao=06/11/2009> Acesso em 04/09/2021.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 232.

CF, e art. 46 da Lei Orgânica (Lei no 8.443/1992), no exercício de sua função fiscalizatória constitucional.

Findado o estudo das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, vale mencionar que as referidas sanções devem ser aplicadas dentro do prazo prescricional de cinco anos, e que a Administração deve exercer o juízo de proporcionalidade, aplicando a sanção mais adequada à gravidade da infração no caso concreto⁵⁶. Além disso, a Administração tem o dever de dar publicidade ao fato de que uma determinada empresa sofreu penalização, em especial as penalizações dos incisos III e IV do art. 87. Para tanto, foi criado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, disponível no site do Portal da Transparência.⁵⁷

As sanções mencionadas neste tópico também são extensíveis a outros particulares, além do próprio contratado, nos termos do art. 88 da Lei 8.666/93. São estes: os que praticaram atos ilícitos para frustrar os objetivos da licitação; os que demonstrarem não ter idoneidade para contratar com a Administração, em razão de outros atos ilícitos praticados; e os que tenham sofrido condenação definitiva em virtude de fraude fiscal dolosa no recolhimento de quaisquer tributos.

Após a análise das sanções aplicáveis aos particulares no âmbito do sistema inaugurado pela Lei 8.666/93, é pertinente concluir esclarecendo que a Administração não pode adotar qualquer providência sancionatória que extrapole a relação do art. 87 do Estatuto, tendo em vista, especialmente, os princípios da segurança jurídica e legalidade administrativa.

58

Daí se extrai e é importante mencionar que a rescisão contratual não possui natureza sancionatória, porquanto não está elencada no rol de sanções previsto no art. 87. Além disso, não se trata de uma genérica pretensão punitiva do Estado, sendo não mais do que uma ruptura dos efeitos decorrentes da relação contratual entre a administração pública e a contratada, que se tornou insustentável diante de uma situação específica, a qual pode ter sido

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 247.

⁵⁷ Brasil. Portal da Transparência. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/ceis?ordenarPor=nome&direcao=asc>>. Acesso em 04/09/2021.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 233.

ocasionada por quaisquer das partes contratantes, ou mesmo por nenhuma delas (nos termos das três teorias afastadoras do elemento subjetivo reprovável), bastando que se torne inviável a continuidade da execução do objeto.⁵⁹

2.3 O PROCEDIMENTO APLICÁVEL SEGUNDO O SISTEMA LIDERADO PELA LEI 8.666 DE 1993

Ainda no contexto do sistema de aplicação de penalidades em contratos administrativos conforme a Lei 8.666/93, atente-se agora ao fato de que as sanções previstas no art. 87 da referida lei somente podem ser aplicadas em estrita observância aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência⁶⁰. O meio adequado para assegurar o cumprimento de tais princípios não é outro senão o regular processo administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos tendentes a um resultado final⁶¹. No caso em tela, esse conjunto de atos ordenados em sequência lógica visa à apuração de um fato ou irregularidade administrativa que pode resultar em possível aplicação de sanção.

Quanto à necessidade de apuração da irregularidade contratual por esse meio, traz-se à baila o seguinte julgado do TCU, bastante didático em seu enunciado:

⁵⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno-de-logistica-de-sancoes-2.pdf>>. Acesso em: 04/09/2021.

⁶⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 04/09/2021.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2010, p. 337.

A instauração de processo administrativo para a aplicação de penalidades contratuais é ato administrativo vinculado. Isso porque o poder sancionador é uma prerrogativa detida pela Administração Pública para ser aplicado em benefício da coletividade, na hipótese de descumprimento de deveres por ela impostos. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, a Administração é obrigada a submeter-se a todos os comandos que a lei contém, não lhe sendo permitida qualquer conduta que a eles se contraponha. [...] Isso não quer dizer que, após a instauração do processo administrativo, a aplicação da sanção seja obrigatória, pois há de haver o devido processo legal, no qual o particular poderá exercer os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Poderá ser esclarecida a irregularidade ou ficar comprovado que o inadimplemento contratual decorre de caso fortuito, fato exclusivo de terceiro, motivo de força maior ou de fato da Administração, que, por ação ou omissão, impossibilitou o cumprimento do avençado.⁶² (Acórdão 2.345/2017, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, TCU).

Ficam claras, nesse sentido, algumas regras a que o Poder Público deve se submeter no que concerne à instauração de processo administrativo para aplicação de penalidades: a própria obrigatoriedade da instauração, em decorrência dos princípios da legalidade administrativa e do devido processo legal, e a não obrigatoriedade de aplicação de sanção uma vez finalizado o processo, porquanto a autoridade administrativa pode se convencer de que, na verdade, não houve irregularidade na execução do contrato, ou que restou comprovada a ausência de dolo e culpa na conduta do contratado.

É pertinente lembrar, ainda, que este processo administrativo precisa obedecer aos procedimentos estabelecidos nas normas gerais licitatórias, e de forma subsidiária, no âmbito dos órgãos federais, às regras constantes da Lei 9.784/1999, a lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, como ensina Marcio Pestana⁶³.

Para a compreensão da natureza do processo administrativo sancionador em tela, é necessário mencionar também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.345/2017, Plenário. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, 18/10/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2345%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 04/09/2021.

⁶³ PESTANA, Márcio. Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 880.

Mandado de Segurança nº 24.559/PR, DJ 01.02.2010⁶⁴, no sentido de que se aplicam os princípios fundamentais do Direito Processual Penal à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública, com as devidas adaptações, em virtude dos valores garantistas de proteção e defesa da dignidade da pessoa humana que se consagram e fortalecem especialmente naquela vertente do Direito. A verdade é que ambos os processos têm potencial restritivo de direitos de um determinado particular, então o Estado deve agir com cautela e segurança para garantir a decisão mais justa.

Passa-se, portanto, ao estudo do procedimento administrativo para aplicação de penalidades a particulares contratados, segundo o sistema da Lei 8.666/93, em si.

A princípio, identifica-se a competência para a aplicação de cada sanção elencada no art. 87. A Lei 8.666/93 apenas indica expressamente (art. 87, § 3^a) qual é a autoridade competente para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, que é a mais gravosa: é exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Quanto às demais penalidades, o Caderno de Logística⁶⁵ conclui que a competência para a sua aplicação pode ser objeto dos normativos internos de cada órgão ou entidade. Mesmo assim, há entendimento da Advocacia-Geral da União, conforme Orientação Normativa nº 48 ⁶⁶, de que é competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520/2002, e nº 8.666/1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento. A seguir, discutir-se-á o rito procedimental da aplicação de penalidades e os atos a ele inerentes.

Quando a Administração Pública firma um contrato, cabe ao fiscal/executor indicado (art. 58, inciso III da Lei 8.666/93) garantir que as condições estabelecidas no edital e na proposta vencedora sejam cumpridas durante toda a sua execução, para que o interesse

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. RMS nº 24.559/PR. Ministro Relator NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Brasília, 01/02/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em 04/09/2021.

⁶⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. *op. cit.*

⁶⁶ BRASIL. Advocacia Geral da União. Orientação Normativa nº 48, de 25 de abril de 2014. Publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3. Disponível em: <<https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1256046>>. Acesso em 04/09/2021.

público seja atingido. Assim, quando o executor se depara com uma irregularidade, deve identificá-la e autuar um processo administrativo para sua apuração, oferecendo subsídios para a eventual aplicação de sanção, juntamente com sua análise da reprovabilidade do comportamento, bem como todos os documentos pertinentes ao embasamento da situação, a exemplo do contrato, do edital, de eventuais provas da irregularidade, entre outros.⁶⁷ Anote-se que a notícia da infração pode vir de diversas fontes, devendo sempre ser reduzida a termo para análise no processo.

Deve ser então comunicada a autoridade competente para aplicação das sanções, que normalmente é o ordenador de despesas do órgão, dando-lhe ciência da ocorrência do fato.⁶⁸

Com vistas à garantia da imparcialidade, é importante fazer com que a apuração seja estruturada com a repartição de funções entre os agentes públicos envolvidos, cuidando para que estes não acumulem competências que sejam incompatíveis, tais como as de fiscalização, análise e aplicação de sanções. Essa medida decorre também do princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal⁶⁹. Há, portanto, a possibilidade de instituir comissão temporária ou permanente composta por servidores para acompanhar o desenrolar do processo.

É necessário, a seguir, informar o particular da existência do processo administrativo sancionador em seu desfavor. O Caderno de Logística aponta, conforme o art. 26 da Lei nº 9.784/99, que a notificação da Administração deve conter a descrição dos fatos, as cláusulas infringidas, a finalidade da notificação, o local de protocolo da defesa e recurso, as informações sobre acesso aos autos e outras informações destinadas à garantia da plenitude do contraditório e ampla defesa. Nessa ocasião, entende-se pertinente o fornecimento de prazo ao particular para prestação de eventuais esclarecimentos. Caso esses esclarecimentos forem considerados suficientes pela autoridade competente, o processo pode ser arquivado por despacho fundamentado. No caso de não serem considerados suficientes os esclarecimentos, deve ser delimitada a infração correspondente e indicada a sanção cabível, após o quê a

⁶⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. op. cit.

⁶⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. op. cit.

⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em 03/09/2021.

empresa será formalmente notificada a apresentar sua Defesa Prévia no prazo legal, que é, em regra, de 5 dias (art. 87, § 2º da Lei 8.666/93).⁷⁰

É obrigatória à Administração a oferta da oportunidade de apresentação de Defesa Prévia ao particular, nos termos do art. 87, caput, que garante esse direito. O particular, entretanto, não é obrigado a apresentar a defesa mencionada, tendo em vista que os §§ 2º e 3º do mesmo artigo a ele a “facultam”. Essa garantia está em consonância com o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, que assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. No processo sancionador em tela, o interessado dispõe do prazo de cinco dias para apresentar sua Defesa Prévia, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade, em que o prazo se eleva para dez dias, conforme os parágrafos mencionados acima.⁷¹

Acerca da defesa prévia, José dos Santos Carvalho Filho⁷² afirma ainda que, sem a oportunização do contraditório, a sanção estaria eivada de vício de legalidade, o que simplesmente ensejaria a sua anulação. Seria desproporcional, no entanto, a anulação de todo o processo punitivo: apenas seriam desfeitos os atos supervenientes à oportunidade em que a Administração deveria ter permitido ao particular o exercício do direito de defesa e não o fez.

Neste ponto, o Caderno de Logística⁷³ sugere que os autos sejam encaminhados à autoridade competente com vistas ao saneamento do procedimento. Essa medida não é obrigatória, mas é uma forma útil de se evitar eventuais vícios, irregularidades ou nulidades processuais.

Ao fim do procedimento, caberá à própria autoridade competente emitir a decisão, com base na análise dos documentos constantes nos autos, contemplando sempre as razões que a levaram a entender pela inexistência ou presença da violação às regras do contrato, bem como pela rejeição ou aceitação da tese de defesa apresentada. Este documento deve também

⁷⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. *op. cit.*

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2021, p. 308.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 231.

⁷³ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. *op. cit.*

delimitar a infração cometida e determinar claramente a sanção aplicada. O Caderno de Logística⁷⁴ instrui que este é o momento, também, de decidir pela rescisão contratual, se for o caso. Ademais, vale mencionar que a peça de decisão normalmente contempla os fatos, os fundamentos jurídico-administrativos e o dispositivo.

Quanto à penalização em si, Di Pietro ensina⁷⁵ que deve ser considerado o disposto no artigo 22, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O parágrafo primeiro instrui que, em decisões tais como a discutida, devem ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. De acordo com o § 2º, devem ser consideradas na aplicação de sanções a natureza e a gravidade da infração, os danos causados à administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. E conforme o § 3º, as sanções aplicadas a um agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Essas normas dão instruções gerais para a dosimetria da pena, que não foi contemplada diretamente pela Lei 8.666/93. Di Pietro destaca⁷⁶, especialmente, a intenção do legislador de impedir o *bis in idem* (§ 3º, artigo 22, LINDB), tendo em vista que um fato pode vir a ser objeto de sanção conforme diversas leis: a lei de licitações, a lei de improbidade administrativa, a lei anticorrupção, entre outras. Em casos como este, a sanção aplicada em uma das esferas deve ser levada em consideração nas demais esferas, para evitar a punição em duplicidade pelo mesmo fato.

Quanto à possibilidade de recorrer da decisão, o art. 109, I, f, e § 4º da Lei 8.666/93 prevê que da aplicação das penas de advertência, multa e suspensão temporária cabe recurso no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato. O recurso é dirigido à autoridade que aplicou a penalidade, a qual pode reconsiderar sua decisão em até 5 dias úteis. Caso não o faça, deve fazer subir o recurso à autoridade competente, que deverá decidir também no prazo de 5 dias úteis. O recurso pode ter efeito suspensivo, caso a autoridade assim o determine (art.

⁷⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. op. cit.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 34 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2021, p. 310.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 310.

109, § 2º). Já no caso de declaração de inidoneidade, a Lei 8.666/93 prevê que cabe pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a sanção, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato (art. 109, III).

Foi apresentado, portanto, o processo administrativo de apuração da responsabilidade do contratado por inexecução contratual e aplicação de penalidades. Entendeu-se por absolutamente necessária a compreensão do procedimento administrativo em tela nos moldes da Lei 8.666/93, porquanto este é o sistema que vigeu por 28 anos e ainda hoje é aplicado na considerável maioria dos contratos administrativos.

3 A APLICAÇÃO DE PENALIDADES A CONTRATADOS NO ÂMBITO DO SISTEMA A SER IMPLEMENTADO POR OCASIÃO DA LEI 14.133 DE 2021

Será abordada a partir de agora a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. De início, será brevemente apresentada a lei em si. Logo em seguida, já no tema do sistema de aplicação de penalidades a contratados da Administração, serão estudadas e comentadas as condutas sancionáveis, as sanções aplicáveis e seu cabimento, o procedimento para sua aplicação, bem como as demais disposições relacionadas às irregularidades. Ressalta-se a importância de tomar como base para o entendimento do conteúdo deste capítulo as disposições gerais anteriormente estudadas.

3.1 VISÃO GERAL DA NOVA LEI

É interessante apresentar, a princípio, uma breve contextualização prévia à discussão específica acerca de penalidades no âmbito de contratos administrativos.

A Lei 8.666/93 recebeu propostas de alteração muito cedo em sua vigência, tanto é que em 1995 já tramitava no Congresso o Projeto de Lei 1.292. Irene Patrícia Diom Nohara relata⁷⁷ que houve mais de 200 projetos que buscaram alterar aquela lei, durante o trâmite do projeto que deu origem à nova lei. Essa autora destaca, ainda, que o maior impulso para a alteração hoje efetivada foi o PLS 559, de 2013, em que houve a estruturação de comissão no Senado Federal para modernização e compilação de vários diplomas de licitações em uma só lei.

O PLS 559 foi então aprovado no final de 2016, e chegou à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 6.814/2017, tendo sido apensado ao antigo PL 1.292/95. Novo conteúdo foi aprovado pela Câmara em 2019, e retornou ao Senado como PL 4.253, tendo sido aprovado em dezembro de 2020 e enviado à sanção presidencial em março de 2021. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, foi assinada e publicada em 1º de abril de 2021.

A nova lei prevê a revogação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), da Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002) e da própria Lei 8.666/93. Pretende, portanto, unir em si a disciplina dos atos e fatos sujeitos a esses três atos normativos. Assim, Irene Nohara⁷⁸ observa que a nova lei mantém muito do que havia nos diplomas que congrega, acoplando a experiência jurisprudencial advinda de décadas de aplicação da Lei 8.666/93, bem como as previsões pertinentes aos outros regimes de licitação, objetos das outras leis. A proposta, portanto, não alteraria profundamente o regime.

Além disso, ocorreu aumento expressivo do número de artigos em relação à Lei nº 8.666/93: de 126 artigos para 194, sendo um diploma mais maximalista, o que a essa altura já foi criticado pelos estudiosos. Rafael Carvalho Rezende, por exemplo, lamenta o que considera um texto excessivamente detalhado e formalista, com pouca flexibilidade para adaptações necessárias ao caso concreto, o que incrementa os custos de transação nas contratações públicas e estabelece a chamada “Administração Pública do medo”, marcada

⁷⁷ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁷⁸ NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

pela confusão entre o erro administrativo e o ato ímprobo, tolhendo o administrador público em suas possibilidades⁷⁹.

Finalmente, vale mencionar que, segundo a autora Irene Nohara⁸⁰, o projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos contou com a participação massiva de representantes de diversas entidades, órgãos de controle, de procuradorias, de empresários, engenheiros, seguradoras, da comunidade acadêmica de todo o Brasil, entre outros; o que é digno de elogios, e deve significar uma norma mais democrática e adequada à realidade do Brasil, apesar das críticas.

Nesse sentido, algumas alterações destaque trazidas pela nova lei são as seguintes: inversão de fases como regra das licitações; o pregão é expandido para uso em serviços comuns de engenharia; adoção facultativa e justificada de sistema de orçamento sigiloso; obrigatoriedade de implantação de programa de integridade para as contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (superam 200 milhões de reais); criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); atualização dos valores de contratação direta; alteração no regime jurídico e valor da garantia; procedimentos auxiliares como o credenciamento, a pré-qualificação, o sistema do registro de preços e o registro cadastral; supressão das modalidades de licitação tomada de preços e convite e inclusão da modalidade diálogo competitivo.⁸¹

É importante, por fim, discutir as regras de transição entre os sistemas, estabelecidas nos arts. 190 a 193 da nova lei.

Esclarece-se que os contratos assinados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 continuarão a ser regidos pela lei vigente quando de sua assinatura. Além disso, por 2 anos contados da publicação da nova lei, a Administração poderá optar por licitar ou contratar de acordo com o novo regime ou com o regime antigo, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação, sendo

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 15.

⁸⁰ NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁸¹ NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

vedado combinar a aplicação da nova lei com as que esta revoga. No caso de escolha do regime antigo, o contrato será por aquele regido durante toda a sua vigência.

A nova lei declara também que os contratos sobre imóveis do patrimônio da União, de suas autarquias e fundações permanecerão regidos pela legislação pertinente, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 14.133/2021. Ao fim, declara a revogação da Lei nº 14.133/2021, da Lei do Pregão e dos arts. 1º a 47-A da Lei do RDC, após dois anos de sua própria vigência.

3.2 AS CONDUTAS SANCIONÁVEIS

Inicia-se, pois, o estudo da aplicação de penalidades em contratos administrativos conforme as previsões da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A nova lei cuida desse tema em seu Título IV, Capítulo I, dedicando-lhe um total de 9 artigos: do 155 ao 163.

Ressalta-se que se aplicam a este sistema legal os assuntos gerais já estudados no presente trabalho, inclusive o tópico 2.1, que objetiva apresentar uma visão generalista do inadimplemento contratual e das sanções aos contratados. Assim, tendo por base o caminho até aqui percorrido, sigamos.

De pronto, chama a atenção o conteúdo do art. 155: é apresentada uma lista de infrações pelas quais pode ser responsabilizado administrativamente o licitante ou contratado. Nesse sentido, o professor Rafael Carvalho Rezende⁸² observa que a nova Lei de Licitações apresenta rol detalhado das infrações administrativas que podem acarretar a imputação de responsabilidade aos personagens supracitados, ao contrário da Lei 8.666/93, a qual apenas dizia que a inexecução total ou parcial do contrato poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas.

⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 372.

Observa-se, portanto, que o posicionamento do legislador ao prever expressamente as condutas é plenamente justificável segundo os princípios da segurança jurídica e legalidade. Na mesma direção, Marçal Justen Filho argumenta que seria inconstitucional uma previsão legal que remetesse ao administrador público a competência discricionária para determinar o conteúdo da ilicitude em si, embora essa possa eventualmente ser definida por cláusulas gerais que retratem a natureza do que o sujeito deve fazer e está proibido de fazer. Entretanto, prossegue, essa margem de autonomia não pode abranger inclusive a própria qualificação de determinada conduta como lícita ou ilícita, segundo a vontade do agente público.⁸³ O administrador público, portanto, não possui discricionariedade na definição de uma determinada conduta como irregular ou não, especialmente em face do conteúdo do artigo 155, em tela.

Sendo assim, este tópico será dedicado ao estudo do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, o qual prevê uma série de condutas infracionais, organizadas em ordem crescente de gravidade.

A primeira infração prevista (incisos I, II e III) é dar causa à inexecução total ou parcial do contrato. Por óbvio, esses incisos somente se aplicam quando já existe um contrato administrativo a executar. Observa-se uma gradação entre os três incisos: o primeiro menciona apenas a inexecução parcial; o segundo menciona a inexecução parcial somada à ocorrência de graves dificuldades, danos ou restrições à Administração contratante, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; e o terceiro menciona a inexecução total.

Quanto à distinção entre inexecução parcial e total, Marçal Justen Filho ensina que na inexecução total há uma situação insuscetível de reparo por parte do contratado. Assim, o objeto daquele contrato resta perdido, nada havendo que o contratado possa fazer para executá-lo de forma útil. Enquanto isso, a inexecução parcial indica a ocorrência de defeito que, ou comporta saneamento mediante atuação complementar, ou versa sobre aspectos secundários da obrigação contratual.⁸⁴ Quanto à situação intermediária prevista no inciso II, o

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

mesmo autor explica que, no caso, a prestação ainda comporta execução posterior em favor da Administração, ou ao menos admite correções e reparos, conquanto apresente relevância negativa, por gerar danos significativos.

Ressalte-se que existem outros dispositivos os quais prevêm condutas que também poderiam ser descritas como “dar causa à inexecução contratual”, porém são específicas, e a elas não se aplicam esses incisos. A diversificação nas previsões se justifica por evitar o tratamento idêntico a toda e qualquer falha na execução do contrato, o que seria injusto e poderia gerar resultados desastrosos para o particular.

A próxima infração prevista no artigo 155 é a ausência de apresentação de documentação exigida, conforme o inciso IV. Consiste em deixar de entregar documento essencial, exigido no edital. Essa infração somente pode ocorrer durante a licitação, não sendo portanto parte do objeto do presente trabalho.

A seguir, o inciso V prevê a conduta irregular consistente em não manter a proposta. No caso, o licitante age de forma incompatível com a futura contratação, mas em momento anterior àquele previsto para a formalização do vínculo jurídico contratual. Novamente, não é parte do escopo desta análise.

Em seguida, registra-se a existência da infração de recusar-se a formalizar o contrato ou deixar de apresentar a documentação necessária, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta (inciso VI). Ocorreria entre a licitação e a formalização do contrato, após a adjudicação do objeto. Também não faz parte do objeto deste trabalho, portanto.

Estudar-se-á agora a infração de ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado (inciso VII). A redação do dispositivo é dúbia, e de início não é possível determinar se a infração ocorreria no âmbito da licitação ou do contrato. A dúvida reside em não haver certeza quanto ao significado do termo “objeto da licitação”. A princípio, julga-se que o objeto da licitação é a própria assinatura do contrato ou a execução de uma prestação em prol da Administração. Marçal Justen Filho entende, não obstante, que a conduta de “entrega” somente tem sentido quando associada à execução do

próprio contrato. Define, então, que a lei diz “objeto da licitação” para indicar a conduta jurídica ou material que se busca obter por meio da licitação.⁸⁵

A partir desse ponto, torna-se relevante identificar a conduta reprovada por este inciso. Marçal Justen Filho aponta que se trata da prática de condutas omissivas ou comissivas que atrasam as atividades necessárias à produção do objeto do contrato (execução) ou à transferência de sua titularidade para a Administração (entrega). Dessa forma, conclui que somente ocorreria a infração quando o retardamento decorresse da conduta do próprio particular ou resultasse de um risco por ele assumido (o elemento subjetivo seria o dolo, portanto).⁸⁶

A infração seguinte é a apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato (inciso VIII). São compreendidas neste inciso a falsidade material e ideológica, que não são iguais. Segundo Victor Eduardo R. Gonçalves, na falsidade ideológica o documento é autêntico em seus requisitos extrínsecos, e foi emitido, de fato, pela pessoa que consta como seu autor, mas o conteúdo é falso. Já a falsidade material consiste em criar um documento total ou parcialmente falso, ou alterar o teor de documento verdadeiro.⁸⁷

Ademais, o inciso menciona a apresentação de declaração falsa (durante a licitação ou contrato) ou documentação falsa (somente durante a licitação). Nesse sentido, Marçal Justen Filho entende que qualquer documento falso apresentado pelo licitante, tenha ou não sido por este produzido, configura a falsidade. Enquanto isso, a prestação de declaração falsa consiste em conduta própria do sujeito.⁸⁸

A seguir, no inciso IX, tem-se a infração de fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato. Será comentada somente a prática de ato fraudulento na execução do contrato, que se enquadra no objeto deste trabalho. Nessa senda, Justen Filho ensina⁸⁹ que a fraude consiste na prática maliciosa destinada a ocultar um inadimplemento do

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁸⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídicas v 10 - Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*, 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 130.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

contratado ou a fazer com que a execução do contrato faça-se de modo menos oneroso para si. A fraude não se confunde, portanto, com o inadimplemento em si: é necessário que haja uma vontade específica de confundir ou enganar o administrador público. Desse modo, o elemento subjetivo cabível é somente o dolo.

Abordar-se-ão agora as condutas previstas no inciso X: comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza. A primeira está intimamente ligada à já conhecida sanção de declaração de inidoneidade, então subentende-se que envolve uma infração grave o suficiente para levar a crer que o particular não merece a confiança da Administração para qualquer contratação. A conduta do particular, neste caso, foi de fato extremamente reprovável.

Quanto à segunda sanção, o cometimento de fraude de qualquer natureza, Marçal Justen Filho⁹⁰ entende que foi criada para apanhar condutas graves que não se enquadrem em outros incisos do art. 155, incluídos o VIII e IX. A infração incluiria condutas que, conquanto não diretamente envolvidas na atuação do sujeito na licitação ou na execução do contrato, gerariam efeitos no seu relacionamento com a Administração.

A conduta prevista no inciso XI, praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação, somente pode ocorrer no âmbito da licitação, antes da assinatura do contrato, logo, não integra o objeto deste trabalho.

O último inciso, XII, prevê a infração de praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. A lei em questão é a Lei Anticorrupção, e o dispositivo citado disciplina os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira. Marçal Justen Filho⁹¹ apresenta o pertinente questionamento acerca da vedação ao *bis in idem*. Ainda está por definir o eventual cabimento de multiplicidade de sancionamento nesta hipótese. Em princípio, o autor afirma que se pode aceitar que existirá concurso material ou formal quanto às infrações previstas nas duas leis.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

Finaliza-se, portanto, o estudo do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, o qual prevê as condutas infracionais aplicáveis. A seguir, passar-se-á à análise do cabimento das sanções a essas condutas.

3.3 AS SANÇÕES APLICÁVEIS E SEU CABIMENTO

Serão estudadas agora as sanções aplicáveis aos contratados da Administração no âmbito dos contratos administrativos celebrados sob a égide da Lei nº 14.133/2021 e seu cabimento conforme as infrações. O assunto está expresso no art. 156 do referido diploma legal.

É interessante ressaltar os pontos de inovação da nova lei acerca do tema: com exceção da multa, a nova lei correlacionou as sanções e as infrações administrativas enumeradas no artigo 155 ⁹²; foi eliminada a controvérsia existente quanto ao âmbito de aplicação da suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade; foram estabelecidos critérios expressos para a dosimetria. Percebe-se que as alterações indicam forte tendência à positivação do princípio da proporcionalidade, o que sem dúvidas traz segurança jurídica aos particulares que se relacionam com a Administração. Todas essas mudanças serão abordadas em mais profundidade nos próximos tópicos desta análise.

Neste momento, serão estudadas as sanções aplicáveis e seu cabimento. Tenha-se em mente, desde já, que o legislador buscou aplicar as sanções mais graves às faltas mais graves, e as sanções mais leves às faltas mais leves.⁹³

Cumprido dizer que as sanções previstas no artigo 156 da nova lei continuam sendo as mesmas anteriormente postas no artigo 87 da Lei 8.666/93, em análise superficial. Conforme

⁹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 373.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ensina Marçal Justen Filho⁹⁴, são previstas as quatro sanções já conhecidas: duas que geram efeitos internos ao contrato (advertência e a multa) e duas que geram efeitos externos ao contrato (impedimento de licitar e contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública).

Vale a pena, mesmo assim, estudá-las uma a uma, pois os parágrafos do artigo 156 trazem disposições específicas quanto à sua natureza e aplicação.

O artigo 156, inciso I da Lei nº 14.133/2021, prevê ao responsável por infrações administrativas em contratos administrativos a aplicação da penalidade de advertência. O objeto desta sanção é, nos termos do § 2º do mesmo artigo, punir exclusivamente a inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. Note-se que a advertência, nos termos dos dispositivos citados, simplesmente não pode ser aplicada a nenhuma outra conduta prevista no artigo 155, que foi vista anteriormente, mas tão somente à inexecução parcial sem a ocorrência de dano grave à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo.

Segundo Marçal Justen Filho⁹⁵, a referida sanção tem como efeitos esperados a intensificação da fiscalização da Administração e o sobreaviso do contratado da possibilidade de sancionamento mais severo, em caso de reincidência.

A seguir, o inciso II do artigo 156 da Lei nº 14.133/2021 prevê a aplicação da sanção de multa. Trata-se de penalidade pecuniária cujo propósito principal não é, nos termos dos conceitos de responsabilização civil e administrativa já estudados, compensar as perdas e danos acarretadas pela conduta ilícita, mas sim punir condutas ilícitas e desincentivar a sua prática⁹⁶.

Esta penalidade, ao contrário da anterior, pode ser aplicada ao responsável pela prática de qualquer infração arrolada no artigo 155, inclusive cumulativamente. Em verdade, destaca-se que a multa continua sendo a única sanção passível de aplicação conjunta com as

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

demais sanções previstas neste artigo. Além disso, deve ter seu valor calculado na forma do edital ou do contrato.⁹⁷

Quanto à forma de cobrança da multa, previsão necessária para garantia de sua aplicabilidade e utilidade, o entendimento que se extrai do art. 156, § 8.º, da nova lei é de que, a princípio, a multa aplicada e as indenizações cabíveis devem ser subtraídas do valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado. Caso esse valor se mostre insuficiente, a diferença deve ser descontada da garantia prestada. Se mesmo assim os débitos ainda não foram satisfeitos, devem ser cobrados judicialmente do contratado.

Ressalta-se que o artigo 156, § 3º, da nova lei estabelece limite mínimo e máximo para a aplicação da penalidade em tela, a ser calculado em função do valor do contrato: a multa não poderá ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

Abre-se um parêntese para mencionar, por último, o conteúdo do artigo 162 da nova lei, o qual prevê que o atraso injustificado na execução do contrato ensejará a aplicação de multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato, a qual não impede que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato, com a aplicação cumulada da multa com outras sanções. Sobre esta previsão, Marçal Justen Filho⁹⁸ ensina que normalmente o instrumento contratual estabelece um prazo de tolerância cujo esgotamento ensejaria a multa moratória em tela (progressiva ou cumulativa). Todavia, não ocorre a rescisão se o particular sana o defeito dentro de um certo termo, sendo cabível apenas a multa. Se ocorre, entretanto, a rescisão contratual, a multa moratória originalmente imposta por ser convertida em compensatória.

A próxima sanção prevista no artigo 156 da Lei nº 14.133/2021 é o impedimento de licitar e contratar (inciso III). A sanção consiste, nos termos de seu título autoexplicativo, em impedir o particular de participar de processos licitatórios e de formalizar contratos com a Administração. Conforme o § 4º do mesmo artigo, a sanção pode ser aplicada por um prazo máximo de 3 anos.

⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 367.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

O mesmo parágrafo determina, ainda, a quais condutas pode ser aplicada a sanção de impedimento de licitar e contratar, que são as previstas nos incisos II a VII do artigo 155 da nova lei, quais sejam: causar a inexecução parcial do contrato com grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; causar a inexecução total do contrato; não entregar a documentação exigida no processo licitatório; não manter a proposta feita durante a licitação, salvo por fato superveniente justificado; não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, se convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; e causar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem justificativa.

Nesse sentido, é necessário comentar os termos das infrações a serem punidas com o impedimento de licitar e contratar, para que haja a compreensão da sua abrangência: desde a não entrega de documentação exigida durante o processo licitatório até causar o retardamento da execução do contrato sem justificativa. Daí se extrai que o legislador pretende a sua aplicação a casos de diversos graus de gravidade, certamente por prazos diferentes, dentro da discricionariedade do administrador.

Destaca-se a definição expressa da esfera de aplicação dessa sanção, de acordo com o § 4º do artigo 156: produz efeitos no âmbito da Administração Pública direta e indireta (autarquias e fundações) somente do ente federativo que a aplicou.

A última sanção, prevista no artigo 156, inciso IV da Lei nº 14.133/2021, é a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Tal penalização, como já apontado em outra oportunidade, consiste na constatação pública de que o particular contratado, em si, não é digno da confiança da Administração Pública, no que diz respeito à formalização de avenças.

Esta sanção, segundo o artigo 156, § 5º da nova lei, será aplicada ao responsável pelas infrações previstas nos incisos II a VII do artigo 155, já explicitados, nos casos em que não é suficiente a aplicação da penalidade de impedimento para contratar e licitar; e também nos casos previstos nos incisos VIII a XII do mesmo artigo, a seguir listados: apresentação de declaração ou documentação falsa durante o processo licitatório ou prestar declaração falsa nesse período ou durante a execução do contrato; praticar fraude à licitação ou ato fraudulento

na execução do contrato; comportar-se de forma inidônea ou cometer fraude de qualquer natureza; praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção, o qual define uma série de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A observação que se faz acerca dessas infrações é sobre sua clara gravidade: o legislador conhece o peso da penalidade em tela, e a reservou para condutas especialmente reprováveis.

A competência para a aplicação da sanção em comento é definida expressamente no §6º do artigo 156: quando aplicada na esfera do Poder Executivo, na Administração Direta, será de competência exclusiva das autoridades imediatamente inferiores ao Chefe do Executivo, e quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima daquela entidade. Já quando for aplicada pelos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública no desempenho da função atípica administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades imediatamente inferiores ao Chefe do Executivo, conforme seus regulamentos. Além disso, o mesmo parágrafo prevê expressamente que a aplicação deve ser precedida de análise jurídica, que usualmente é da competência das Assessorias Jurídico-Legislativas dos órgãos e entidades, conforme respectivos regimentos.

Uma dúvida muito suscitada no âmbito da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é seu efeito sobre outros contratos vigentes do mesmo particular com a Administração. Sobre este ponto, Marçal Justen Filho⁹⁹ compreende que as contratações em curso devem ser preservadas, ressalvadas as hipóteses em que o sancionamento decorre de condutas que evidenciam a incapacidade do particular de executar satisfatoriamente o objeto das demais contratações.

Por fim, acentua-se a alçada de aplicação da sanção ora discutida, definida expressamente no § 5º do artigo 156: a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar tem efeitos no âmbito da Administração Pública direta e indireta (autarquias e fundações) de

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

todos os entes federativos. Outrossim, a sanção tem prazo mínimo de aplicação equivalente a 3 anos, e máximo de 6 anos.

Finalizado o estudo das sanções administrativas previstas no artigo 156 da nova lei, é pertinente tecer algumas considerações.

Acerca das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, Marçal Justen Filho¹⁰⁰ questiona e logo responde: qual seria o propósito das duas sanções que impedem o relacionamento da empresa com a Administração? Existe a presunção de que ao se punir a pessoa jurídica, será atingido o titular do seu poder de controle, supostamente responsável pelas ilicitudes. Entretanto, argumenta que as grandes empresas são instrumentos de realização de interesses deveras mais amplos do que simplesmente aqueles titularizados por seu acionista controlador, e que a restrição ao mercado público pode acarretar a necessidade de demissão de empregados, a redução do pagamento de tributos, a cessação de atividades socialmente relevantes, além de reduzir o próprio universo de participantes de processos licitatórios.

Seria, segundo esse entendimento, ferido o princípio do personalismo da sanção, previsto constitucionalmente no art. 5º, XLV, o qual prevê que a penalidade não pode passar da pessoa do agente, porquanto as punições em tela afetariam os interesses de terceiros não envolvidos na prática dos ilícitos, produzindo, também, efeitos mais nocivos do que os estritamente necessários para atingir o resultado punitivo pretendido. O autor apresenta, como alternativa, a exigência de que a empresa adote todas as providências para eliminar desvios em suas práticas futuras, o que é contemplado, de certa forma, na nova lei, pelas diversas menções à implantação de programas de integridade, que serão comentados mais à frente.

Na conclusão das considerações acerca das sanções, esclarece-se que, em que pese posicionamento contrário de Marçal Justen Filho¹⁰¹, a nova lei não trouxe entre as sanções previstas no artigo 156 ou sequer estabeleceu em qualquer outro dispositivo que a extinção unilateral do contrato prevista no artigo 138, inciso I, é uma espécie de sanção. Dessarte, por estrita observância ao princípio da legalidade, permanece válido o entendimento da

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

Administração Pública Federal no Caderno de Logística¹⁰², mesmo porque a nova lei não inovou neste ponto, sendo a extinção não mais do que uma ruptura dos efeitos decorrentes da relação contratual entre a administração pública e a contratada, que se tornou insustentável diante de uma situação específica, não possuindo natureza sancionatória. Também por esta razão, a extinção unilateral não será objeto do presente estudo.

Será comentado agora o § 1º do artigo 156 da Lei nº 14.133/2021, que traz regras genéricas para a dosimetria das sanções. Colaciona-se, assim, parte de Acórdão do egrégio Tribunal de Contas da União, de 2018, que traz o seguinte entendimento:

Como é cediço, as sanções no Direito Administrativo estão sujeitas a uma tipicidade mais aberta, tanto com relação à descrição das condutas consideradas como ilícitas como, principalmente, no que se refere ao quantum das penas. Não existe norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser considerados para a fixação da pena.¹⁰³
(Acórdão 1.214/2018, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, TCU)''

Verifica-se que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, buscou alterar o cenário exposto pelo referido Acórdão: em verdade, foram descritas as condutas infracionais no artigo 155, e foi incluído o § 1º no artigo 156, que prevê expressamente os quesitos a serem considerados pela Administração Pública quando da aplicação das sanções.

Marçal Justen Filho¹⁰⁴ afirma, nesse contexto, que é dever do aplicador dimensionar e adequar a extensão e a intensidade da sanção à gravidade da infração cometida pelo particular. A Administração não poderia, portanto, em respeito ao já muito citado princípio da

¹⁰² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno-de-logistica-de-sancoa-2.pdf>>. Acesso em: 05/09/2021.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 1.214/2018, Plenário. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, 30/05/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOA%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 05/09/2021.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

proporcionalidade, impor sanções excessivamente graves. As previsões do dispositivo legal em tela terão utilidade, assim, para direcionar a cognição daquele responsável pela dosimetria das penalidades, representando importante avanço legislativo no poder sancionador do Estado, com a fixação de balizas que buscam garantir mais segurança jurídica e proteção aos direitos fundamentais dos contratados¹⁰⁵.

Mencionam-se, portanto, os critérios a serem considerados na aplicação de sanções a particulares em contratos administrativos, conforme definidos pelo § 1º, artigo 156 da nova lei: a natureza e a gravidade da infração; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos produzidos para a Administração Pública; a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade.

Acerca do critério das circunstâncias agravantes ou atenuantes, Justen Filho¹⁰⁶ entende que foram deixadas à discricionariedade do administrador, e sugere a consulta aos institutos do Direito Penal (arts. 61 e 62 do Código Penal para agravantes, arts. 65 e 66 para atenuantes). Já quanto ao critério da implantação de programa de integridade, o mesmo autor observa íntima relação com uma tendência a vincular a duração das punições a práticas do infrator voltadas à redução do risco de novas infrações, verificada especialmente no direito comparado.

Foram estudadas neste tópico as sanções administrativas aplicáveis em casos de infração, pelos particulares contratados, das regras relacionadas a contratos administrativos celebrados em conformidade com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021; seu cabimento e instruções gerais para dosimetria, nos termos, principalmente, do artigo 156 do referido diploma legal. A seguir, terá lugar o estudo do procedimento para aplicação dessas sanções.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 372.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

3.4 O PROCEDIMENTO

No presente tópico será estudado o procedimento para apuração da responsabilidade dos contratados em infrações no âmbito dos contratos administrativos, com vistas à aplicação das penalidades previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/2021, nos termos nela previstos.

Antes de prosseguir, é importante esclarecer que se aplicam a este procedimento as considerações gerais tecidas nos primeiros parágrafos do tópico acerca do procedimento no âmbito da Lei 8666/93, especialmente quanto aos princípios aplicáveis (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência); quanto à obrigatoriedade da instauração do procedimento, em contrapartida da não obrigatoriedade de aplicação de sanção uma vez finalizado o processo, tendo em vista as possíveis conclusões da análise; quanto à aplicação subsidiária, no âmbito dos órgãos federais, das regras constantes da Lei 9.784/1999; e quanto à aplicação dos princípios fundamentais do Direito Processual Penal, em razão da natureza restritiva de direitos do procedimento em tela.

Nessa senda, destaca-se que o poder sancionador é um poder-dever da Administração, decorrente do princípio implícito amplamente aceito da Supremacia do Interesse Público, conforme já estudado. Não obstante, em sua aplicação deve ser especialmente observado o princípio do Devido Processo Legal, que é proeminente por ocasião da processualização do Direito Administrativo¹⁰⁷.

Devem ser consideradas, portanto, uma série de formalidades com vistas à proteção dos direitos individuais, como o contraditório e ampla defesa, a publicidade e o direito de recorrer. Ademais, a necessidade de observância à ampla defesa e o contraditório na aplicação

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2021, p. 59.

das referidas sanções decorre do art. 5.º da Constituição Federal¹⁰⁸, embora não conste da redação do art. 156 da nova lei, estudado anteriormente.

Tais formalidades são garantidas, em regra, no contexto do processo administrativo sancionador, dentro do qual prevalece a busca da verdade real, consistente na orientação da atividade persecutória a revelar a verdade dos fatos.¹⁰⁹

Sem mais tardar, a presente análise seguirá com o estudo do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021, que detalha a forma de processamento das infrações administrativas capazes de gerar as penalidades de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. A princípio, verifica-se a exigência de instauração de processo de responsabilização que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para apresentar defesa.

O processo previsto no referido do artigo, que pode ser realizado de forma eletrônica, deve ser instaurado por ato da autoridade competente, com base na existência de indícios suficientes quanto à existência do ilícito e de sua autoria.¹¹⁰ É constituída, então, uma comissão processante que será responsável por conduzir os trabalhos.

A nova lei exige (§ 1º, artigo 158) que a referida comissão seja composta de dois ou mais servidores estáveis ou, caso o quadro funcional do órgão não seja formado por servidores estatutários, como acontece ainda em muitas municipalidades, empregados públicos integrantes do quadro permanente, preferencialmente a ao menos três anos.¹¹¹

A comissão processante deve, então, convocar formalmente o licitante ou o contratado para apresentar defesa por escrito em até 15 dias úteis, bem como para indicar as provas que pretende produzir. Feito isso, a comissão decide sobre a produção das provas, avaliando sua pertinência e conteúdo. O § 3º do artigo 158 prevê que a devem ser indeferidas

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/09/2021.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹¹¹ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

por decisão fundamentada provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Sobre esse tópico, Marçal Justen Filho¹¹² aponta que a simples demora na produção de uma determinada prova não a torna protelatória. Essa qualificação somente é cabível quando resta evidente que a intenção da parte é impedir a conclusão do processo. Se a prova solicitada é relevante e essencial para a defesa do particular, é vedada a denegação de sua produção por possível demora. Além disso, na visão do mesmo autor, quando se trata de prova de fato negativo, a própria Administração deve comprovar que a infração se consumou, porquanto não é válido presumir como verdadeira a imputação de irregularidade. A presunção de legitimidade de ato administrativo não se aplicaria, dessa forma, no contexto de um processo administrativo que versasse sobre a responsabilização de particular por uma ilicitude.

A seguir, note-se que após o deferimento de pedido de produção de novas provas ou a juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o particular pode apresentar alegações finais, também no prazo de 15 dias úteis (§ 2º do artigo 158).

Encerrada, portanto, a instrução, deve ser ouvida a assessoria jurídica do órgão, e só então a comissão deverá proferir a decisão, que deve ser fundamentada nos termos do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.¹¹³

Findada a análise do procedimento formal previsto no artigo 158 da nova lei, que se aplica às situações em que são cabíveis as penalidades de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, passa-se a comentar o que poderia ser considerada uma lacuna na nova lei: o procedimento aplicável quando são cabíveis as penalidades de advertência e multa.

Quanto à aplicação da sanção de multa, o art. 157 da nova lei somente estabelece que será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis. Da diferenciação entre as previsões do artigo 158, já estudado, e esta do artigo 157, nota-se que houve a tentativa de

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

criação de um procedimento simplificado para a aplicação da sanção de multa, em contraste com a criação de um procedimento mais complexo para as duas sanções mais graves. Como se nota, nada foi dito sobre a advertência.

No entender de Marçal Justen Filho¹¹⁴, o que aconteceu, de fato, foi que a Lei 14.133/2021 julgou dispensável observar a garantia do devido processo legal em todas as hipóteses de sancionamento ao particular. O autor argumenta que a Constituição Federal exige a observância do devido processo legal sempre que a Administração exerça seu poder sancionador, e que todos os sujeitos têm direito a um processo garantido pelo contraditório, pela ampla defesa e pela imparcialidade de julgamento e conclui pela aplicação das garantias previstas no artigo 158 também nas hipóteses em que forem cominadas sanções de advertência e de multa às infrações imputadas ao particular.

Em que pese a intenção acertada do referido autor ao pretender proteger o particular, estendendo-lhe as garantias previstas para situações puníveis com umas infrações a situações puníveis com outras infrações, entende-se que deve ser respeitado o princípio da estrita legalidade administrativa na forma da vontade expressa pelo legislador, que não pretendeu a aplicação dos mesmos procedimentos a todas as penalidades, mas ao contrário, separou-as em dois artigos diferentes. A instauração de comissão processante, por exemplo, seria medida desproporcional à aplicação da penalidade de advertência, além de gerar custos desnecessários ao Estado. Seria cabível, então, a instauração de procedimento administrativo simplificado para a apuração dessas penalidades, para os quais bastaria a observância de todos os princípios aplicáveis ao processo administrativo sancionador, incluídos o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, entre outros. Com relação à multa, é necessária ainda a observância dos termos do artigo 157, já citado.

Passa-se agora a comentar o conteúdo do § 4º do artigo 158 da nova lei. Segundo esse dispositivo, a prescrição ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração. A lei pretende, portanto, disciplinar o fim da pretensão punitiva da Administração contra as irregularidades praticadas pelos contratados. O parágrafo determina também as hipóteses de interrupção (somente uma: a instauração do processo de

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

responsabilização) e suspensão (a celebração de acordo de leniência ou por decisão judicial que inviabiliza a conclusão da apuração administrativa) desse prazo.

Note-se, todavia, que o citado parágrafo apenas se refere às sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, indicadas no caput do dispositivo, sem alcançar, a princípio, as demais sanções. Ainda sim, Rafael Carvalho Rezende¹¹⁵ considera que o mesmo prazo deverá ser observado para aplicação da advertência e da multa, entendimento que é bastante razoável.

Na iminência do fim deste tópico, devem ser feitos ainda três apontamentos, como se segue.

O primeiro é quanto à competência do TCU para aplicar as sanções até aqui estudadas. Marçal Justen Filho¹¹⁶ menciona que um único fato ilícito não poderia ser subordinado a competências punitivas idênticas, reservadas a autoridades diversas, pois essa situação violaria as garantias do devido processo legal ao gerar a irrelevância de decisão proferida num processo regularmente desenvolvido. Todavia, esse pensamento não é aplicado com frequência: segundo o artigo 46 da Lei 8.443/1992, o Tribunal de Contas é sim investido de competência para, por exemplo, declarar inidoneidade em caso de fraude comprovada à licitação.

O segundo é relacionado ao artigo 159 da nova lei, e também de certa forma relacionado aos ideais expostos no parágrafo acima: como bem destaca Irene Nohara¹¹⁷, os atos previstos como infrações administrativas na Lei 14.133/2021 ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, a Lei Anticorrupção, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos nesta Lei.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 376.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹¹⁷ NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

Por fim, a análise é finalizada com o terceiro apontamento, baseado em pertinente ensinamento de Marçal Justen Filho¹¹⁸: em observância ao princípio do Devido Processo Legal, não se admite que o processo seja organizado e conduzido somente “para inglês ver” (em termos originados com a Lei Feijó, de novembro de 1831, sobre as condições impostas pela Inglaterra quanto à abolição da escravatura, que o Brasil de fato não pretendia cumprir). Ao contrário, se o administrador público demonstra, antes da instauração do processo, que já formou seu convencimento acerca do caso e já tomou a decisão que deve ser proferida ao final, este será considerado suspeito e o procedimento deverá ser conduzido por agentes públicos efetivamente imparciais.¹¹⁹

3.5 DISPOSIÇÕES ADICIONAIS E DESTAQUES

Neste ponto do trabalho, resta mencionar e comentar os demais dispositivos do Título IV, Capítulo I da Lei 14.133/2021, que reúne as disposições acerca das infrações administrativas em licitações e contratos administrativos, bem como olhar com mais atenção para alguns conceitos anteriormente citados.

A princípio, comentar-se-á o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 160 da nova lei. Segundo esse dispositivo, a personalidade jurídica pode ser desconsiderada se for utilizada com abuso do direito (modo) para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na nova lei, ou para provocar confusão patrimonial (finalidades específicas), e, se for este o caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos: (1) aos seus administradores e sócios com poderes de administração, (2) a pessoa jurídica sucessora ou a (3) empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹¹⁹ DAGOSTIN, Anelise Ambiel. O DIREITO E A ORIGEM DA EXPRESSÃO “PARA INGLÊS VER”. Medina e Guimarães Advogados, 2020. Disponível em: <<https://medina.adv.br/o-direito-e-a-origem-da-expressao-para-ingles-ver/>>. Acesso em: 05/09/2021.

Note-se que a desconsideração da personalidade jurídica não consiste em simplesmente responsabilizar uma pessoa (física ou jurídica) por eventos praticados por outrem, como ocorreria na fiança¹²⁰. O instituto ora discutido busca identificar a vontade específica da pessoa a ser atingida pela desconsideração no sentido de usar a pessoa jurídica contratada para ludibriar a Administração com vistas à prática das irregularidades previstas na nova lei, ou de provocar confusão entre o seu próprio patrimônio e o daquela. Nesse contexto, tem-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial” (REsp 1.729.554/SP, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 08.05.2018, DJe de 06.06.2018).¹²¹

O egrégio Tribunal ressalta, neste caso, que os requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica são o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, nada significando a simples inexistência de bens da pessoa jurídica a ser desconsiderada.

Aliás, na senda da decisão supracitada, é necessário mencionar o posicionamento cauteloso de Marçal Justen Filho¹²², que vislumbra um resultado extremamente nocivo caso a desconsideração se torne uma providência automática e se a sua utilização for disseminada em termos ilimitados: o autor entende, com base no Código de Processo Civil vigente, que é vedada a efetivação da desconsideração sem intervenção jurisdicional, pois ninguém senão o Estado-Jurisdição disporia de atribuições para afastar os efeitos da personificação. Além

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.729.554/SP. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Brasília, 8 de maio de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703068310&dt_publicacao=06/06/2018> Acesso em 05/09/2021.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

disso, entende que deve existir uma pretensão específica à desconsideração, posta em um pedido formal com fundamentos jurídicos claros.

Segundo esse entendimento, a autoridade administrativa seria investida no poder-dever de provocar o Poder Judiciário com vistas a obter provimento jurisdicional que reconheça a pretensão da desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo-lhe os limites e contornos, nos casos previstos no artigo 160 em análise.

Data vênia ao ilustre professor, esse é um posicionamento de certa forma isolado. Rafael Carvalho Rezende¹²³, Di Pietro¹²⁴ e Irene Nohara¹²⁵, por exemplo, sequer consideram a possibilidade de envolver o Poder Judiciário neste procedimento, porquanto essa medida não foi prevista na nova lei, que, ao contrário, ditou breves princípios procedimentais orientadores da sua efetivação: a observação, em todos os casos, do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade de análise jurídica prévia (artigo 160, nova lei). Somente essas previsões já indicam a verdadeira intenção do legislador: que a própria Administração, no exercício da auto-executoriedade de seus atos, efetive a providência discutida.

Rafael Carvalho Rezende¹²⁶ recorda, ainda, que a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por decisão administrativa no contexto de processo administrativo sancionador já encontrava previsão na Lei Anticorrupção, em seu artigo 14. Com o advento da Lei 14.133/2021, a mesma prerrogativa passa a ser admitida nos processos sancionadores objeto do presente trabalho.

Por último, é válido ressaltar que a desconsideração da pessoa jurídica é, sim, uma providência excepcional, e deve ser reservada para as hipóteses estritamente previstas na nova lei. Assim, somente pode atingir os potenciais beneficiários da irregularidade, e não pode ser estendida a empresas, empregados ou terceiros que nada tem a ver com os eventos fraudulentos.¹²⁷ Ademais, é indispensável a adoção de um procedimento administrativo

¹²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 377.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 34 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2021, p. 311.

¹²⁵ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.* p. 377.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

específico para esse fim, com vistas à garantia do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade de análise jurídica prévia, mencionados no artigo 160, cujo estudo é finalizado neste momento.

Faz-se necessário mencionar, brevemente, o conteúdo do artigo 161 da Lei 14.133/2021. O referido dispositivo trata da obrigação de todos os órgãos e entidades, pertencentes a todos os Poderes, de todos os entes da federação, de informar e manter atualizados os dados relativos às sanções administrativas por eles aplicadas no âmbito de seus contratos administrativos, em até 15 (quinze) dias úteis, contados da data da aplicação da sanção. Para tanto, deve ser utilizado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal.

A previsão em tela, embora tenha a publicidade como sua principal finalidade, nela não se esgota. O parágrafo único do artigo 161 prevê que o Poder Executivo deve regulamentar a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos, para fins de aplicação das sanções previstas no artigo 156. Sendo assim, as sanções previamente aplicadas a uma empresa poderão ser consideradas para fins de reincidência, mesmo que em outros contratos administrativos, com outros órgãos.

A seguir, abordar-se-á o instituto da reabilitação, previsto especialmente no artigo 163 da Lei 14.133/2021. Segundo Marçal Justen Filho¹²⁸, a reabilitação é um ato constitutivo negativo por meio do qual a autoridade que aplicou penalidade de impedimento de licitar e contratar ou de declaração de inidoneidade decreta a extinção de sua eficácia antes do prazo previsto originalmente, em decorrência do preenchimento, pelo sancionado, de determinados requisitos cumulativos.

Os requisitos, nos termos dos incisos do artigo 163, são estes: a reparação integral do dano causado à Administração Pública; o pagamento de eventual multa aplicada; o transcurso mínimo de 1 ano da aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 anos da aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade; o cumprimento das condições

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

de reabilitação definidas no ato punitivo; análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento desses requisitos.

Como observa Rafael Carvalho Rezende¹²⁹, a nova lei estendeu o instituto da reabilitação à sanção de impedimento de licitar e contratar. O mesmo autor considera, ainda, que a nova lei apresenta mais exigências para reabilitação do licitante ou contratado que as anteriormente previstas, ao exigir também a reparação integral dos danos, o pagamento da multa, o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo e a análise jurídica prévia que conclua pelo cumprimento de todos os requisitos.

Observe-se que, para a concessão da reabilitação quando a sanção foi aplicada em razão das infrações de apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou de declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção (artigo 155, VIII e XII), é exigida, como condição adicional de reabilitação, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade (parágrafo único do artigo 163).

Entende-se relevante, ainda, mencionar o Acordo de Leniência, previsto na Lei Anticorrupção, o qual se caracteriza pela negociação com uma pessoa jurídica envolvida em uma prática ilícita para a identificação de outros envolvidos e obtenção de informações acerca da ilicitude, em troca do abrandamento da sua punição. Marçal Filho¹³⁰ identifica que essa espécie de acordo também autoriza a suspensão da eficácia das sanções previstas na legislação de licitações e contratações administrativas, com efeitos similares aos da reabilitação.

Quanto ao instituto do Programa de Integridade, trata-se, em suma, da adoção ordenada de medidas corretivas e preventivas que reduzam o risco da prática de ilícitos pela empresa. A determinação do dispositivo em tela, portanto, está de acordo com visões modernas de Administração, e consiste em importante incentivo ao auto-saneamento (*self-cleaning*) das pessoas jurídicas punidas que desejam recuperar a sua condição de potencial contratadas da Administração Pública.¹³¹

¹²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 378.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 379.

Acerca desse mesmo instituto, Irene Nohara¹³² destaca que, antes da promulgação da Lei 14.133/2021, somente a Lei Anticorrupção previa a mitigação de suas sanções em decorrência da implantação de programa de integridade. Dessa forma, entende que esta previsão da nova lei provocará a intensificação da realização dos programas de integridade entre os contratantes com a Administração, o que pode gerar bons frutos, a exemplo do aperfeiçoamento no relacionamento entre público e privado e da prevenção à ocorrência de fraudes e desvios nas contratações públicas.

A implantação de programas de integridade também é prevista no já estudado artigo 156, § 1º da nova lei, como um fator a ser considerado favoravelmente à empresa quando da dosimetria da sanção administrativa por infrações à lei. Além disso, o mesmo instituto é mencionado em outros dispositivos da nova lei: o artigo 25, § 4º exige a sua implementação nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto; e o artigo 60, IV indica a existência do programa de integridade como critério de desempate em processos licitatórios. Conforme ensina Rafael Carvalho Rezende¹³³, fica, portanto, evidenciada a relevância do *compliance* no novo diploma legal.

Conclui-se o presente tópico e o estudo das disposições do Título IV, Capítulo I da Lei 14.133/2021, que reúne as regras acerca das infrações administrativas em licitações e contratos administrativos. A seguir, serão mencionadas, comentadas e analisadas as principais diferenças entre o sistema antigo de responsabilização de contratados da Administração, encabeçado pela Lei 8.666/93, e o sistema novo, regido pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

4 ALGUMAS COMPARAÇÕES ENTRE O SISTEMA ANTIGO E O NOVO

O propósito do tópico atual é destacar e comentar algumas alterações chave observadas entre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e a Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, que regeu o sistema de

¹³² NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 373.

licitações e contratos administrativos no Brasil por cerca de 28 anos, especificamente no âmbito da responsabilização administrativa de contratados por irregularidades na execução contratual. A Lei 8.666/1993 trata desse tema especialmente entre seus artigos 86 e 88, e a nova lei o aborda em seus artigos 155 a 163.

4.1 RESOLUÇÃO DE ANTIGO CONFLITO ACERCA DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR

Comentar-se-á, neste ponto, o que pode ser considerado uma das maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais do sistema de aplicação de penalidades a contratados da Administração durante a vigência da Lei 8.666/1993: o âmbito de aplicação das sanções de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, previsto no artigo 87, III dessa lei (atual impedimento de licitar e contratar, artigo 156, III da nova lei) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no artigo 87, IV da mesma Lei 8.666/1993 (atualmente prevista no artigo 156, IV da nova lei).

O cerne da discussão é a definição dos entes federativos a que se aplica cada uma dessas sanções: somente ao próprio ente que as aplicou, ou a todos. Então, por exemplo, haveria de se determinar se uma declaração de inidoneidade aplicada por um Estado X afetaria possíveis contratos que aquele particular poderia vir a assinar com o Município Y, que nada tem a ver com o Estado X ou suas relações com aquele seu contratado. Ou se a mesma penalidade poderia impedir, suponha-se, que o particular viesse a participar de procedimento licitatório perante a União.

Haviam, tradicionalmente, 3 entendimentos sobre esse tema, que serão abordados a seguir.

A primeira corrente considerava que o efeito das duas sanções era sempre restritivo, ou seja, limitado ao ente federativo em que a sanção foi aplicada. Para tanto, segundo José dos

Santos Carvalho Filho¹³⁴, eram invocadas duas razões: a autonomia das pessoas da federação e a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/1993.

A segunda corrente defendia o posicionamento de que o efeito sancionatório era restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, enquanto a suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração incidiria apenas em relação ao ente sancionador, a declaração de inidoneidade produziria efeitos em todo o território nacional, como ensina Rafael Carvalho Rezende¹³⁵.

Essa linha de pensamento era defendida, especialmente, pelo Tribunal de Contas da União, que reconhecia a diferença entre as duas sanções, determinando que a suspensão do direito de licitar e contratar se aplicasse apenas no contexto da entidade que a tivesse imposto.

136

O mais importante argumento dessa corrente é a diferenciação que fizeram seus defensores entre os termos Administração, do artigo 87, III, e Administração Pública, do artigo 87, IV: “Administração”, no caso, abrangeria apenas aquele ente federativo, e “Administração Pública” corresponderia a toda a administração direta e indireta de todos os entes, com base em definições do artigo 6º, XI e XII da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, ao utilizar a expressão “Administração Pública” para a declaração de inidoneidade e “Administração” para a suspensão para contratar com o Poder Público, o art. 87 da Lei 8.666/1993 teria, supostamente, estabelecido a defendida diferença de amplitude dos efeitos dessas sanções.¹³⁷

O professor José dos Santos Carvalho Filho¹³⁸, em sentido oposto, argumenta que, menos do que uma diferenciação de conceitos jurídicos, o que se pode constatar é somente uma “péssima e atécnica” definição de Administração Pública; porquanto nenhuma diferença

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020, p. 231.

¹³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 374.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 374.

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 232.

existiria entre Administração e Administração Pública. Nesse sentido decidia o próprio Superior Tribunal de Justiça, muito antes da promulgação da nova lei:

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Suspensão temporária. Distinção entre Administração e Administração Pública. Inexistência. Impossibilidade de participação de licitação pública. Legalidade. Lei 8.666/1993, art. 87, inc. III. É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido”¹³⁹ (STJ, 2.^a Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 14.04.2003, p. 208).

A decisão supracitada, além de rechaçar o entendimento defendido pela segunda corrente, traz à baila a última linha de raciocínio, que era adotada pelo STJ: segundo a terceira corrente, o caráter extensivo dos efeitos de ambas as sanções impediria a empresa punida de participar de processos licitatórios ou de ser contratada por qualquer ente federado.¹⁴⁰

Era esse também o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho¹⁴¹, para quem o efeito deveria ser sempre extensivo. Argumentava, especialmente, que a inexecução total ou parcial do contrato cometida por um contratado e punida em um ente federativo também acarretaria riscos para as outras entidades federativas, caso alguma delas viesse a contratar com a empresa punida.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 151.567/RJ. Ministro Relator Francisco Peçanha Martins. Brasília, 14 de abril de 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700732487&dt_publicacao=14/04/2003>. Acesso em: 06/09/2021.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 374.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 231.

Foram apresentadas, portanto, as três correntes de pensamento acerca do âmbito de aplicação das sanções de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, conforme previsões do regime guiado pela Lei 8.666/1993: a primeira, restritiva, defendia os efeitos de ambas só no ente que as aplicou; a segunda, “mista”, defendia os efeitos da suspensão só naquele ente e da inidoneidade em todo o Brasil; a terceira, extensiva, defendia os efeitos de ambas em todo o Brasil.

É necessário informar, neste momento, que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, eliminou completamente a referida controvérsia em seu artigo 156.

De acordo com os §§ 4º e 5º do referido artigo, a sanção de impedimento de licitar e contratar possui efeito restritivo, impedindo a participação em licitação ou a contratação do particular punido somente no âmbito do ente federativo sancionador. Em contrapartida, a sanção de declaração de inidoneidade possui efeito extensivo, promovendo o afastamento do sancionado de processos licitatórios e contratações promovidas pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

A polêmica foi solucionada, portanto, e o legislador optou por determinar os efeitos de ambas as sanções nos termos defendidos pela segunda corrente. Tendo em vista que a discussão narrada foi relevante a ponto de causar divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas da União, é agudamente positiva a definição promovida pela nova lei, considerando o cenário de segurança jurídica a ser garantido e buscado no Estado Democrático de Direito.

Vale mencionar, por último, que a nova lei falhou ao não se manifestar acerca de outro importante lado dessa divergência, conquanto menos controvertido: a questão consiste em determinar os efeitos dessas sanções, especialmente a de declaração de inidoneidade, sobre os contratos em vigor celebrados com o particular sancionado.

A Advocacia Geral da União, em sua Orientação Normativa 49/2014¹⁴², emitida antes da promulgação da nova lei, instruiu que a aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade possuiriam efeito *ex nunc*, ou seja, posteriores à prolação da decisão sancionadora, competindo à Administração, diante de contratos pré-existentes, avaliar a necessidade de imediata rescisão em cada caso concreto. Esse posicionamento também foi defendido por José dos Santos Carvalho Filho¹⁴³, que argumentou pela não rescisão automática dos contratos já vigentes, sendo cabível, caso necessário, a instauração do devido processo administrativo para o desfecho contratual.

Já em 2021, após a promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho¹⁴⁴ tomou partido no mesmo sentido, argumentando que as contratações em curso devem sim ser preservadas, com ressalva para as hipóteses em que o sancionamento decorra de condutas que evidenciam a incapacidade do particular de executar satisfatoriamente o objeto das demais contratações.

É seguro afirmar, portanto, que em regra os efeitos das punições de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade são *ex nunc*, assim dizendo, incidem apenas para licitações e contratações futuras. Mesmo assim, nada impede que haja a instauração de processo administrativo específico para avaliar a capacidade do sancionado em executar satisfatoriamente cada contrato pré-existente, a depender da natureza da conduta sancionada.

Restou clarificada e resolvida a polêmica quanto ao âmbito de aplicação das duas sanções, tendo sido adotada pelo legislador a segunda corrente doutrinária, nos termos do artigo 156, §§ 4º e 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

¹⁴² BRASIL. Advocacia Geral da União. Orientação Normativa nº 49, de 25 de abril de 2014. Publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1256053>. Acesso em 06/09/2021.

¹⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

4.2 INTEGRAÇÃO COM A LEI ANTICORRUPÇÃO

Neste momento do trabalho, será abordada a grande influência de uma norma específica na elaboração da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. A Lei nº 14.133/2021 menciona expressamente a Lei Anticorrupção em 3 oportunidades, todas elas inseridas no título acerca “das irregularidades”, objeto principal da presente análise (art. 155, XII; art. 158, § 4º, II; art. 159, caput), e traz institutos a ela característicos em várias outras previsões, a serem mencionadas neste tópico.

Faz-se necessário apresentar brevemente o contexto da Lei Anticorrupção. A Lei nº 12.846 foi aprovada em 2013 pelo Congresso Nacional, e em suma, consiste em norma voltada para punir as pessoas jurídicas praticantes de atos lesivos em desfavor da Administração Pública, nacional ou estrangeira. Foi apelidada de Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção, por pretender estabelecer bases para o enfrentamento da corrupção, que, segundo Marcio Pestana¹⁴⁵, é uma “verdadeira moléstia que, infelizmente, já se mostra crônica no Brasil”.

Tal diploma legal pode ser considerado fruto de diversas situações de corrupção na Administração Pública brasileira, descobertas e expostas pela mídia, pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público, entre outros. O descontentamento popular já era visível, mas atingiu níveis especialmente caóticos no ano de 2013, com a dedicação de recursos públicos a eventos como a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016.¹⁴⁶ Assim, no contexto de insatisfação e manifestações populares¹⁴⁷, foi promulgada a Lei Anticorrupção, com promessas de respostas à altura para pessoas jurídicas que cometam ato lesivo à Administração Pública, em seus termos.

¹⁴⁵ PESTANA, Marcio. Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013, 1 ed. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 1.

¹⁴⁶ PESTANA, Marcio. *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁷ MELO, Erick Omena de. *Just because of 20 cents? For a genealogy of the Brazilian 'demonstrations cup'.* *International Journal of Urban Sustainable Development*, 12:1, p. 103-118. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/19463138.2019.1666853>> . Acesso em: 06/09/2021.

Tendo em vista que grande parte dos contratados da Administração são empresas, as quais também se sujeitam ao regime da Lei Anticorrupção, é coerente que diversos dispositivos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos sejam inspirados ou influenciados por institutos trazidos pela Lei Anticorrupção.¹⁴⁸

Alguns desses institutos não trazem a referência expressa da Lei Anticorrupção, mas guardam correspondência com o conteúdo de algum dispositivo seu, a exemplo do sistema de dosimetria da pena na nova lei, o qual prevê a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Previsão idêntica pode ser encontrada na Lei Anticorrupção Empresarial, conforme inciso VIII do art. 7º, o qual determina como fator de dosimetria “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.¹⁴⁹

Adicionalmente, nota-se que também é inspirado na Lei Anticorrupção Empresarial o artigo 160 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que contempla a desconsideração da personalidade jurídica para estender o sancionamento aos administradores da empresa e sócios com poderes de administração. Na Lei nº 12.846/2013, o dispositivo correspondente é o artigo 14, que traz, substancialmente, a mesma previsão.¹⁵⁰

Em contrapartida, outros dispositivos da nova lei fazem referência expressa à Lei Anticorrupção, como o art. 155, XII, que determina a responsabilização administrativa no âmbito da Lei nº 14.133/2021 também pela prática dos atos lesivos previstos em rol taxativo no art. 5º da Lei Anticorrupção. Tal previsão poderia levar a questionamentos quanto à observância do princípio do *non bis in idem*: se aquela determinada conduta pode ser punida por duas legislações diferentes, haveria riscos de que o particular fosse responsabilizado em dobro.

No sentido de evitar o *bis in idem*, foi incluído na nova lei o artigo 159, que determina a cumulação, em um único processo administrativo, da apuração e

¹⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁴⁹ NOHARA, Irene Patrícia Diom. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

responsabilização das empresas por infrações previstas na Lei 14.133/2021 que também sejam tipificadas como atos lesivos na Lei 12.846/2013. Marçal Justen Filho¹⁵¹ esclarece que a previsão em tela pressupõe somente a identidade de eventos infracionais, mas não a identidade quanto à sanção (porque não há, são sanções diferentes).

Além disso, o mesmo autor observa que o dispositivo apenas pode ser aplicado quando houver identidade de competência sancionatória, e a sua finalidade seria principalmente assegurar a celebração de acordo de leniência único (instituto já mencionado outrora no presente trabalho). Entende-se, conquanto, que condicionar a aplicação do artigo 159 a situações de identidade da autoridade competente poderia acabar por esvaziar o conteúdo normativo do dispositivo, que não previu expressamente essa condição, pelo contrário: o artigo menciona que devem ser observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos “na referida lei”, ou seja, na Lei Anticorrupção.

Ademais, quanto à possibilidade de a finalidade principal do artigo 159 ser a celebração de acordo de leniência único, faz-se a ressalva de apontar o contexto do acordo de leniência, que é, no caso, o processo administrativo que busca apurar a responsabilidade da empresa no âmbito de uma ou mais irregularidades, inclusive (no âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) ligadas à execução de contratos administrativos. Nesse sentido, mesmo a simples união das penalizações previstas nas diferentes legislações em um só procedimento já seria de grande utilidade para o particular.

No que concerne ao acordo de leniência, observa-se que este é mais um instituto da Lei Anticorrupção que pode gerar efeitos diretos nos processos de responsabilização os quais são objeto do presente estudo. Segundo o Guia Prático da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão para Acordos de Leniência¹⁵², esse instituto consiste na realização de compromisso com as pessoas jurídicas que voluntariamente se propõem a romper com as práticas ilícitas e adotar medidas para garantir a ética e cumprimento à sua função social, especialmente com a

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

¹⁵² Brasil. Ministério Público Federal. Guia Prático da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão: Acordos de Leniência. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>>. Acesso em: 06/09/2021.

identificação dos demais envolvidos em uma infração e na obtenção de informações pertinentes, em troca do abrandamento das sanções cabíveis.

Antes de passar pela sanção presidencial, o artigo 159 da nova lei continha um parágrafo único, que foi vetado. Aquele dispositivo estabelecia a possibilidade de celebração de acordo de leniência no âmbito dos processos de responsabilização por irregularidades em contratos administrativos, nos termos da Lei Anticorrupção. O motivo alegado para o referido veto teria sido a previsão da participação da Corte de Contas na celebração do acordo de leniência com o objetivo de abranger as sanções de sua competência, o que supostamente violaria o princípio da separação de poderes.¹⁵³

A decisão de veto do referido dispositivo já foi criticada. Segundo Rafael Carvalho Rezende,¹⁵⁴ a previsão vetada não condicionava inteiramente a existência do acordo de leniência à participação da Corte de Contas, mas somente admitia seu envolvimento para que estivessem incluídas no acordo de leniência (e por consequência, no processo como um todo, evitando o *bis in idem*), as sanções de competência do órgão de controle externo, o que poderia gerar segurança jurídica para a empresa integrante do acordo.

Mesmo assim, Justen Filho¹⁵⁵ entende que o referido veto não impede a adoção de práticas dessa ordem nos processos de penalização por irregularidades em contratos administrativos. O autor salienta que o veto fundamentou-se, inclusive, na autonomia entre os Poderes, então não haveria impedimento para a adoção, pelas autoridades estatais, de tais medidas abrangentes e coordenadas.

Por fim, menciona-se o conteúdo do artigo 158, § 4º, II, da nova lei: o dispositivo prevê que o prazo prescricional de 5 anos durante o qual a Administração pode responsabilizar e punir o particular pode ser suspenso em caso de celebração do mesmo acordo de leniência, objeto da Lei Anticorrupção, acima comentado.

Verifica-se, a partir das considerações feitas, que de fato a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, exerceu grande influência na elaboração da Nova Lei de

¹⁵³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 377.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 377.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* [Livro eletrônico]

Licitações e Contratos Administrativos. Outrossim, os dispositivos do referido diploma legal continuarão, de certa forma, interferindo na aplicação da nova lei, em razão da semelhança do sujeito passivo. Essa integração é positiva, porquanto o sistema jurídico não pode ser composto por normas isoladas entre si: as normas devem tomar conhecimento da existência umas das outras, e interagir no Ordenamento Jurídico de forma harmônica.

4.3 INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL E MITIGAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DA AUTORIDADE

Este derradeiro tópico pretende também destacar e comentar algumas mudanças relevantes promovidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em relação à antiga Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, ainda no âmbito da responsabilização administrativa de contratados por irregularidades na execução contratual.

A essa altura, já foi estabelecido que a aplicação de sanções aos contratados é uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos, decorrente do amplamente aceito princípio da Supremacia do Interesse Público, sendo uma prerrogativa da Administração Pública e parte integrante da estrutura do regime jurídico de direito público aplicável a essa espécie de contratos.

Tendo em vista que a aplicação de sanções aos contratados consiste em restringir direitos de um determinado particular, é seguro afirmar que o Estado deve agir com cautela, segurança e respeito aos princípios de Direito aplicáveis, entre esses, os princípios fundamentais do Direito Penal, por ser a matéria que contempla, por excelência e milênios de experiência¹⁵⁶, os valores garantistas de proteção aos direitos individuais e defesa da

¹⁵⁶ ARAUJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vítor do Nascimento. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. *Quaestio Iuris*, vol.13, nº.02, Rio de Janeiro, 2020. pp. 738-764. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568>>. Acesso em: 06/09/2021.

dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é relevante o seguinte trecho de julgado do Tribunal de Contas da União:

61. Tendo em vista as características comuns das sanções administrativas e penais, igualmente destinadas a servir como instrumento de prevenção geral e de retribuição por um mal infligido a um bem jurídico, a doutrina costuma transplantar determinados princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

62. Dentre os diversos princípios de incidência comum nesses dois ramos do Direito, é importante destacar o da proporcionalidade da pena em concreto. Segundo o aludido princípio, que é dirigido ao julgador, a pena deve ser proporcional não apenas ao ilícito cometido como, ainda, às circunstâncias pessoais de seu autor¹⁵⁷ (Acórdão 1.214/2018, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Fica claro que mesmo antes da promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já era consagrada essa “união interpretativa” entre as duas áreas do Direito, a saber, o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, especialmente no que se refere à aplicação de princípios como o da proporcionalidade.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁵⁸, as sanções penais e administrativas são subordinadas a um regime jurídico uniforme. Esse regime obedece, na opinião do autor, às garantias constitucionais fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, o que acarreta a aplicação dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da personalidade da sanção, entre outros.

Entretanto, com o advento da nova lei, foi percebida aproximação ainda mais intensa entre as duas áreas. Isso se deve especialmente ao conteúdo do seu artigo 155, que especifica doze tipos diferentes de condutas infracionais, combinado com o conteúdo do artigo 156, que determina as sanções cabíveis a cada espécie de infração, incluindo limites mínimos e

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 1.214/2018, Plenário. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, 30/05/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOA%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 06/09/2021.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

máximos, e ainda o § 1º desse mesmo artigo, que especifica critérios a serem observados quando da dosimetria dessas penalidades. Assim, Irene Nohara¹⁵⁹ observa que a nova lei traz uma disciplina mais pormenorizada dos pressupostos fáticos e sanções administrativas do que a da Lei nº 8.666/93.

Note-se que o sistema antigo, encabeçado pela Lei 8.666/1993, se limitou a especificar somente quais as sanções cabíveis, deixando à discricionariedade do administrador público todo o restante: as infrações a serem penalizadas (o caput do artigo 86 apenas menciona um “atraso injustificado”, e o 87 somente prevê a “inexecução total ou parcial do contrato”, sem descrever nenhuma conduta) e a dosimetria da penalidade (nenhuma orientação nesse sentido na Lei 8.666/1993).

Considerando que o sistema penal brasileiro envolve o tipo penal, que é composto pela descrição de uma conduta e da pena cabível, e diversas instruções para a dosimetria (vigora um sistema com três fases para fixação da pena: em cada uma delas interferem determinadas circunstâncias do crime, incrementando ou abrandando a sanção¹⁶⁰), é muito clara a confluência entre os dois sistemas, em proporções completamente novas: não apenas os princípios se confundem, mas também a forma de organização começa a se aproximar.

Além das alterações acima comentadas (especificação de condutas infracionais, determinação das sanções cabíveis a cada espécie de infração, incluindo limites mínimos e máximos, especificação de critérios para dosimetria), verifica-se o estabelecimento de regras detalhadas para o procedimento de aplicação das penalidades de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, no artigo 158 da nova lei.

Durante a vigência da Lei nº 8.666/93, a maior parte das instruções existentes para o processamento da penalização a contratados era fruto da prática administrativa, compilada em materiais a exemplo do Caderno de Logística: Sanções Administrativas em Licitações e Contratos, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão¹⁶¹, ou mesmo estabelecida em

¹⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹⁶⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. Manual de direito penal - parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 634.

¹⁶¹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. Disponível em

atos infralegais em cada ente da federação, a exemplo do Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006, do Governo do Distrito Federal, que regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/2002.

As previsões do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021 representam, assim, mais um avanço no que concerne à normatização, segurança jurídica e legalidade nos processos de responsabilização de contratados da Administração, nos termos aqui já discutidos, com a elevação do procedimento a status legal.

São, pois, diversas as alterações procedimentais e sistemáticas promovidas pela 26.851 neste aspecto. O resultado que se apercebe a partir da exposição acima não é outro senão a mitigação da discricionariedade do administrador público.

Já houve muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da citada discricionariedade: os seus termos, os princípios a que deve obediência, os seus limites. Julgados do TCU (a exemplo do Acórdão nº 2.558/2006 – 2º Câmara¹⁶²) e do TJDF (Acórdão 1.278.283, 4ª Turma Cível¹⁶³) afirmam que, se o processo administrativo respeita os princípios a que é sujeito, não pode ser retirada do Poder Público a prerrogativa de dimensionar a penalidade nos limites da margem de discricionariedade que lhe é imanente.

Mesmo assim a conclusão da comunidade acadêmica, em regra, foi no sentido de que a Administração teria o dever de normatizar de forma clara os procedimentos e os critérios de aplicação das sanções, como condição indispensável para o exercício do poder punitivo outorgado por lei ¹⁶⁴, e que a ampla liberdade discricionária dada a autoridade administrativa na aplicação da escolha da sanção feria o princípio da segurança jurídica, sendo fundamental

<<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno-de-logistica-de-sa-ncao-2.pdf>>. Acesso em: 06/09/2021.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 2.558/2006, 2ª Câmara. Ministro Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES. Brasília, 12/09/2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2558%2520ANOA%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 06/09/2021.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Acórdão 1.278.283, 4ª Turma Cível. Desembargador Relator JAMES EDUARDO OLIVEIRA. Brasília, 02/09/2020.

¹⁶⁴ SOUZA, Guilherme Yadoya de. Aspectos de individualização e de dosimetria das sanções administrativas. Monografia (Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

que a lei passasse a prever a proporcionalidade da sanção, com a definição e delimitação das condutas puníveis.¹⁶⁵

O fato é que o legislador finalmente atendeu a esses clamores: com as previsões da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 já comentadas, o administrador público sem dúvidas terá mais material legal em que se embasar na tomada de decisões e na condução do procedimento administrativo para responsabilização dos particulares contratados da Administração. Entende-se, por fim, que essa mudança gerará efeitos positivos: a clareza na razão da penalização facilita a defesa pelos particulares, e impede interpretações que extrapolam o razoável.

¹⁶⁵RAMALHO, Ana Livia Carneiro. APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E EXECUÇÃO CONTRATUAL: análise crítica da discricionariedade administrativa na dosimetria punitiva. Monografia (Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB, 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande objetivo do presente trabalho acadêmico foi, após suficiente contextualização, apresentar as normas legais acerca da aplicação de penalidades no âmbito dos contratos administrativos, a princípio no contexto da Lei 8.666 de 1993, e posteriormente nos termos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, bem como evidenciar as diferenças e mudanças percebidas entre os dois sistemas jurídicos, tanto ao longo da argumentação, quanto nos tópicos finais.

As bases orientadoras da análise foram especialmente a defesa do Estado Democrático de Direito em todos os seus valores, o grande princípio da Supremacia do Interesse Público (um dos princípios regentes do Direito Administrativo) e a defesa da segurança jurídica dos particulares.

Foram apresentados, inicialmente, os contratos da Administração como fruto da riqueza da evolução social e da complexidade teórico-fática desenvolvida pelo Estado, em especial durante o Estado Liberal do século XVIII e XIX. A seguir, explicitou-se a diferenciação conceitual entre contratos da Administração e contratos administrativos, estes últimos regidos pelo regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público.

Abordou-se, então, os critérios caracterizadores e princípios orientadores dos contratos administrativos, oportunidade na qual ficou clara a utilização pelo legislador e pelo intérprete da norma dos critérios da sujeição, das cláusulas exorbitantes, subjetivo e da finalidade de interesse público para a sua criação e aplicação.

Dentre os referidos critérios, foi destacado o das cláusulas exorbitantes, que consistem em prerrogativas da Administração no âmbito dos contratos administrativos: seu contexto no sistema jurídico como materializadoras do princípio da Supremacia do Interesse Público e as controvérsias existentes acerca de sua legitimidade e aplicação. Foram listadas e comentadas as cláusulas exorbitantes vigentes (segundo o sistema da Lei 8.666/93 e da Lei

14.133/2021), em meio às quais se destacou a da possibilidade de aplicação de penalidades aos particulares contratados da Administração.

Passou-se a abordar o inadimplemento dos particulares em contratos administrativos, conceitualmente legitimado pelo princípio da Supremacia do Interesse Público e contextualmente inserido nas cláusulas exorbitantes dos contratos dessa espécie. Foi exposta a necessidade de culpabilidade para a caracterização do inadimplemento, bem como seus excludentes (comumente alegados pelos particulares como matéria de defesa em processos sancionadores): a teoria da imprevisão, a teoria do fato do príncipe, a teoria do caso fortuito e força maior. Foram também comentadas as espécies de responsabilização cabíveis, entre elas, a responsabilização administrativa.

Foi apresentado o sistema de aplicação de penalidades regido pela Lei 8.666/93, previsto entre seus arts. 86 a 88. Quanto às penalidades cabíveis, foram mencionadas e comentadas a advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

O procedimento aplicável para a apuração da responsabilidade e aplicação dessas sanções foi analisado a seguir, com base, especialmente, na doutrina especializada, na experiência administrativa consolidada ao longo dos anos de vigência desse sistema, nas competências para aplicação das sanções e nos princípios cabíveis.

Findada a análise da aplicação de penalidades em contratos administrativos segundo a Lei 8.666/93, passou-se a estudar a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Foi feita, inicialmente, uma breve exposição acerca do contexto de sua promulgação, e foram mencionadas as regras de transição entre o regime antigo e o novo. Foi também apontado que a nova lei trata das irregularidades na execução dos contratos administrativos entre seus arts. 155 e 163.

Em seguida, expôs-se as condutas sancionáveis segundo a Lei 14.133/2021, art. 155. Dentre essas, foram comentadas as infrações ocorridas já no âmbito dos contratos administrativos, e não das licitações, tendo em vista a delimitação do objeto deste trabalho.

Notou-se que a nova lei apresenta uma lista de infrações pelas quais pode ser responsabilizado administrativamente o licitante ou contratado, em contraposição com a Lei 8.666/93, a qual apenas previu que a inexecução total ou parcial do contrato poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas.

Foram então mencionadas e estudadas as sanções administrativas aplicáveis segundo a Lei nº 14.133/2021, seu cabimento e instruções gerais para dosimetria. Verificou-se que, em análise superficial, as sanções permaneceram as mesmas, porém suas regras de aplicação e especificações foram alteradas, conforme o artigo 156 da nova lei.

O próximo assunto foi o procedimento a ser adotado para a responsabilização dos particulares que cometem irregularidades na execução de contratos no âmbito da Lei nº 14.133/2021, que é previsto especialmente em seu artigo 158 (que define regras para a aplicação das sanções de impedimento para licitar e contratar e declaração de inidoneidade). Foi necessário comentar, também, a situação da advertência e multa, cujo processamento não foi detalhado expressamente na nova lei, e concluiu-se pela intenção do legislador em estabelecer procedimento simplificado, com observância aos princípios aplicáveis, e ao previsto no artigo 157.

Também foram mencionadas as últimas previsões da nova lei no âmbito das irregularidades, como a desconsideração da personalidade jurídica e suas controvérsias quanto ao envolvimento do Poder Judiciário, a publicização das sanções aplicadas em sítios na internet, o muito atual instituto da reabilitação (quando o sancionado preenche requisitos específicos e a autoridade que aplicou penalidade de impedimento de licitar e contratar ou de declaração de inidoneidade decreta a extinção de sua eficácia antes do prazo previsto) e a utilização de programa de integridade para incentivo ao auto-saneamento das pessoas jurídicas punidas.

No tópico seguinte, foram promovidas algumas comparações entre o sistema antigo, regido pela Lei 8.666/93, e o sistema novo, regido pela Lei 14.133/2021.

O primeiro assunto selecionado para a comparação foi a resolução do conflito sobre o âmbito de aplicação das sanções de impedimento para licitar e contratar e declaração de

inidoneidade. A discussão consistia em determinar a qual ente federativo se aplicava cada uma dessas sanções: somente ao próprio ente que as aplicou, ou a todos. A nova lei decidiu, nesse sentido, que o impedimento para licitar e contratar se aplica somente ao ente que o aplicou, e que a declaração de inidoneidade tem eficácia em todos os entes federativos.

O segundo assunto comentado foi a influência da Lei Anticorrupção, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, na elaboração e no sistema a ser implementado por ocasião da nova lei. Verificou-se a comunicação desses dois diplomas legais em diversos dispositivos, especialmente na apuração das irregularidades, seja por menção expressa ou adoção de institutos e conceitos. Concluiu-se como positiva a integração em tela, tendo em vista a necessidade de harmonização progressiva do Ordenamento Jurídico, bem como da promoção da segurança jurídica.

Por fim, o terceiro assunto comentado foi a mitigação da discricionariedade da autoridade competente, em estreita relação com a aproximação do Direito Penal e Processual Penal aos processos no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Concluiu-se que as previsões da Lei 14.133/2021 no tópico das irregularidades, especificamente a pormenorização observada no artigo 155, que especifica doze tipos diferentes de condutas infracionais, e no artigo 156, que determina as sanções cabíveis a cada espécie de infração, bem como no § 1º desse artigo, que especifica critérios a serem observados para a dosimetria dessas penalidades, demonstram que o sistema em tela passa a se aproximar do Direito Penal em sua forma de organização, e contribuem enormemente para o estabelecimento da segurança jurídica para o particular interessado.

Ademais, ficou claro que as previsões do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021 elevam o procedimento para aplicação daquelas penalidades a status legal, não mais estando tão conectado à prática administrativa e atos infralegais, o que, mais uma vez, é fonte de segurança jurídica e proteção a direitos individuais.

Dessa forma, diante de todo o exposto, a principal constatação e também a principal expectativa para o futuro é a evolução da segurança jurídica no processo de responsabilização por irregularidades na execução de contratos administrativos. Compreende-se que a

promulgação da nova lei representa um grande avanço nesse aspecto, em que pese suas falhas eventuais, sendo abrangente e específica.

Entende-se acima de tudo que, conquanto na opinião popular os processos licitatórios poderiam caminhar para um ambiente de abertura e flexibilidade, tendo em vista as variações no mercado e na economia, o processo para aplicação de penalidades continua possuindo uma finalidade que é, em última instância, a restrição a direitos de um particular, tal qual o processo penal.

Não pode haver, portanto, espaço para excessos da autoridade pública administrativa. São várias razões pelas quais a lei e subsidiariamente os atos infralegais devem orientar ao máximo as atividades punitivas no âmbito dos contratos administrativos: para que o particular não seja prejudicado além do estritamente justo, para que os princípios aplicáveis tenham materialização nos casos concretos, para que os direitos individuais sejam garantidos, entre outros.

O presente trabalho é finalizado, desse modo, com o propósito de deitar luzes à temática abordada, não tendo a pretensão de esgotar seu objeto, mas sim de incentivar novas pesquisas e análises na comunidade científica do Direito Administrativo na direção da busca por aproximar o Direito Penal e o Direito Processual Penal aos processos administrativos sancionadores, especialmente do âmbito dos contratos administrativos, com a expectativa de garantir segurança jurídica progressiva aos contratados da administração. Entende-se que assim será materializada a proteção aos direitos individuais, base do Estado Democrático de Direito, sem prejuízo do interesse público, que ainda prevalecerá, porquanto serão aplicadas as sanções devidas, da forma mais justa possível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Hebert. Nova Lei de Licitações: Projeto APROVADO revoga a Lei 8666. Estratégia Concursos, 2021. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 03/09/2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAUJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vítor do Nascimento. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. Quaestio Iuris, vol.13, nº.02, Rio de Janeiro, 2020. pp. 738-764. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568>>. Acesso em: 06/09/2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Orientação Normativa nº 48, de 25 de abril de 2014. Publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3. Disponível em: <<https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1256046>>. Acesso em 04/09/2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Orientação Normativa nº 49, de 25 de abril de 2014. Publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1256053>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03/09/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 19/09/2021.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> . Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2014. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/manual-sancoes-22-09.pdf>>. Acesso em: 04/09/2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística de sanções administrativas em licitações e contratos, 2015. Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>>. Acesso em: 04/09/2021.

Brasil. Ministério Público Federal. Guia Prático da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão: Acordos de Leniência. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>>. Acesso em: 06/09/2021.

Brasil. Portal da Transparência. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/ceis?ordenarPor=nome&direcao=asc>>. Acesso em 04/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. MS nº 14.002/DF. Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, 6 de novembro de 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802673714&dt_publicacao=06/11/2009> Acesso em 04/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. RMS nº 24.559/PR. Ministro Relator NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Brasília, 01/02/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em 04/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.729.554/SP. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Brasília, 8 de maio de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703068310&dt_publicacao=06/06/2018> Acesso em 05/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 151.567/RJ. Ministro Relator Francisco Peçanha Martins. Brasília, 14 de abril de 2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700732487&dt_publicacao=14/04/2003>. Acesso em: 06/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.345/2017, Plenário. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, 18/10/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2345%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 04/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 1.214/2018, Plenário. Ministro Relator Benjamin Zymler. Brasília, 30/05/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 05/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 2.558/2006, 2ª Câmara. Ministro Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES. Brasília, 12/09/2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2558%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 06/09/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Acórdão 1.278.283, 4ª Turma Cível. Desembargador Relator JAMES EDUARDO OLIVEIRA. Brasília, 02/09/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 34. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

DAGOSTIN, Anelise Ambiel. O DIREITO E A ORIGEM DA EXPRESSÃO “PARA INGLÊS VER”. Medina e Guimarães Advogados, 2020. Disponível em: <<https://medina.adv.br/o-direito-e-a-origem-da-expressao-para-ingles-ver/>>. Acesso em: 05/09/2021.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006. Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais N°s 8.666/93 e 10.520/2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=26851&txtAno=2006&txtTipo=6&txtParte=>>. Acesso em: 19/09/2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda, 2021.

ECONOMIA UOL. Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. Disponível em:

<<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2018/05/30/greve-dos-caminhoneiros-a-cronologia-dos-10-dias-que-pararam-o-brasil.htm>> Acesso em 04/09/2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Sinopses Jurídicas v 10 - Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração, 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, volume 6, nº 1, p. 43-58, JAN-JUL, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3665/pdf>>. Acesso em: 03/09/2021.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. Manual de direito penal - parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [Livro eletrônico], 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2010

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo, 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MELO, Erick Omena de. *Just because of 20 cents? For a genealogy of the Brazilian 'demonstrations cup'*. *International Journal of Urban Sustainable Development*, 12:1, p. 103-118. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/19463138.2019.1666853>> . Acesso em: 06/09/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de licitações e contratos [livro eletrônico]: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos - Teoria e Prática, 9. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEBMED. Coronavírus: tudo o que você precisa saber sobre a nova pandemia. Disponível em:

<<https://pebmed.com.br/coronavirus-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-nova-pandemia/>>
. Acesso em: 04/09/2021.

PESTANA, Márcio. Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PESTANA, Marcio. Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013, 1 ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

RAMALHO, Ana Livia Carneiro. APLICAÇÃO DE SANÇÕES NOS PROCESSOS DE LICITAÇÃO E EXECUÇÃO CONTRATUAL: análise crítica da discricionariedade administrativa na dosimetria punitiva. Monografia (Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB, 2018.

SOUZA, Guilherme Yadoya de. Aspectos de individualização e de dosimetria das sanções administrativas. Monografia (Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.