



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Pedro Duarte Rodrigues Guimarães

**Direito Administrativo Sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos
Administrativos (Lei n. 14.133/2021): o viés punitivo e suas implicações jurídicas**

Florianópolis
2023

Pedro Duarte Rodrigues Guimarães

**Direito Administrativo Sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos
Administrativos (Lei n. 14.133/2021): o viés punitivo e suas implicações jurídicas**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito

Orientador: Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.

Florianópolis

2023

Guimarães, Pedro Duarte Rodrigues

Direito Administrativo Sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) : o viés punitivo e suas implicações jurídicas / Pedro Duarte Rodrigues Guimarães ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2023.
129 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3. Sanções Administrativas. 4. Direito Penal. 5. Análise econômica do direito. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Direito Administrativo Sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021): o viés punitivo e suas implicações jurídicas”, elaborado pelo acadêmico **Pedro Duarte Rodrigues Guimarães**, defendido em **05/07/2023** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de julho de 2023

Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador

Chiavelli Facenda Falavigno
Membro de Banca

Fernanda Fagundes Senna Borges
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Encontrar palavras para agradecer o fim de um ciclo é uma tarefa muito difícil, mas é necessário reconhecer aqueles que viveram comigo a experiência.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina pelos cinco anos de aprendizado e crescimento.

Agradeço ao meu orientador, Professor Pedro de Menezes Niebuhr, pela inspiração da pesquisa do direito administrativo sancionador e pelas contribuições com esta monografia. Agradeço também às membras da banca, Professora Chiavelli Falavigno e Fernanda Senna, por terem gentilmente aceitado o convite.

Agradeço aos locais que me aceitaram como estagiário, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no gabinete do Desembargador Paulo Sartorato, Boselli e Loss Advogados Associados, especialmente ao Felipe, por ter despertado em mim a curiosidade pela contratação pública, e Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados, onde pude encontrar a mentoria e a referência profissional para o meu futuro.

Agradeço a todos os amigos que fiz na graduação, especialmente Carol, Lorenço, Dhiogo e Murilo, pelos momentos de encontro e desencontro e, sempre, reencontro. Agradeço também ao Lucas Carreira, Lucas Furlan, Mariane e Raquel, pelas trocas e pela companhia durante as tardes da semana.

Agradeço à toda minha família, especialmente à minha mãe, Ana Christina, e ao meu irmão, Fernando, pela parceria e compreensão durante os momentos de ausência e impaciência dos últimos meses.

Agradeço à Maria Carolina, pela segurança, pela confiança e por ser a minha maior parceira. Ter o seu apoio e a sua companhia coloriu a graduação. Sou muito grato por poder caminhar ao teu lado e poder dividir meus dias contigo.

Mas sobretudo, agradeço ao Márcio, meu pai. Se encontrar palavras para agradecer a todos foi difícil, a ti é impossível. Ao longo de todos os meus anos, nunca consegui expressar o quanto valorizo o teu bom-humor, o teu sacrifício, a tua renúncia, o teu incentivo e a tua compreensão incondicional, mesmo nos momentos que mais deixei isso difícil. Demorei para perceber que sempre foste o meu melhor amigo, mas agora que percebi, esbarro na barreira de não encontrar palavras para te agradecer.

Talvez assim que as coisas sejam.

RESUMO

Quando punir compensa? Quando coagir e quando dissuadir? Como garantir que a intensidade das punições correspondam à gravidade das infrações? Esta monografia centraliza o estudo dessas problemáticas nos processos de contratação pública regidos pela Lei n. 14.133/2021, visando definir se sua estrutura sancionatória alcança a otimização do efeito dissuasor ao mesmo tempo que respeita as garantias constitucionais dos particulares sujeitos às sanções administrativas. Para fazê-lo, o primeiro capítulo aborda as finalidades e a instrumentalidade das sanções administrativas e a possibilidade de completar o direito administrativo sancionador por meio do direito penal, para delimitar a extensão de quais e como os princípios limitadores do poder punitivo são aplicáveis. No segundo capítulo, as particularidades das sanções administrativas na Lei n. 14.133/2021 são estudadas e comparadas às antigas legislações sobre licitações e contratos administrativos. Com base referencial ao direito criminal e à literatura análise econômica do direito, o terceiro capítulo destaca as implicações a direitos fundamentais e à função dissuasória da preferência do legislador por uma estratégia baseada principalmente em punição e na liberdade da Administração Pública para aplicá-las. Concluiu-se que a margem de discricionariedade oferecida à Administração Pública pela Lei n. 14.133/2021 para a aplicação de sanções e a exclusão da possibilidade de produção de provas, alinhada à natureza adversarial da regulação sancionadora, causam ofensas às garantias constitucionais de proporcionalidade, devido processo legal e ampla defesa, enquanto ainda sacrificam a otimização da função dissuasora da sanção administrativa por descartar estratégias persuasivas.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Direito penal. Licitações e contratos administrativos. Dissuasão. Análise econômica do direito.

ABSTRACT

When does punishing pay? When to coerce and when to dissuade? How to ensure that the intensity of punishments matches the seriousness of infractions? This monograph focuses on the study of those problems in public bidding processes ruled by Law n. 14.133/2021, seeking to define whether its sanctioning structure achieves the optimization of its deterrent effect while respecting the constitutional rights of individuals subject to administrative sanctions. To do so, the first chapter addresses the goals and instrumentality of administrative sanctions and the possibility of completing sanctioning administrative law through criminal law, in order to delimit the extent to which and how the punitive power's limiting principles are fulfilled. In the second chapter, the particularities of administrative sanctions in Law n. 14.133/2021 are studied and compared to the previous laws of public bidding and administrative contracts. Based on the references of the criminal law and law and economics' literature, the third chapter highlights the implications to fundamental rights and to the dissuasive function of administrative sanctions of the legislator's preference for a strategy based mostly on punishment and on the Public Administration's freedom to apply them. It was concluded that the margin of discretion offered to the Public Administration by the Law n. 14.133/2021 for the application of sanctions and the exclusion of the possibility of producing evidence, in line with the adversarial nature of the sanctioning regulation, cause offenses to the constitutional guarantees of proportionality, due process of law and full defense while still sacrificing the optimization of the dissuasive function of the administrative sanction by discarding persuasive strategies.

Keywords: Sanctioning administrative law. Public biddings and administrative contracts. Criminal law. Deterrence. Law and economics.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Diagrama do sistema trifásico de dosimetria da pena	44
Figura 2 – Exemplo de Pirâmide Sancionatória	103
Figura 3 – Exemplo de Pirâmide Regulatória	104
Figura 4 – Pirâmide sancionatória da Lei n. 14.133/2021 em escala de gravidade	111
Figura 5 – Pirâmide sancionatória da Lei n. 14.133/2021 em escala de correspondência	112

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
NLLCA	Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos
RDC	Regime Diferenciado de Contratação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 LINHAS GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA	14
2.1 A JUSTIFICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA	15
2.1.1 O conceito e a natureza da sanção administrativa	15
2.1.2 A avaliação econômica da instrumentalidade da sanção administrativa	20
2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL	22
2.2.1 Aproximação com o direito penal e unidade do poder punitivo estatal	23
2.2.2 Garantias penais ao direito penal ao direito administrativo sancionador	29
2.2.2.1 Legalidade e tipicidade	32
2.2.2.2 Culpabilidade	37
2.2.2.3 Proporcionalidade e razoabilidade	39
2.2.2.4 Individualização da pena	41
2.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO	44
3 O REGIME JURÍDICO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	46
3.1 O HISTÓRICO RECENTE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	46
3.1.1 A Lei geral de licitações e contratos: Lei n. 8.666/1993	47
3.1.2 A Lei do Pregão, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Lei das Estatais	53
3.2 O REGIME JURÍDICO SANCIONATÓRIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LEI N. 14.133/2021	57
3.2.1 As infrações administrativas	58
3.2.2 As sanções administrativas	61
3.2.2.1 Advertência	61
3.2.2.2 Multa	64
3.2.2.3 Impedimento de licitar e contratar	66
3.2.2.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar e efeitos em contratos vigentes	67
3.2.3 A correspondência entre infrações e sanções, dosimetria e discricionariedade	71
3.2.4 Processo administrativo sancionador	75
3.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO	78
4. OS DESAFIOS E DIFICULDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	80
4.1 VÍCIOS À GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CIÊNCIA PENAL	81
4.1.1 A discricionariedade excessiva da correspondência entre infrações e sanções e o risco de desproporcionalidade	81
4.1.2 Devido processo legal, ampla defesa e individualização da pena	84

4.2 O REDUACIONISMO DA PREVENÇÃO À PUNIÇÃO: O COMPROMETIMENTO DA FINALIDADE DISSUASÓRIA SOB A ÓTICA ECONÔMICA	94
4.2.1 A correlação entre o rigor da pena, prevenção de infrações e estratégias sancionatórias	95
4.2.3 O comprometimento da finalidade dissuasória das sanções administrativas em licitações e contratos administrativos	106
4.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO	114
5 CONCLUSÃO	115

1 INTRODUÇÃO

Com a passagem de um Estado que concentrava o exercício dos serviços públicos nos próprios órgãos para um outro modelo, que prioriza a regulação, houve o aumento das relações entre a Administração Pública e particulares, que alimentam o funcionamento dos serviços públicos através dos processos de contratação pública.

Com o aumento da cartilha de direitos oferecidos à população e do próprio desenvolvimento da sociedade, há a necessidade de maior participação da iniciativa privada para a consecução satisfatória dos serviços públicos e de sua finalidade: a efetivação de direitos fundamentais individuais e coletivos da população. Não é surpresa a correlação entre o aumento do Estado e o aumento das contratações públicas.

Ocorre que nem sempre os sujeitos que se envolvem com a Administração têm intenções idôneas ou realizam suas obrigações com a diligência necessária, de forma que é preciso, por motivos de interesse público, que a Administração esteja munida de ferramentas que garantam a cooperação dos licitantes e dos contratados e, conseqüentemente, a lisura das contratações e o bom funcionamento dos serviços públicos.

Por isso, à Administração é oferecida a prerrogativa de aplicar sanções nos processos de contratação pública. As sanções variam e tradicionalmente as leis lhe facultam a escolha de reprimir uma conduta faltosa com mera advertência ou impor multa como consequência, ou ainda, restringir o direito de participar de licitações ou celebrar contratos administrativos.

O objeto de estudo desta monografia é o regime jurídico de sanções administrativas da Lei n. 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), que recentemente foi promulgada para revolucionar a estrutura de contratação pública de todos os entes federativos e que, principalmente, incorpora a prerrogativa sancionatória.

Com essas considerações, chegou-se à seguinte problemática: o novo regime jurídico sancionatório em licitações e contratos administrativos previsto pela Lei n. 14.133/2021 possui a capacidade de otimizar a finalidade dissuasória de suas sanções administrativas ao mesmo tempo que preserva garantias fundamentais dos acusados?

Há a suspeita de que as disposições sobre o direito administrativo sancionador da NLLCA oferecem excessiva margem de discricionariedade para a aplicação e fixação das sanções, o que pode dar ensejo, caso confirmada, a potenciais ofensas a garantias constitucionais dos sancionados e ao comprometimento da finalidade das sanções administrativas. O objetivo desta monografia é verificar se há equilíbrio entre o respeito a

direitos dos particulares sancionados e a máxima efetividade do regime sancionatório na Lei n. 14.133/2021.

Para verificar essa hipótese, utilizar-se-á o método dedutivo, com o procedimento da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Assim, no primeiro capítulo desta monografia serão constatados o conceito, a finalidade e a instrumentalidade da sanção administrativa, com o objetivo de delimitar o regime de direito administrativo sancionador e a sua possível aproximação ao direito penal, cuja longeva ciência pode ser uma ferramenta útil para a integração de conceitos ainda não consolidados na incipiente ciência sancionadora do direito administrativo, com o referencial da teoria unitária do poder punitivo estatal.

No segundo capítulo, procura-se descrever a própria estrutura sancionatória em licitações e contratos administrativos, contrastando as principais legislações posteriores à Constituição Federal de 1988, Lei n. 8.666/1993, Lei n. 10.520/2022, Lei n. 12.462/2011 e Lei n. 13.303/2016, ao regime sancionatório da Lei n. 14.133/2021, destacando as principais certezas e dúvidas sobre suas infrações, sanções e regras de como aplicá-las.

No terceiro capítulo, busca-se mapear os eventuais defeitos e dificuldades do regime jurídico de sanções administrativas da Lei n. 14.133/2021 em relação ao equilíbrio entre a otimização da finalidade dissuasória, sob o enfoque da análise econômica do direito, e o respeito às garantias fundamentais. Assim, procura-se abordar a hipótese de vícios a princípios gerais do direito punitivo como a proporcionalidade, individualização da pena, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e o comprometimento do caráter dissuasor da sanção administrativa caso se verifique a preferência por um regime jurídico primordialmente adversarial.

2 LINHAS GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

O aumento do direito administrativo rivaliza a quantidade de relações sociais que o Estado ambiciona regular ou limitar. Não raro, utiliza-se de medidas cautelares, persuasivas ou mesmo das sanções administrativas como instrumento dessa ambição.¹

A hipertrofia do direito administrativo sancionador está diretamente correlacionada a do direito administrativo, mas talvez a sua expansão acelerada não se limite à expansão da atividade regulatória do Estado, mas a um sentimento de frustração generalizada com a efetividade do direito penal e, num contexto mais amplo, com a superposição entre eles, ora de criminalização de infrações administrativas e *administrativização* de crimes.²

A depender da política pública de um Estado mais ou menos intervencionista, o movimento de comunhão entre o direito penal e o direito administrativo sancionador se intensifica, como através da instrumentalização de sanções para o cumprimento de normas econômicas em épocas de crise.³

Essa instrumentalização do direito sancionatório como ferramenta de conformação social aplica-se ao processo de contratação pública. Não é raro que a Administração Pública seja molestada por contratados de má-fé que impliquem o cometimento de fraudes e toda a sorte de desconformidades legais e contratuais. Apesar de por vezes responder com leniência, o que incute o sentimento de impunidade e a reprodução das mesmas situações em outros contratos, com frequência ela atua com excesso de rigor, aplicando penalidades desproporcionais às faltas dos contratados.⁴

Outrossim, o propósito geral desta monografia é analisar a instrumentalidade das sanções administrativas para a conformação dos particulares na seara das licitações e contratos administrativos, especificamente segundo a NLLCA. Para tanto, analisar-se-á, em primeiro momento, o conceito e a justificação da sanção administrativa e, depois, as nuances do regime jurídico do direito administrativo sancionador e a sua ligação com o direito penal.

¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*, n. p.

² VORONOFF, Alice. **Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 15-20.

³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 241.

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 1201.

2.1 A JUSTIFICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Neste tópico, os conceitos de infração e sanção administrativa serão estudados, tarefa essencial para definir o âmbito de aplicação do regime jurídico de direito administrativo sancionador. A aproximação com o direito penal depende de uma conceituação que não seja excessivamente ampla, sob pena de banalização e incerteza do raciocínio construído.

Depois, delimitar-se-ão as finalidades da sanção administrativa e demonstrar-se-á brevemente como ferramentas econômicas podem auxiliar na consecução desses objetivos. A fixação das balizas da aproximação depende da consideração das finalidades da sanção administrativa, sob pena de um argumento que possa resultar no sacrifício de sua utilidade.

2.1.1 O conceito e a natureza da sanção administrativa

Muitas vezes, com fundamento na supremacia do interesse coletivo, a Administração depara-se com a necessidade de impor aos administrados punições para assegurar a ordem pública ou o funcionamento de seus serviços.⁵

Para Hely Lopes Meirelles, as sanções administrativas são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crimes, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, na medida que o poder de polícia seria ineficiente se não fosse coercitivo e não dispusesse de sanções para a conformação.⁶ Marçal Justen Filho, por sua vez, entende que o sancionamento é uma medida inerente ao poder de polícia. A sanção, para o autor, é “uma restrição às liberdades individuais, por meio da adoção de providências administrativas”.⁷

Nomes como Daniel Ferreira⁸, Fábio Medina Osório⁹, Heraldo Garcia Vitta¹⁰, Rafael Munhoz de Mello¹¹ Regis Fernandes de Oliveira¹², influenciados por pensadores espanhóis,

⁵ NOBRE JÚNIOR., Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, [s. n.], p. 127-151, jan./mar., 2000. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>. Acesso em: 19 maio 2023.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 591.

⁸ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁹ OSÓRIO, op. cit.

¹⁰ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹¹ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹² FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

confluíram para a conclusão de que inexistia característica essencial distintiva entre a sanção penal e a administrativa, o que revela a unidade do poder punitivo estatal, que logo se divide em diversas formas de manifestação. Ulteriormente, esse raciocínio resulta na integração do regime jurídico de direito administrativo sancionador pelo direito penal.

Na Espanha, Eduardo García de Enterría conceitua a sanção administrativa como um mal infligido pela Administração como consequência da prática de conduta ilegal.¹³ O jurista Alejandro Nieto, por sua vez, começa a investigação a partir da infração. Nas palavras do autor, “la infracción, en definitiva, es una acción humana que la ley ha declarado como tal por ser causante de un hecho natural que agrede un orden (físico, social o moral) que el ordenamiento jurídico considera digno de esta protección”.¹⁴

Para Nieto, o resultado e a ação são inseparáveis, mas sobre a ação humana que ocorre o desvalor legislativo, arbítrio político que pode qualificá-la como delito ou propriamente como infração. Ainda que delas surja apenas um resultado, diferentes respostas estatais podem ser opostas a ações humanas. Por exemplo, da mesma forma que o ordenamento ambiental pode determinar as repercussões jurídicas de ações sobre a flora e a fauna, o direito penal pode criminalizar contaminações.

Surge o caráter sancionatório caso esse desvalor possua uma função repressiva e direitos sejam restringidos como consequência do comportamento ilícito. Somente às respostas dotadas de caráter punitivo aplica-se o regime jurídico do direito administrativo sancionador. Por conseguinte, medidas que não possuam esse traço distintivo, sob tutela administrativa, não constituem infrações administrativas, como *delitos, intereses por mora en el pago a la Administración, clausura de establecimientos por falta de licencia o por incumplimiento de las condiciones*, dentre outras figuras do direito espanhol.¹⁵

Para o professor espanhol Suay Rincón, responsável por grande evolução da matéria até a última década do século XX, a sanção administrativa pode ser definida como o mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal, resultante de um procedimento administrativo com uma finalidade puramente repressora.¹⁶

A partir dessa concepção, Fábio Medina Osório identifica quatro elementos característicos da sanção administrativa: (i) autoridade administrativa (elemento subjetivo);

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de. El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, v. 10, n. 10, p.399-430, jul./ago. 1976.

¹⁴ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 195.

¹⁵ Ibid, p. 194-199.

¹⁶ RINCÓN, José Suay. **Sanciones Administrativas**. Bolonha: Real Colegio de España, 1989. apud OSÓRIO, op. cit.

(ii) efeito aflitivo (elemento objetivo); (iii) finalidade repressora (elemento teleológico); e (iv) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).

Tradicionalmente considerava-se o elemento subjetivo como um contraponto às sanções judiciais, que seriam dotadas de maiores garantias aos indivíduos, porque as sanções administrativas deveriam ser aplicadas diretamente pela Administração. Para Osório, em divergência, a sua posição como autoridade sancionadora não é imprescindível, visto que há sanções repressivas próprias do direito administrativo que são aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário.

Essa perspectiva formalista do elemento subjetivo seria inconsistente em relação às sanções aplicadas por juízes, como as decorrentes de ato de improbidade administrativa.¹⁷ Portanto, a ausência da Administração Pública no polo ativo, não desconstitui a incidência do direito administrativo sancionador. O elemento objetivo qualifica a sanção administrativa como um castigo, diferenciando-a de um prêmio, que não deve ser confundido com o teleológico, que versa sobre a finalidade da sanção.¹⁸

Em face desses elementos, Osório cunha um conceito autônomo para sanção administrativa:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. [...] ¹⁹

Para Heraldo Garcia Vitta, a sanção administrativa é a consequência repressiva imposta por autoridade administrativa e, quanto ao elemento teleológico, tem finalidade eminentemente preventiva. Pela ausência de distinção ontológica da sanção penal, são aplicáveis princípios do direito penal, como a legalidade, tipicidade e devido processo legal.²⁰

Para Daniel Ferreira, a característica repressiva impede que a sanção administrativa seja confundida com medidas preventivas ou cautelares²¹. O que distingue a pena de reclusão

¹⁷ Nesse sentido, o parágrafo nono do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa determina que “as sanções previstas neste artigo somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória”. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

¹⁸ OSÓRIO, op. cit.

¹⁹ Ibid.

²⁰ VITTA, op. cit., p. 66-96.

²¹ FERREIRA, op. cit., pp. 87-88.

da multa e o homicídio do não-pagamento do tributo é o regime jurídico ao qual se sujeitam. O regime jurídico das sanções administrativas é identificado a partir da autoridade responsável pela investigação ou imposição da sanção.²²

Em outra linha, Rafael Munhoz de Mello cria subcategorias entre as sanções administrativas: retributivas e ressarcitórias. Aquelas constituem um mal imposto a quem cometeu ilícito administrativo. A estas, por visarem à reparação do dano causado, o regime jurídico do direito administrativo sancionador se aplicaria de maneira mitigada, especialmente no tocante à tipicidade, eis que o comportamento proibido seria simplesmente causar dano.²³

Regis Fernandes de Oliveira aduz que existem diferentes espécies de sanções administrativas. Sanções decorrentes do exercício do poder de polícia seriam meramente punitivas, sanções disciplinares visariam à restituição de ordem em uma relação particular de autoridade e sanções fiscais teriam natureza ressarcitória ou punitiva, quando destinadas apenas a recompor o gasto suportado pelo recolhimento irregular, ou impor ônus pelo descumprimento da obrigação tributária.²⁴

Osório também distingue a sanção administrativa de outras ferramentas de conformação, como as medidas de polícia, de ressarcimento ao erário e, especialmente, rescisórias, na seara de atos de vontade e de contratos administrativos, que constituem elementos intrínsecos da relação contratual, não da prerrogativa de punição do Estado.²⁵

Não obstante a existência de algumas inconsistências, entende-se que a conjunção das posições dos autores é o estado das artes em direito administrativo sancionador. A retributividade da sanção, em seu sentido objetivo, é um elemento distintivo pacífico para os doutrinadores, mas o reconhecimento dela em figuras jurídicas específicas é controverso.

Em sua tese de doutoramento, Alice Voronoff propõe que as particularidades finalísticas e operacionais, o caráter instrumental da sanção administrativa e a sua funcionalidade são elementos essenciais para a justificação, interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador.²⁶

O elemento finalístico-operacional envolve o resultado esperado com a punição administrativa. O exercício do poder punitivo pela Administração opera de forma prospectiva, com o objetivo de adequar a conduta dos particulares, para evitar resultados contrários ao

²² FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012, p. 173. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280/635>. Acesso em: 19 maio 2023.

²³ MUNHOZ DE MELLO, op. cit., pp. 80-81.

²⁴ FERNANDES DE OLIVEIRA, op. cit., p. 19-20.

²⁵ OSÓRIO, op. cit.

²⁶ VORONOFF, op. cit., p. 76.

interesse público, dissociado de reprovação ético-social. É justamente essa ausência de um juízo de condenação moral que o distingue do direito penal, que opera com um viés retributivo e retrospectivo, cuja finalidade inerente, ainda que não seja a única, é castigar o ofensor por lesão provocada a bens jurídicos relevantes à sociedade.

O elemento da instrumentalidade parte da premissa de que a sanção administrativa não é um fim em si mesmo, possui um papel a cumprir e sua aptidão para o fazer é uma de suas condições de legitimação. A sanção administrativa só se justifica se for capaz de produzir os resultados dela esperados.

Todavia, os fins pretendidos pela sanção penal são diferentes da administrativa. A estrutura da sanção administrativa deve considerar uma complexa lógica de incentivos à luz do papel esperado pela sanção em cada contexto. Pela ótica instrumental, o direito administrativo sancionador deve ser apto à produção de incentivos que promovam a conformação das condutas e o administrador tem o dever de verificar a capacidade de gerar os incentivos corretos e os resultados esperados de seus atos sancionadores.

O elemento funcional significa que o modo de operação do direito administrativo sancionador possui particularidades e é diferente do direito penal. A sanção administrativa é uma técnica regulatória, que se comunica com outras ferramentas do Estado e, nesse diapasão, há especial ênfase na demanda por efetividade, eficiência, economicidade e sensibilidade a mudanças econômicas, sociais, factuais e tecnológicas.

Por influência do constitucionalismo, a demanda pela capacidade de alcançar seus fins é limitada pelas garantias fundamentais, que cobram atuação não arbitrária e proba do administrador, em especial no campo sancionatório. A conclusão é que deve haver um fino equilíbrio próprio do direito administrativo sancionador, que implica na sua não submissão automática a lógicas e construções do direito penal.

Assim, Alice Voronoff caracteriza a sanção administrativa como um instrumento de conformação de condutas que opera por incentivos com vista ao alcance de finalidades de interesse público, segundo um procedimento específico sujeito a exigências próprias. A autora ressalta que essa afirmativa não significa uma desconsideração das preocupações formais e normativas, que são pressuposições desses elementos, na medida que suas próprias finalidades e balizas são normativamente fixadas.²⁷

A confluência de todos os autores é a existência de um regime jurídico próprio do direito administrativo sancionador, que não se submete automaticamente à dogmática do

²⁷ Ibid, pp. 77-98.

direito administrativo puro ou do direito penal, mas que neste caso, sob certas circunstâncias, pode ser utilizado como elemento integrador de sua própria ciência.

2.1.2 A avaliação econômica da instrumentalidade da sanção administrativa

Dentre outras aplicações, Cesare Beccaria defendia que os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem ser mais graves conforme o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum.²⁸ Para o italiano, quanto mais atrozes forem os castigos, mais audacioso será o culpado a evitá-los, acumulando crimes para escapar da pena merecida pelo primeiro. Outrossim, para que o castigo produza o efeito esperado, basta que o mal que causa seja superior ao benefício obtido com o crime.²⁹

Esse pensamento iluminista faz referência à função preventiva da pena, segundo a qual o Estado deve desestimular o cometimento de novas infrações, que se assemelha à finalidade instrumental constatada. Para Rafael Munhoz de Mello, dentre outras funcionalidades, a sanção administrativa tem um caráter preventivo, na medida que se destina a desestimular ilícitos e a ocorrência de novas infrações.³⁰ Já para Gustavo Binbenjimin, enquanto ferramenta de conformação social sob lógica instrumental e prospectiva, ela pressupõe a criação de incentivos que sejam eficazes para atingir a conformação pretendida³¹.

Essas teorias dissuasórias de justificação da pena ganharam relevância à luz da análise econômica do direito, especialmente alinhadas à Escola de Chicago, representada por autores como Ronald H. Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Richard A. Posner.

Em síntese, a escola apoia-se no conceito econômico do *homo economicus*, uma idealização do ser humano como um ser racional capaz de se comportar dentro e fora do mercado de forma a maximizar as suas preferências, que são bem delineadas. Conhecedores das suas opções, os indivíduos comportam-se de acordo com análises de custos e benefícios, agindo apenas caso estes superassem aqueles. O cometimento de uma infração, por conseguinte, seria fruto de uma escolha racional³², que não deve ser entendida como uma ampla meditação, mas uma adequação entre meios e fins³³.

²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015, pp. 71-73.

²⁹ Ibid, pp. 53-55.

³⁰ MUNHOZ DE MELLO, op. cit., p. 76.

³¹ BINENBOJIM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 156-163.

³² VORONOFF, op. cit., p. 66.

³³ POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

O comportamento racional é fruto de incentivos direta ou indiretamente econômicos, como o aumento do preço de determinado produto ou a edição de lei restritiva de direitos. Por conseguinte, a probabilidade de um indivíduo cometer um ilícito aumenta ou diminui conforme a “flutuação” dos custos do comportamento. A punição é vista como um preço a ser pago pelo infrator que se justifica para detê-lo do cometimento da infração, daí a finalidade dissuasória ou preventiva da sanção.

Há duas variações dissuasórias: o modelo de dissuasão ótima e o modelo de ganhos ilícitos. O primeiro pretende delimitar um nível ótimo de punição, uma maximização de eficiência. O objetivo não é eliminar totalmente os incentivos para o cometimento de um ilícito, mas ponderá-los com os benefícios que podem trazer à sociedade, compreendendo a atividade delituosa como uma indústria. A lógica é submeter o infrator à internalização dos custos de sua conduta ilícita, não inviabilizar totalmente sua atividade, como no caso de uma indústria poluente que ainda gera riqueza à sociedade. A intensidade da pena deve ser estrategicamente calibrada para neutralizar os custos causados a terceiros e os custos de fiscalização da máquina estatal, além de levar em conta variáveis como a probabilidade de detecção e de punição da conduta, sem sacrificar os ganhos sociais da atividade.³⁴

Nessa linha, para Becker, o crime é uma atividade economicamente relevante e será cometido se a utilidade esperada com a sua realização for superior à utilidade que se esperaria auferir com o dispêndio de tempo e recursos em outras atividades lícitas. A rigor, algumas pessoas não se tornam criminosas por diferenças em suas motivações, mas porque seus benefícios e custos diferem.³⁵

A segunda variação propõe que a dissuasão seja máxima, não ótima. O pressuposto é que os prejuízos do cometimento da infração sempre superem os benefícios, com a completa eliminação da conduta infracional. O objetivo da pena, então, não deve se voltar apenas à internalização de custos, mas à eliminação de todo e qualquer tipo de ganho. Sem a perspectiva de utilidade, não haveria incentivo para infringir a lei.³⁶

Os dois modelos não são excludentes e podem ser aplicados concomitantemente, a depender da situação ou da própria infração a que se pretende combater. Depende da política infracional. É importante destacar que os estudos da análise econômica podem ser utilizados como ferramentas prescritivas como descritivas, no sentido de prescrição de modelos ideais

³⁴ VORONOFF, op. cit., p. 67-68.

³⁵ BECKER G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169 - 217, 1968. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

³⁶ VORONOFF, op. cit., p. 69-70.

ou descrição de fenômenos observados empiricamente³⁷. Como o objetivo desta monografia é a análise em abstrato do sistema sancionatório na Lei n. 14.133/2021, utilizar-se-á primordialmente a prescritiva, como será abordado especificamente no quarto capítulo.

O ponto essencial para o momento é a consciência de que a consecução da finalidade dissuasória da sanção administrativa depende da criação de uma estrutura de incentivos eficiente. Na medida em que toda decisão pública envolve ganhadores e perdedores, o critério de Kaldor-Hicks para a eficiência, que a grosso modo pressupõe a possibilidade de compensação das perdas de uns pelos ganhos de outros e não um cenário ideal como o ótimo de Pareto, é o mais adequado para analisar políticas públicas.³⁸

Não obstante, é imprescindível levar em consideração os desafios modernos dos próprios da contratação pública, como as de falhas de mercado, concorrência imperfeita, informação assimétrica, risco moral, contratos incompletos e a seleção adversa³⁹ como premissas para a análise desses incentivos.

Por isso, para a justificação da sanção administrativa, é necessário que o regime jurídico de direito administrativo sancionador não elimine a capacidade de gerar esses incentivos, mas deve buscar adequá-los às balizas típicas do Estado Democrático de Direito, especialmente as relativas ao direito punitivo. Por isso a relevância da consideração conjunta da instrumentalidade da sanção administrativa e dos limites constitucionais do direito administrativo sancionador.

À luz dessas premissas, adota-se uma matriz pragmatista, traduzida no antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo⁴⁰, próximos da análise econômica do direito, como importante ferramenta para oferecer valiosos subsídios para maximização dos resultados pretendidos pelo direito administrativo sancionador, enquanto instrumento para identificar a relação de causalidade entre as decisões e suas consequências econômicas ou valorar essas consequências positivas ou negativas⁴¹, especialmente na análise do regime jurídico de sanções administrativas em Licitações e Contratos.

³⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 58.

³⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 91-92.

³⁹ CAMELO, B.; NÓBREGA, M.; TORRES, R. C. L. de. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁴⁰ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, pp. 23-72.

⁴¹ BINENBOJM, op. cit., pp. 58-59.

2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL

Existe um fenômeno de *administrativização* do direito penal, caracterizado pelo uso indiscriminado do poder punitivo que privilegia o Estado em relação aos particulares para o cumprimento de obrigações públicas, banaliza o direito penal e relativiza pontos importantíssimos de sua dogmática⁴². O cenário atual em torno do direito administrador é complexo, seja pela sua expansão acelerada ou por sua trajetória peculiar e errática, de idas e vindas não lineares com o direito penal.⁴³

O propósito deste tópico é estudar o processo de aproximação pendular e a troca de características a que estiveram sujeitos. Diante da necessidade de base hermenêutica para o fazer, investigar-se-á a teoria unitária do poder punitivo estatal como justificativa da integração do embrionário ordenamento de direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, quais elementos do direito penal podem lhe ser incorporados.

2.2.1 Aproximação com o direito penal e unidade do poder punitivo estatal

A sociedade e relações interpessoais evoluíram, ganharam complexidade e dinamicidade. Nesse fluxo contínuo, o direito penal clássico tornou-se insuficiente para tutelar os universo de danos causados a diferentes esferas sociais, econômicas e comerciais⁴⁴. A evolução vem acompanhada de uma dificuldade de controle e, diante de um sentimento generalizado de insegurança social, meios sistemáticos e eficazes de controle de riscos são cada vez mais demandados.⁴⁵

O direito penal e o direito administrativo sancionador não ficaram alheios, mas integraram as inseguranças generalizadas da sociedade. Sintomas dessa realidade de grande insegurança são a criação de crimes de perigo abstrato, da tutela penal de entes coletivos e de

⁴² ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 50.

⁴³ VORONOFF, op. cit., p. 32.

⁴⁴ Ibid, p. 22.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

delitos que não correspondem a condenações morais, mas a respostas aos anseios da população, em deferência à conveniência político-legislativa⁴⁶.

Helena Regina Lobo da Costa leciona que as duas disciplinas aproximam-se, de um lado com a *administrativização* do direito penal e do outro, com um recrudescimento punitivo do direito administrativo sancionador, uma das mais marcantes características do direito penal econômico. O grande problema da *administrativização* é a desconsideração dos limites necessários à utilização da norma penal⁴⁷.

Diante do aumento da complexidade de tipos penais, há o apoio no direito administrativo para a configuração dos elementos da tipicidade ou ilicitude, especialmente quando a especificação de normas penais em branco depende de atos administrativos, como autorizações e licenças, ou normativos, como regulamentos e resoluções.

A incorporação do direito penal pelo direito administrativo sancionador é fruto dessa conexão, cuja origem pode ser atribuída ao alargamento das funções estatais, que passaram a englobar a regulação do meio ambiente, liberdade e livre concorrência econômicas, telecomunicações, dentre outros, além da descentralização e transferência das atividades que eram praticadas diretamente por órgãos estatais a concessionárias ou permissionárias, reservando a competência de regular, fiscalizar e sancionar ilícitos⁴⁸.

Esse fenômeno não é original ou exclusivo do Brasil. É possível observar a transferência de competências do direito penal para o direito administrativo nos esforços de França, Itália e Alemanha, com o escopo de restrição da amplitude do direito penal, com a descriminalização de condutas de menor potencial ofensivo através da criação de regras de direito administrativo sancionador. Houve um histórico movimento pendular entre as duas esferas, ora em momentos de processos de descriminalização e posterior capitulação como infrações administrativas, e ora no caminho reverso, naqueles momentos de acessoriedade administrativa que atos concretos ou normativos completam o sentido de normas penais.⁴⁹

A ausência de um regramento para a atividade punitiva estatal, seja pelo direito penal ou administrativo, não pode ensejar ofensas a garantias individuais dos administrados. O problema da hipertrofia do poder punitivo da Administração é, sobretudo, a carência de um regime de regras e princípios que delimitem parâmetros do direito administrativo sancionador.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 22, p. 26-35, abr./jun. 1998, p. 27. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2761564&forceview=1>. Acesso em: 19 maio 2023.

⁴⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁴⁸ Ibid, p. 117.

⁴⁹ CARLOS DE OLIVEIRA, op. cit., p. 90-100.

É preciso cuidado para que a constante troca não resulte na camuflagem de violências a partir do deslocamento de infrações do direito penal ao direito administrativo.

A confusão e o processo de aproximação entre a pena e a sanção administrativa é o que deu início a um longo debate sobre a distinção entre as duas figuras repressivas. O jurista alemão James Goldschmidt, a quem é atribuída a vanguarda da diferenciação ontológica entre a sanção administrativa e penal, adotava posturas qualitativo-quantitativas, mas não se filiava à ideia de uma diferença qualitativa entre as duas.⁵⁰

Na moderna doutrina alemã, abandonou-se a procura da demarcação das duas áreas e consolidou-se a falta de diferença essencial qualitativa entre as violações administrativas e penais. Sob concepção formalista, tradicionalmente pensava-se que crimes oferecem culpa moral, ao contrário das administrativas, eticamente neutras. Esse raciocínio, porém, seria incapaz de responder o questionamento de o que efetivamente determina a reprovabilidade moral de uma conduta. A resposta certamente não seria a própria norma proibitiva.⁵¹

Desse raciocínio de identidade ontológica surgiu a teoria da unidade do poder punitivo estatal, premissa da qual autores administrativistas como Regis Fernandes de Oliveira⁵², Heraldo Garcia Vitta⁵³ e Rafael Munhoz de Mello⁵⁴ são partidários. Para Helena Regina Lobo da Costa, o crime e a infração administrativa são produtos de uma criação normativa arbitrária e não existem como realidade, o que os torna ontologicamente iguais⁵⁵.

Mello defende que ao Estado incumbe decidir por via de qual manifestação exercerá o poder punitivo, a partir de um critério formal: a presença da Administração Pública. Haveria um arbítrio político, porque o exercício do poder punitivo se sujeitaria ao regime do Estado Democrático de Direito, com a observância de um robusto rol de garantias individuais, independente de como foram positivados. A partir da existência de uma unidade do poder punitivo estatal, o legislador possui discricionariedade para capitular delitos ou infrações

⁵⁰ CASERMEIRO, Pablo Rando. **La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

⁵¹ WEIGEND, Thomas. **The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law**. *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 59. Association Internationale de Droit Pénal: Stockholm, 1988, p. 86-89. apud XAVIER, Marília de Araújo Barros. **O Modelo Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador: do processo civil sancionador ao *ne bis in idem***. 2022. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022., p. 47.

⁵² OLIVEIRA, op. cit.

⁵³ VITTA, op. cit.

⁵⁴ MUNHOZ DE MELLO, op. cit.

⁵⁵ COSTA, Helena Lobo Regina da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

administrativas e que, caso as garantias fossem incomunicáveis entre os dois regimes, poderia o legislador fugir do mais protetivo para o menos⁵⁶.

Fábio Medina Osório, explica que a ideia foi consolidada através de uma série de construções teóricas e jurisprudenciais na Espanha, inicialmente nos Tribunais Superiores, logo nas Cortes Constitucionais e no próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ou qualitativo seria o fundamento para a identidade, cuja prova seria o fato de que o legislador possui discricionariedade na *administrativização* de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos⁵⁷.

Na Espanha, talvez a passagem para o Estado social e a marca da ditadura franquista tenham influenciado um processo de despenalização não libertário, que manteve a estratégia repressiva do aumento dos tipos administrativos em reforço às penas. Buscava-se que determinados delitos fossem tratados como infrações administrativas, como justificativa para a inobservância de garantias e desnecessidade do controle judicial.⁵⁸

Nieto explica que a tese absolutamente dominante no direito espanhol é de que a *potestad sancionadora* e a *potestad penal* dos juízes e tribunais penais, partem de um único *ius puniendi* do Estado, que logo se subdivide em formas de sua manifestação, o que sucede no empréstimo de instrumentos do direito penal ao direito administrativo sancionador, por conta da sua maturidade mais avançada e superioridade teórica.⁵⁹

O argumento consiste na inexistência de elemento qualitativo que diferencie o poder punitivo da Administração Pública do exercido pelos juízes em processos penais, visto que ambas têm a origem no mesmo poder punitivo estatal. A utilidade desse conceito para o direito espanhol foi possibilitar a criação “sistema de estructura piramidal coronado por el ius puniendi del Estado: cúspide en donde convergen las líneas de todas las potestades represivas”⁶⁰. Isto é, a integração de dois regimes jurídicos que vinham se aproximando.

Nieto contextualiza a polêmica na Espanha: o problema não é a existência do poder sancionador da Administração⁶¹, mas os limites precisos de seu exercício. Quando a doutrina e a jurisprudência procuram unificar dois conceitos distintos, formam com eles um

⁵⁶ MUNHOZ DE MELLO, op. cit., p. 104-106.

⁵⁷ OSÓRIO, op. cit.

⁵⁸ CARLOS DE OLIVEIRA, op. cit., p. 122-123.

⁵⁹ NIETO, op. cit., p. 86.

⁶⁰ Ibid, p. 149.

⁶¹ O art. 25 da Constituição Espanhola de 1978 determina que: “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. [...]”. ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constitución Española, de 29 de dezembro de 1978**. [s. l.] Boletín Oficial del Estado: n. 311, 29 dez. 1978. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Acesso em: 15 maio 2023.

*supraconcepto*⁶². Daí a tese da unidade surgiu de uma construção jurisprudencial das cortes espanholas e a *sentencia 18/1981*, do *Tribunal Constitucional*, consolidou a premissa de igualdade ontológica e a consequente aplicação dos princípios do direito penal⁶³.

Essa igualdade significa que possuem a mesma natureza, seja por fator normativo ou não normativo. Caso a semelhança fosse puramente não normativa, o legislador poderia optar por aplicar dois regimes distintos, caso das fraudes fiscais, que podem ser infrações administrativas ou crimes. Mesmo que fossem figuras diametralmente distintas, ainda assim o legislador poderia aplicar-lhes o mesmo regime jurídico.⁶⁴ Portanto, o ilícito não existe na realidade, é criado pela norma e sem ela não pode haver ilícito.

O autor explica que posteriormente, em 21 de fevereiro de 1984, no caso de *Öztürk vs. Alemanha*, o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos consignou a equiparação ontológica de infrações administrativas e delitos, ao declarar a legitimidade da classificação dúplice das duas formas como espécies de um *supraconcepto*. Todavia, o argumento da unidade não pode resumir-se ao oferecimento de cobertura teórica para a extensão irrestrita do direito penal ao direito administrativo sancionador.

Fundamentalmente, Nieto sustenta que (a) se aceita a identidade ontológica, todas as consequências jurídicas devem ser reconhecidas; (b) uma das mais importantes é de que o direito penal é uma das variedades do direito público, que rege o poder punitivo estatal; (c) o direito administrativo sancionador deve inspirar-se no direito público, de onde emana; (d) ainda que não haja necessidade de integração pelo direito penal, a prática é muito recomendada porque (d.1) o direito público estatal não elaborou uma teoria aplicável a todas às manifestações do poder punitivo estatal, como a ciência penal, a qual seria tolice não aproveitar por um escrúpulo sistemático, e (d.2) as garantias e direitos individuais que tenham consolidado o direito penal e que são irrenunciáveis devem ser de aplicação geral.

A conclusão é de que o direito penal é um elemento integrador do regime autônomo do direito administrativo sancionador. A grande dificuldade, porém, consiste na determinação de quais desses princípios serão aplicados ao regime do direito administrativo sancionador.⁶⁵

Em deferência ao silogismo espanhol, Osório argumenta que a mais importante consequência da unidade do *ius puniendi* estatal é aplicação de princípios comuns ao direito

⁶² NIETO, op. cit., p. 149.

⁶³ Ibid, pp. 85-94.

⁶⁴ Nieto ainda explica que: “Vistas así las cosas, se comprende fácilmente la inanidad jurídica de la invocación a una pretendida identidad ontológica. Porque, aun suponiendo que ésta existiera, nada impide al legislador tratar de modo igual a dos seres diferentes por esencia (hombre y mujer) o tratar de modo desigual a dos seres ontológicamente iguales (libres y esclavos, nacionales y extranjeros” Ibid, p. 154.

⁶⁵ Ibid, p. 151-166.

penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se garantias e direitos fundamentais dos investigados e dos acusados em geral. Por mais que justifique a transposição de princípios e garantias penais, não descaracteriza a existência de um regime jurídico próprio do direito administrativo sancionador e não fundamenta a incorporação de toda a dogmática penal, mas que demanda a integração para a conservação de direitos e garantias individuais.⁶⁶

Não se desconhece que a teoria não é isenta de críticas, mas ultrapassa o propósito desta monografia refutar cada uma das alternativas. Contudo, é interessante reconhecer que não é de forma alguma absoluta, por mais que seja o referencial mais consolidado.

Nieto fornece as então conhecidas alternativas à teoria unitária. Primeiro, ressalta a *tesis policial*, segundo a qual o poder punitivo da Administração é corolário imprescindível do poder de polícia estatal, que não possuiria coatividade e generalidade se não fosse munida dessa prerrogativa⁶⁷. A maior consequência da premissa de que poder sancionador como um corolário do poder de polícia é o reconhecimento de um regime jurídico puramente administrativo às sanções administrativas.

Uma reformulação da *tesis policial* ressalta a concepção de que quem possui a capacidade de ordenar, de mandar ou proibir, também possui a capacidade de sancionar, visto que sem a última as primeiras ficam inoperantes, que é a tese da *atribución implícita de la potestad*, caso das *Comunidades Autónomas* e da própria Comunidade Europeia. Em outras palavras, o poder punitivo seria apenas uma parte da competência de gestão⁶⁸.

Fábio Medina Osório atenta para as críticas dos poderes sancionadores da Comunidade Europeia, nos poderes de particulares aplicarem sanções administrativas no caso de descentralização de serviços públicos, visto que um regime unificado de direito público punitivo seria necessário caso houvesse um único poder sancionador do Estado⁶⁹.

No Brasil, consagrou-se um regime jurídico que legitima a reiteração punitiva. O princípio da independência das instâncias é considerado como um dogma indevassável que valida a separação quase completa de processos administrativos e judiciais, com a exclusão de princípios penais relevantes, como a vedação à dupla punição pelo mesmo fato⁷⁰.

Fábio Medina Osório critica o apelo ao princípio da independência das instâncias, com fundamento na própria unidade do poder punitivo estatal, como consectário da segurança

⁶⁶ OSÓRIO, op. cit.

⁶⁷ NIETO, op. cit., p. 94-96.

⁶⁸ Ibid, pp. 94-98.

⁶⁹ OSÓRIO, op. cit.

⁷⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Jurídica da Presidência**, [s. l.], v. 23, n. 131, p. 629-653, 28 jan. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2022v23e131-1875>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1875>. Acesso em: 17 jun. 2023.

jurídica. A negação possibilita a punição pelo mesmo fato em diferentes instâncias estatais, com decisões contraditórias entre si⁷¹.

A exemplo do rechaço pela teoria da unidade do poder punitivo estatal, recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989/PR⁷², com repercussão geral reconhecida, a partir das edições que a Lei de Improbidade Administrativa⁷³ sofreu pela Lei n. 14.230/2021⁷⁴, firmou a tese de irretroatividade da revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa e do novo regime prescricional, uma das cujas razões de decidir foi a independência das instâncias e o reconhecimento da natureza civil das sanções decorrentes da improbidade.

Também com fundamento na independência das instâncias, no recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.224.374/RS⁷⁵, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de constitucionalidade da previsão de sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização de testes ou exames para verificar a influência de álcool ou de outra substância psicoativa. Em outras palavras, relativizou-se o princípio da não autoincriminação e o direito de não produzir provas contra si mesmo, permitindo a imposição de multas diante do exercício desse direito.

No Brasil, a teoria da unidade do poder punitivo estatal sofre escrutínio pela jurisprudência. Não obstante, por estar consolidada entre os administrativistas modernos e pelos motivos estudados, adota-se a teoria como referencial teórico desta monografia, na medida que possibilita a integração do regime jurídico do direito administrativo sancionador

⁷¹ ARÊDES, Sirlene Nunes. Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [s. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818>. Acesso em: 23 maio 2023.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92)**. [...] Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992].

⁷⁴ BRASIL, **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 1.224.374/RS. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ARTIGO 165- A E ARTIGO 277, §§ 2º E 3º. LEI SECA (LEI FEDERAL Nº 11.705/08), ARTS. 2º, 4º e 5º, III, IV E VIII. LEI FEDERAL Nº 12.760/2012, ART. 1º. CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DO LIMITE DA ALCOOLEMIA PARA ZERO E DAS SANÇÕES IMPOSTAS À RECUSA DO CONDUTOR EM SUBMETER-SE AO TESTE DO BAFÔMETRO**. [...] Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353715881&ext=.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

pelo direito penal e, conseqüentemente, se torna a premissa para a proteção de garantias individuais, balizando os limites de operação do direito administrativo sancionador.

2.2.2 Garantias penais ao direito penal ao direito administrativo sancionador

O recorte sancionador do direito administrativo é novo em relação ao direito penal, o que enseja incertezas quanto a princípios contraditórios, como a presunção de inocência frente à presunção da legalidade e veracidade dos atos administrativos. A aproximação hermenêutica das duas ciências, no entanto, é útil quando possibilita a interpretação da sanção administrativa utilizando problemas já bastante depurados no direito penal.⁷⁶

Marçal Justen Filho aponta que as sanções administrativas são próximas às sanções penais, sujeitando-se a regime, senão idêntico, pelo menos parecido, com a aplicação de princípios como a legalidade, tipicidade, proporcionalidade e culpabilidade. Portanto, o sancionamento deve ocorrer segundo rigoroso processo administrativo orientado pelo princípio da verdade real, com o objetivo de revelação da verdade dos fatos⁷⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a ausência de diferença substancial entre a sanções administrativa e penal significa a distinção das duas pelos regimes jurídicos, o qual é sujeito a princípios como a legalidade, anterioridade, tipicidade, voluntariedade, proporcionalidade, devido processo legal, motivação e insignificância, que relativiza a regra de um poder-dever de sancionar.⁷⁸

Toda atividade administrativa deve observância aos princípios e regras constitucionais, que representa o cerne da vinculação à juridicidade, especialmente no exercício do poder punitivo, onde podem ser reconhecidos os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, legalidade, tipicidade, segurança jurídica, irretroatividade, culpabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, individualização e pessoalidade da pena.⁷⁹

As garantias e direitos individuais ligadas à restrição do poder punitivo estatal devem ser aplicadas universalmente a todas as suas formas de exercício. Outrossim, consoante a teoria apresentada no tópico passado, na hipótese da insuficiência de um regime jurídico para

⁷⁶ CARLOS DE OLIVEIRA, op. cit., p. 127.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 591-597.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 808-821.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, Rio de Janeiro, [s. v.], p. 468-490, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>. Acesso em: 20 maio 2023.

fazer valer a restrição ao poder punitivo e o respeito a prerrogativas individuais, é possível a sua integração por outro. O que justifica a transposição de institutos do direito penal ao administrativo é a constante necessidade de reduzir e coibir o arbítrio estatal.⁸⁰

Nessa linha, Helena Regina Lobo da Costa defende que mesmo que fossem identificadas diferenças qualitativas entre os ilícitos penal e administrativo, ainda assim aplicar-se-iam as garantias do direito penal ao direito administrativo sancionador, visto que muitas não são exclusivas do direito penal, mas do exercício do poder punitivo⁸¹.

Voronoff explica que mesmo na Espanha a extensão automática de princípios e garantias penais sofre críticas contundentes, já que podem constituir entraves ao funcionamento da Administração Pública. No Brasil, a transposição de garantias penais previstas na Constituição ao campo administrativo teve ampla aderência. Firmou-se uma importante abordagem garantista, que ainda cumpre o seu papel para escapar do desvio de finalidade do legislador, que poderia definir tipos penais como ilícitos administrativos.

A autora alerta que uma mudança de rumo exegética é necessária por três razões: (i) redimensionar a extensão de garantias penais que não se justifiquem por comprometer a efetividade e o funcionamento adequado do elemento finalístico-operacional; (ii) testar a legitimidade de exceções e adaptações já consolidadas pela doutrina e jurisprudência, mas desprovidas de justificação; e (iii) desfazer a inversão de lógica que prepondera na literatura administrativa, no sentido de penalização do direito administrativo sancionador. Assim, poder-se-ia partir dos atributos reconhecidos à sanção administrativa para então definir o seu regime próprio e diminuir a necessidade de integração⁸².

Na consecução da dogmática autônoma, que não dependa eternamente da integração por outras disciplinas, essas ressalvas são de importante consideração, especialmente se a

⁸⁰ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o importante Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.559/PR, que dispôs “1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.559/PR. DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.** [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010. Acesso em: 17 jun. 2023.

⁸¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.

⁸² VORONOFF, op. cit., p. 163-167.

aplicação indiscriminada de institutos de direito penal constitua obstáculo inultrapassável à finalidade dissuasória do direito administrativo sancionador, que justifica a sua operação.

Atualmente a jurisprudência e a doutrina espanholas não discutem mais o processo de transposição de princípios do direito penal, mas quais princípios serão transportados e até que ponto serão aplicados. Apenas os princípios são transponíveis e é afastada a extensão de regras ou normas do direito penal, salvo em excepcionalíssimos casos. A aplicação de princípios não é automática, mas condicionada a um profundo debate e contemplação.

Nieto elenca três condições para a transposição. Primeiro, ainda que originários no direito penal, são aplicáveis os princípios constitucionalizados que sejam entendidos como comuns a todo ordenamento punitivo do Estado. Segundo, os princípios do direito penal não constitucionalizados são aplicáveis, mas não prevalecerão sobre os princípios próprios do direito administrativo sancionador, caso contradigam-se. Terceiro, talvez o mais importante, não há necessidade de que as normas regulamentares do direito administrativo sancionador cedam às penais, mas podem ser desprezadas conforme as circunstâncias do caso, apreciadas primeiro pela Administração e logo pelos Tribunais de controle.⁸³

Como última ressalva, o Projeto de Lei n. 2481/2022, que altera a Lei n. 9.784/1999, faz referências expressas aos princípios de retroatividade da norma mais benéfica, contraditório, ampla defesa, intranscendência da sanção, proporcionalidade, razoabilidade, *ne bis in idem* e culpabilidade, além de prescrever critérios dosimétricos universais que criam importantes incentivos para a conformação das condutas⁸⁴. Foge do propósito analisá-lo minuciosamente e, diante da incerteza de sua promulgação, das possíveis emendas e da especulação envolvida. Não obstante, é oportunidade promissora do reconhecimento de garantias tipicamente penais ao direito administrativo sancionador.

Feitas essas considerações, cumpre-se analisar especificamente alguns dos principais princípios que podem ser incorporados ao direito administrativo sancionador e que posteriormente serão especialmente úteis na análise do regime jurídico de sanções administrativas em licitações e contratos administrativos: (i) legalidade e tipicidade; (ii) culpabilidade; (iii) proporcionalidade e razoabilidade; e (iv) individualização da pena.

⁸³ Para Nieto, “[...] las normas del Derecho Penal únicamente podrán aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador en los siguientes supuestos, verdaderamente excepcionales: a) analogía in melior; b) declaración expresa de supletoriedad, y c) remisión expresa de la norma administrativa.” NIETO, op. cit., pp. 164-169.

⁸⁴ “Art. 68-A. A elaboração, interpretação, aplicação e execução de normas de direito administrativo sancionador estão especialmente submetidas à observância dos princípios da retroatividade da norma mais benéfica, contraditório, prévia e ampla defesa, intranscendência da sanção, proporcionalidade, razoabilidade e non bis in idem. Art. 68-B. Não haverá responsabilização sancionatória objetiva da pessoa física e jurídica, salvo disposição legal especial. [...]” BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2481, de 2022**. Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 23 maio 2023.

2.2.2.1 Legalidade e tipicidade

O mandato de controle do poder repressivo estatal mais importante está previsto na no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que determina: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁸⁵. A ordem impõe que qualquer conduta deve ser descrita em lei, exclusivamente em lei, como crime e que a ela corresponda uma sanção, bem como ofereça segurança jurídica e um determinado grau de determinação, evitando a vagueza de conceitos que dependam excessivamente de complementação, antes que o Estado possa exercer seu poder punitivo.⁸⁶

No direito penal, a legalidade tem uma faceta rigorosa. O princípio exclui a capacidade de qualquer outro meio senão a lei criar delitos, agravantes ou medidas de segurança e proíbe o efeito retroativo de normas incriminadoras e da analogia. O apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta* (não há crime, não há pena sem lei prévia, escrita e estrita) sintetiza a legalidade penal, da qual decorrem subprincípios como a reserva legal, determinação, taxatividade e irretroatividade.⁸⁷

No direito administrativo também há vinculação à legalidade, particularmente da Administração Pública em matéria sancionatória. Recorre-se ao art. 5º, inciso II, que dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e ao *caput* do art. 37, ambos da Constituição⁸⁸, para vincular a Administração à legalidade.

Entretanto, a extensão do princípio na esfera administrativa sancionadora é diferente da penal. O regime jurídico possui suas próprias matizes, como a concepção distinta da máxima taxatividade do tipo sancionador⁸⁹. No direito administrativo contemporâneo, além da própria legalidade, diante da influência do constitucionalismo moderno, demanda-se que o

⁸⁵ BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, n. p.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral (arts. 1º a 120). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 259-265.

⁸⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁸⁹ ARAÚJO, V. S. de; BRANCO, T. R. E.; COSTA, V. do N.. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 02, p. 327-345, 2020, p. 7. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2020.40568>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568>. Acesso em: 20 maio 2023.

fundamento da atividade administrativa sofra influência de todo o ordenamento jurídico, premissa importante cuja alcunha ficou conhecida como juridicidade administrativa.⁹⁰

A interpretação sobre legalidade administrativa pode ser dividida em dois subprincípios: precedência e reserva da lei. Este é subdividido em duas categorias, formal ou material e absoluta ou relativa. A reserva formal sujeita o conteúdo da norma à lei estrita, enquanto a reserva material permite que seja editado por medidas provisórias e outras espécies legislativas. Ademais, afirmar que a reserva de lei é absoluta significa que o legislador deve esgotar o conteúdo na própria lei, já afirmar que é relativa significa que o legislador deve prescrever o núcleo essencial da norma, permitindo que a Administração Pública, por meio de atos de sua competência, complemente o seu conteúdo.⁹¹

Embora existam entendimentos contrários, com defendeu Edilson Nobre Júnior⁹², a literatura parece ter consolidado a concepção de materialidade e relatividade da reserva legal. Fábio Medina Osório explica que no direito administrativo sancionador a legalidade opera nuances próprias, em contraste ao direito penal, já que não há reserva de lei federal, visto que todos os entes da federação tem autonomia para legislar em matéria de sanções administrativas, nem impossibilidade de criação de sanções por medida provisória.

O autor argumenta, também, que os tipos administrativos são mais elásticos que os tipos penais, na medida que a legalidade das infrações administrativas é composta por conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais que outorgam amplos espaços de interpretação à autoridade julgadora. O resultado é a normalização de normas em branco, embora também ocorra no direito penal. Todavia, isso não implica o esquecimento do princípio da tipicidade, de forma que, ainda que a atividade administrativa possua uma prerrogativa discricionária, a ela não incumbe a competência tipificante, sob pena de esvaziamento do princípio da legalidade.⁹³

Alejandro Nieto não acompanha uma posição radical. O autor argumenta que levar a reserva legal às suas últimas consequências implicaria um engessamento da Administração ou um locupletamento do Poder Legislativo o que, especula, beneficiaria os infratores, que poderiam se socorrer na inoperância da Administração ou nos tribunais, que combateriam a arbitrariedade. O autor assevera, posteriormente, que não é conciliável com o princípio da

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo, **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal**: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 468. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁹¹ ARAÚJO; BRANCO; COSTA, op. cit., p. 10.

⁹² NOBRE JÚNIOR, op. cit.

⁹³ OSÓRIO, op. cit.

reserva legal a complementação por regulamento de norma sem precisão alguma. O autor enfatiza que o limite do regulamento só pode ocorrer se conta com a prévia habilitação legal para completar uma lei em branco ou uma lei que necessite de regulamentação.⁹⁴

O padrão rigoroso de legalidade do direito penal não corresponde ao padrão do direito administrativo sancionador. Há uma explicação consistente para isso, alinhada aos elementos funcional e finalístico-operacional da sanção administrativa.

Alice Voronoff propõe que, em contraste aos tipos penais, que possuem fins retributivos, a razão para tipos administrativos cumprirem um mandato de legalidade e tipicidade mitigado está ligada à finalidade dissuasória e prospectiva, que demanda da Administração a criação de incentivos aptos a conformar a conduta dos administrados. O direito administrativo sancionador precisa ser dinâmico, se pretende ser uma ferramenta eficaz de conformação social, o que justifica uma flexibilidade maior de legalidade⁹⁵.

Descartada a rigidez associada à legalidade penal, todavia, é necessário reconhecer que a atividade sancionadora é mais gravosa do que outras atividades administrativas. Nessa esteira, a autora argumenta que a atividade sancionatória não atua através de conformações amigáveis, mas por coação, que restringe e suprime direitos fundamentais.

Em deferência à aceção de Joseph Raz⁹⁶, há a atração do princípio da segurança jurídica, na medida que os administrados têm o direito de não serem surpreendidos com violências a seus direitos fundamentais. Para o autor, o *rule of law* impõe que os indivíduos sejam efetivamente orientados pelo direito e o obedeçam e, para tanto, as regras devem ser prospectivas, objetivas e claras. Em contrapartida, se o Estado tem maior poder para afetar direitos e interesses protegidos, são exigíveis balizas para combater possíveis arbitrariedades, que são mais evidentes na atividade sancionatória.

Ou seja, não por uma extensão indiscriminada da legalidade penal, a legalidade é mais exigente no direito administrativo sancionador do que no direito administrativo em geral. Não é permitida a edição de regulamentos independentes sem a edição de lei prévia que autorize a regulamentação e fixe *standards* mínimos que orientem a complementação.⁹⁷

Posição semelhante é assente na Espanha. Acerca dos regulamentos, a *Sentencia 16/2004*, do *Tribunal Constitucional* consolidou a natureza relativa da reserva da lei. O ordenamento jurídico espanhol, portanto, não excluiria a possibilidade de que as leis

⁹⁴ NIETO. op. cit., p. 260-265.

⁹⁵ VORONOFF. op. cit., p. 169-174.

⁹⁶ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford University Press, 2009, p. 213-214. apud VORONOFF, op. cit., p. 182.

⁹⁷ VORONOFF, op. cit., p. 175-183.

tenham remissões a normas regulamentares, mas que tais remissões fizessem uma regulação independente não subordinada à lei. A sentença determina que a lei deve prescrever um núcleo essencial da infração administrativa e a sua correspondente questão. Em outras palavras, é lícita a complementação por regulamento.⁹⁸

No Brasil, em importante exercício de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal comungou do mesmo entendimento. Apesar da improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.784, a Ministra Rosa Weber, relatora, fez importantes ressalvas no sentido da inadmissibilidade da delegação à Administração a competência para criar figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição de sanção. Ainda, ressaltou que não compete às agências reguladoras legislar, mas promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi incumbida, que não pode ser interpretada com a atribuição ilimitada de competências discricionárias.⁹⁹

Fábio Medina Osório defende concepção semelhante. Cláusulas gerais cumprem funções de abertura e mobilidade do sistema jurídico, mas são irregulares caso sejam excessivamente vagas e causem a deslegalização do poder sancionador. Não seria admissível que cláusulas gerais conferissem arbítrio aos seus aplicadores. É impossível, portanto, que a lei sancionadora delegue em sua totalidade a sua função tipificadora. Outrossim, os limites das sanções administrativas devem ser descritos em leis, mas os critérios para sua aplicação podem envolver conceitos indeterminados que dependam de normas administrativas.¹⁰⁰

Nieto ensina que a descrição perfeita da infração é impossível, de forma que o intérprete deve contentar-se com a descrição suficiente. A suficiência da tipificação é uma exigência da segurança jurídica e se concretiza na previsão razoável das consequências jurídicas de uma conduta. Ou seja, é suficiente quando consta na norma uma predeterminação inteligível da infração, da sanção e da correlação entre uma e outra. O autor assevera que a tipificação pode ser flexível o bastante para permitir ao operador jurídico uma margem de atuação, mas não o bastante para lhe permitir criar figuras de infração e suprir as imprecisões da norma. Dessa forma, até a própria jurisprudência exerce uma função tipificante da norma. Diferentemente dos tipos penais, não há um vício à reserva legal quando a tipificação

⁹⁸ ESPANHA, Tribunal Constitucional de España (Órgano Pleno). **Sentencia 16/2004**, de 23 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5021>. Acesso em: 19 jun. 2023.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.784/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999.** [...] Relatora: Mina. Rosa Weber, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 18 maio 2023.

¹⁰⁰ OSÓRIO, op. cit.

administrativa não é exercida diretamente pela lei, que pode se socorrer de técnicas regulamentares para completção.¹⁰¹

Pode-se concluir que, no direito administrativo sancionador brasileiro, o princípio da legalidade deve ser interpretado como reserva de lei material e relativa, de forma menos rigorosa que no direito penal e mais rigorosa que no direito administrativo geral. Portanto, atos infralegais não podem criar infrações e sanções, mas é possível que complementem o conteúdo da norma sancionadora, em integração ou remissão. A atividade sancionatória pressupõe a edição de lei que crie a sanção e pode ser outorgado à Administração o dever de complementar seu conteúdo, mas um núcleo essencial, que não permita que a Administração substitua a legalidade com base em uma cláusula que lhe confira excessiva liberalidade regulamentar, é absolutamente indispensável.

2.2.2.2 Culpabilidade

O princípio da culpabilidade tem estatura de um princípio constitucional implícito e emana da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito à liberdade e individualização da pena, respectivamente, o art. 1º, III, 5º, *caput*, e 5º XLVI, todos da Constituição Federal.¹⁰²

A doutrina penal moderna distingue o princípio da culpabilidade e o da imputação pessoal subjetiva. O primeiro impõe que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, tanto no sentido da culpabilidade como condição da imputação penal quanto na graduação da pena, cujo apotegma é *nulla poena sine culpa*. O segundo exclui responsabilidade objetiva, na medida que só é possível imputar responsabilidade a uma pessoa cuja conduta tenha sido controlada por sua vontade, por dolo ou culpa¹⁰³.

Ao contrário de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁴, que defende que apenas a voluntariedade é suficiente, Edilson Nobre Júnior argumenta que a responsabilidade objetiva

¹⁰¹ NIETO, op. cit., pp. 312-315.

¹⁰² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”. BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁰³ PRADO, op. cit., pp. 273-277.

¹⁰⁴ MELLO, op. cit.

nas infrações administrativas é impossível. O facultado ao legislador seria dispensar o dolo e contentar-se com a culpa em sentido estrito.¹⁰⁵

No direito administrativo sancionador, a culpabilidade significa a responsabilidade pessoal, dividida em dolo e culpa em sentido estrito¹⁰⁶. Contudo, a culpabilidade em sentido estrito não é o único parâmetro de aplicação da sanção administrativa, já que as circunstâncias da infração cometida devem ser consideradas, conforme preceitua o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).¹⁰⁷

Nessa esteira, Rafael Munhoz de Mello argumenta que “a sanção administrativa só cumpre sua finalidade preventiva se aplicada a quem age de modo doloso ou culposo”. Em outras palavras, a sanção só cumpre seu papel dissuasório se do infrator fosse possível exigir conduta distinta. Nesses casos, a sanção serve como estímulo à mudança de comportamento e, assim, previne-se a prática de novas infrações. Por consequência, não há razão que justifique a imposição de sanção cujo propósito é conformar o comportamento ao ordenamento jurídico por fato não controlado pelo infrator. Ademais, por se tratar de princípio constitucional, o legislador não pode afastar a culpabilidade do campo do direito administrativo sancionador.¹⁰⁸

Fábio Medina Osório acompanha a retórica de que o princípio da culpabilidade é aplicável às sanções administrativas por conta da inevitabilidade da infração. As ideias de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, apoiadas no princípio da razoabilidade como fundamento para a impossibilidade de exigir condutas desarrazoadas, justificam o reconhecimento do princípio da culpabilidade, visto que não estaria conectada à finalidade da sanção administrativa a punição por fatos inevitáveis.¹⁰⁹

Quanto ao dolo, no direito administrativo sancionador, a regra geral é a sua generalidade, não a especificidade. Não vigora a excepcionalidade do ilícito culposos, de forma que o silêncio legislativo deve ser interpretado em seu devido contexto, sendo possível

¹⁰⁵ NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 141.

¹⁰⁶ ARAÚJO; BRANCO; COSTA, op. cit., p. 14-15.

¹⁰⁷ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1942]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

¹⁰⁸ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 22-57, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>. Acesso em: 23 maio 2023.

¹⁰⁹ OSÓRIO. op. cit.

a admissão implícita de uma modalidade culposa de ilícito. Isso acontece porque o dolo deve ser conectado aos tipos sancionadores que, como visto, são dotados de ampla indeterminação, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, incompatíveis com a obrigatoriedade do dolo específico. A última figura que se deve aventar é o erro jurídico-administrativo, que se invencível opera como uma modalidade exculpatória.¹¹⁰

A literatura contemporânea parece ter assentado um razoável consenso sobre a aplicação do princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador. Na mais apertada síntese, pode-se afirmar o seguinte: (i) a responsabilidade por infrações administrativas é subjetiva, dependendo de culpa ou dolo, diante da instrumentalidade da sanção administrativa; (ii) portanto, não há responsabilidade objetiva no direito administrativo sancionador¹¹¹; (iii) em virtude do traço de amplitude característico dos tipos administrativos, no silêncio da lei, não é possível excluir a modalidade dolosa; e (iv) o grau de culpabilidade é um critério para o escalonamento de sanções.

2.2.2.3 Proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da proporcionalidade também tem estatura constitucional de princípio implícito e está previsto na Lei n. 9.784/1999¹¹². Para Odete Medauar, a razoabilidade é a adequação lógica entre meios e fins e a proporcionalidade envolve o sentido de intensidade das medidas adotadas, especialmente as restritivas e sancionadoras¹¹³.

Cezar Roberto Bitencourt explica que o princípio da proporcionalidade é composto de três fatores essenciais: (i) a adequação teleológica, isto é, que o ato é o meio jurídico adequado para a consecução da finalidade política da lei, que é ditada por valores deduzidos da Constituição, vedado o arbítrio; (ii) a necessidade, que determina que o meio jurídico

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Vale fazer a ressalva de que essa premissa é relativizada pela Lei n. 12.846/2013, que prescreve a responsabilização administrativa objetiva pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, consoante o art. 2º, que dispõe: “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.” BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

¹¹² “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;” BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

¹¹³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 129.

escolhido não pode exceder o limite da menor lesividade necessária para a conservação de seu fim legítimo; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que impõe uma abstenção de utilização de meios ou recursos desproporcionais.

Escorado na também conhecida construção jurisprudencial americana, Bitencourt explica que a proporcionalidade, ainda que intimamente ligada, não deve ser confundida com o princípio da razoabilidade, que impõe a aptidão do meio jurídico elencado para atingir os objetivos a que se propõe. O autor argumenta que, segundo o princípio da proporcionalidade, o sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências causadas pelas vinganças e violências que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar.¹¹⁴

O enunciado de que só há justificação do sistema penal quando seus benefícios superarem seus custos é de valiosa consideração e também deve constituir uma premissa basilar do direito administrativo sancionador. Em suma, a proporcionalidade demanda uma medida de justo equilíbrio, exigível tanto em abstrato do legislador quanto em concreto do julgador entre a gravidade do fato ilícito praticado e a pena cominada ou imposta.

Alejandro Nieto constata que no direito administrativo sancionador, o princípio da proporcionalidade opera no plano normativo, seja por lei ou por regulamento, e na aplicação em concreto da sanção pela Administração Pública. A existência de dolo, a natureza dos prejuízos causados e a reincidência são tradicionalmente entendidos pela jurisprudência espanhola como critérios de aumento das sanções, mas o ponto fundamental é que a sua gradação proporcional pressupõe a existência de margem de discricionariedade.

Nieto demonstra que a posição absolutamente dominante na Espanha é de que o poder discricionário da Administração para aplicar sanções está sujeito à proporcionalidade e à impossibilidade de confiar-lhe por inteiro o balizamento, ou seja, que sanções apoiadas em normas que outorgam excessivo arbítrio são inconstitucionais. Há um vínculo entre a legalidade, proporcionalidade e discricionariedade. A consequência de a lei obedecer o dever de predeterminar suficientemente as infrações, sanções e a correspondência entre elas, fixando margens para a discricionariedade motivada e jamais outorgando uma habilitação em branco, é possibilitar o próprio controle desse juízo de proporcionalidade.

A discricionariedade sem proporção se converte em arbitrariedade. Sobretudo, a proporcionalidade é um limite muito eficaz e fundamento na jurisprudência espanhola para

¹¹⁴ BITENCOURT, op. cit., pp. 154-160.

exercer o controle sobre a discricionariedade do poder punitivo da Administração, inclusive sobre os regulamentos, com a correção da sanção aplicada em concreto.¹¹⁵

No Brasil, o controle de atos administrativos pelo Poder Judiciário é fenômeno conhecido, mas a extensão da sua possibilidade é muito debatida e envolve um complexo debate sobre ativismo judicial e deferência administrativa¹¹⁶. Incumbe ao Poder Judiciário a correção de eventuais abusos¹¹⁷, e no âmbito específico do direito administrativo sancionador, Edilson Pereira Nobre Júnior sustenta a indispensabilidade do controle judicial da proporcionalidade das punições, bem como da motivação, mas ressalva a incompetência do Poder Judiciário para ingressar em seara discricionária.¹¹⁸

Para Rafael Munhoz de Mello, é necessário que a Administração Pública sopesse as circunstâncias fáticas de cada caso para sopesar a medida da sanção administrativa, sendo arbitrária a sanção aplicada sem consideração às peculiaridades do caso concreto por inobservância do princípio da proporcionalidade. É justamente por considerar que as peculiaridades do caso concreto têm importância que o legislador não define de modo absoluto e vinculado a intensidade da sanção.¹¹⁹

O princípio da proporcionalidade tem nuances próprias no direito administrativo sancionador, além do regime geral de direito administrativo. Sob o viés da adequação, impõe-se a preocupação com a intensidade e os fins da sanção. Assim como no direito penal, deve-se ponderar se a sanção é a medida que acarreta menor lesividade para alcançar o objetivo da sanção e, nesse diapasão, considerar a razão de custo benefício entre os seus resultados positivos e os efeitos deletérios.¹²⁰

Sobretudo, a proporcionalidade não significa apenas uma moderação das sanções e dos tipos sancionadores, mas um próprio parâmetro para o cabimento de uma medida restritiva de direito, um axioma que impõe o dever de não onerar o particular além do que imprescindível para a consecução da finalidade dissuasória e proteção do interesse público.

2.2.2.4 Individualização da pena

¹¹⁵ NIETO, op. cit., p. 351-359.

¹¹⁶ NIEBUHR, Pedro de Menezes; MEDEIROS, Isaac Kofi; DONATO, Thales; PLETICOS, Eduarda Lückmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. **Revista Direito Gv**, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 1-2, maio 2022. FapUNIFESP (SciELO), pp. 2-15. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172202237>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/88497>. Acesso em: 19 maio 2023.

¹¹⁷ OSÓRIO, op. cit.

¹¹⁸ NOBRE JÚNIOR, op. cit., pp. 18-19.

¹¹⁹ MUNHOZ DE MELLO, op. cit., p. 14.

¹²⁰ ARAÚJO; BRANCO; COSTA, op. cit., p. 17.

Na esteira da culpabilidade como medida da pena segundo um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, o princípio da individualização da pena também ganha estatura constitucional, consoante o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

No direito penal, Luiz Regis Prado escreve que o princípio vincula a ordem jurídica a um fino equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. O princípio não se limita meramente à aplicação, mas vincula as fases legislativa, judicial e executória da sanção penal. Na gradação da sanção penal, o legislador deve ter em parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e, na aplicação e execução da pena, as qualidades subjetivas do apenado têm importância fundamental na sanção aplicada e no seu modo de execução¹²¹.

A metodologia de dosimetria da pena é robusta, com margem de discricionariedade e vinculação a hipóteses legais segundo um método trifásico, dividido em três fases. Exige-se rigorosa fundamentação que, além de concretizar a individualização, possibilita a ampla defesa, pois habilita o direito de acompanhar e impugnar cada estágio da aplicação da pena.¹²²

Na primeira fase, o juiz observa as circunstâncias judiciais descritas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal¹²³, que são utilizadas quando não configurarem elementos do tipo penal, de forma subsidiária, e que devem ser enfrentadas de modo fundamentado. A partir do patamar mínimo legal da pena começa a sua “contagem”, mas há uma adstrição aos parâmetros legais: nessa fase, a pena não pode ultrapassar o mínimo e o máximo cominado ao delito, ainda que existam inúmeras circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis ao réu.¹²⁴

Na segunda fase, sobre a pena-base alcançada, incidem circunstâncias agravantes e atenuantes, que podem ser genéricas, se previstas apenas no Código Penal ou específicas, se previstas na legislação extravagante. As circunstâncias agravantes genéricas, previstas no arts.

¹²¹ PRADO, op. cit., p. 284-285.

¹²² MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2019, pp. 949-951.

¹²³ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

¹²⁴ MASSON, op. cit., pp. 952-958.

61¹²⁵ e 62¹²⁶ do Código Penal, são taxativas, mas as atenuantes genéricas, previstas no art. 65¹²⁷ do Código Penal são exemplificativas. No caso de concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, as preponderantes devem influenciar mais a pena. Essas circunstâncias não são discricionárias, são de aplicação compulsória pelo magistrado e também não podem levar a pena abaixo ou acima do mínimo legal.¹²⁸

Na terceira fase, sobre o montante alcançado na segunda fase, incidem as minorantes e majorantes que, por sua vez, têm a capacidade de trazer a pena abaixo ou acima dos limites mínimos e máximos cominados ao delito. Essas circunstâncias se dividem em genéricas, de aplicação geral, e específicas, restritas aos delitos a que fazem referência. As minorantes e majorantes são cumuláveis, salvo no concurso entre específicas, quando o juiz poderá aplicar apenas a que mais diminua ou aumente a pena, a depender do caso.¹²⁹ O seguinte esquema, elaborado por Cleber Masson, resume visualmente o sistema trifásico de dosimetria:

Figura 1 - Diagrama do sistema trifásico de dosimetria da pena

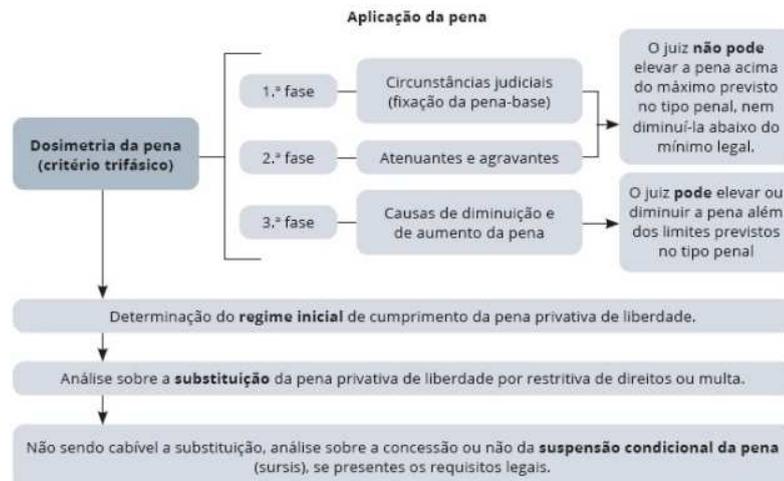
¹²⁵ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.” BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941].

¹²⁶ “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.” Ibid.

¹²⁷ “Circunstâncias atenuantes Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.” Ibid.

¹²⁸ MASSON, op. cit., pp. 966-1010.

¹²⁹ Ibid, pp. 1011-1013.



Fonte: MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral. 13ª ed. Rio de Janeiro: Método: 2019, p. 952.

Não há estrutura tão robusta positivada em lei sobre a dosimetria da pena administrativa. Assim, Fábio Medina Osório defende uma analogia do direito penal. A lei deve regular a individualização da sanção, que confere aos sancionados o direito público e subjetivo de receberem ato de fundamentação e proporcionalidade adequadas, condições de validade do ato sancionador. Justifica nessa necessidade de fundamentação a aplicação analógica dos vetores do art. 59 do Código Penal, por não se tratarem de normas ou de liberalidade discricionária do juiz, mas de conceitos jurídicos indeterminados.¹³⁰

Prestigiado o princípio da reserva legal relativa, fixados por lei os parâmetros gerais da individualização da pena administrativa, ato infralegal do ente respectivo pode estabelecer critérios objetivos que quantifiquem a sanção administrativa.¹³¹

Sob a ótica da instrumentalidade, a instituição clara de uma metodologia para a aplicação da sanção administrativa deve seguir a linha de prescrever incentivos econômicos para a conformação da conduta dos particulares. Se a pena é aplicada na proporção da culpabilidade do particular e na gravidade da infração, a lei ou regulamento devem prescrever critérios de dosimetria que criem incentivos concretos e claros para que o administrado, mesmo que a dissuasão tenha falhado, procure diminuir a gravidade da infração e a sua própria culpabilidade, reduzindo os danos causados ao interesse público.

É incontestável que a Administração Pública é obrigada a observar o princípio da individualização da pena e, portanto, é imprescindível que a lei fixe parâmetros adequados para a dosimetria da sanção que, além de demonstrarem a previsibilidade e a clareza de como

¹³⁰ OSÓRIO, op. cit.

¹³¹ ARAÚJO; BRANCO; COSTA, op. cit., p. 20.

a sanção foi aplicada, possibilitem a impugnação e o exercício da ampla defesa pelo sancionado, assim como acontece no direito penal.

2.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Em linhas gerais, através da análise realizada neste capítulo, foi possível perceber que a sanção administrativa pouco se difere da sanção penal em termos de estrutura. Todavia, enquanto esta possui finalidades retributivas e um olhar retrospectivo, aquela possui uma finalidade sobretudo dissuasória e um olhar prospectivo.

Nesse ínterim, pode-se afirmar que para garantir a operabilidade do direito administrativo sancionador, é importante municiá-lo de um regime autônomo que tenha em consideração suas características, como a sua funcionalidade e seu modo de operação. Este é muito ligado à criação dos incentivos necessários para cumprir a sua finalidade dissuasória, de modo que a consideração de variáveis e realidades econômicas é essencial para sua justificação, sem prejuízo, todavia, da necessidade de conciliação com as preocupações em torno das garantias dos administrados no Estado Democrático de Direito.

Essas preocupações advém principalmente da aproximação entre o direito penal e o direito administrativo, num movimento pendular ora de *administrativização* ora de penalização de ilícitos. Essa comunicação rendeu a incorporação de características do direito penal ao direito administrativo sancionador e, num discurso garantista, procurou-se uma solução às possíveis violências fruto da aproximação.

Daí autores espanhóis consolidaram a teoria da unidade do poder punitivo estatal, fundamentada na ausência de diferença qualitativa substancial entre os ilícitos administrativos e penais e, conseqüentemente, para resguardar os direitos dos particulares sujeitos à sanção administrativa, justificou-se a transposição de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador.

À luz da doutrina contemporânea, verificou-se, contudo, que a transposição de garantias penais não é automática, diante justamente da necessidade da criação de um regime jurídico que atendesse às particularidades do direito administrativo sancionador. Pugnou-se, finalmente, pela relação de um fino equilíbrio entre o reconhecimento de garantias penais e as prerrogativas da Administração Pública. Foram analisados sob esse crivo os princípios da legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, todos com suas próprias matizes. Alcançar esse equilíbrio é o grande desafio do regime jurídico do direito administrativo sancionador da atualidade.

3 O REGIME JURÍDICO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Concluída a análise sobre as premissas gerais do direito administrativo sancionador, é necessário examinar sua parcela aplicável às licitações e contratos administrativos. Para fazê-lo, será traçada uma breve descrição das principais normas posteriores à Constituição Federal de 1988: a Lei n. 8.666/1993, que institui as normas gerais de licitações e contratos, a Lei n. 10.520/2002, que instituiu a modalidade do pregão, e a Lei n. 12.462/2011, que criou um regime de contratação específico para eventos esportivos que aconteceriam na década de 2010.

Realizado esse estudo, com o auxílio da doutrina e jurisprudência, os principais elementos e polêmicas das referidas leis serão comparados aos da Lei n. 14.133/2021, que é promulgada para substituí-las, para diagnosticar as qualidades e dificuldades do novo regime jurídico sancionatório apresentado ao regime jurídico brasileiro.

3.1 O HISTÓRICO RECENTE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A competência para legislar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos é privativa da União, consoante o inciso XXVII do art. 22 da Constituição de 1988¹³². Em primeiro momento, essa competência foi exercida pela promulgação da Lei n. 8.666/1993, que estabeleceu a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que veicula as normas gerais obrigatórias em todo o país¹³³.

Posteriormente, foram promulgadas a Lei do Pregão, Lei n. 10.520/2002, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações, Lei n. 12.462/2011, e a Lei das Estatais, Lei n. 13.303/2016, que não deixaram de trazer novas nuances ao direito administrativo sancionador das licitações e contratos. Consoante a particularidade de cada regramento, o primeiro tópico deste capítulo destina-se a analisá-los e ressaltar suas principais polêmicas e incertezas, primeiro com a Lei n. 8666/1993 e depois com as outras leis referidas.

¹³² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...]” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹³³ MELLO, op. cit., p. 432.

3.1.1 A Lei geral de licitações e contratos: Lei n. 8.666/1993

O diagnóstico geral do regime sancionatório da Lei n. 8.666/1993 não é positivo. Há dificuldades práticas causadas pela sua redação incompleta, comprovadas pela continuidade de controvérsias e soluções ilógicas¹³⁴. Infelizmente, grande parte do estudo sobre essa norma envolve suas incertezas em vez de sua sistemática.

O inciso IV do art. 58 da Lei n. 8.666/1993 oferece à Administração Pública, no regime dos contratos administrativos, a prerrogativa de aplicar sanções pela inexecução total ou parcial do contrato administrativo¹³⁵. Os incisos do art. 87¹³⁶ prescrevem quatro sanções: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

O *caput* do mesmo artigo preceitua uma infração administrativa ampla, que não tipifica taxativamente as faltas, a inexecução total ou parcial do contrato, que enseja a aplicação de qualquer uma daquelas sanções. A única outra figura é multa de mora, prevista no art. 86 da mesma Lei¹³⁷, no caso de atraso injustificado na execução do contrato.

Consoante o parágrafo segundo, a multa pode ser cumulada às outras sanções e deve ser instaurado processo administrativo, facultada a defesa no prazo de cinco dias úteis. Para compensar seu valor, é lícito à Administração reter valores devidos ao contratado e executar garantia, conforme o parágrafo primeiro.

Além disso, nos termos do parágrafo terceiro, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, por ser a mais grave, é de competência exclusiva de Ministro de Estado, do

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei 8.666/1993**. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1504.

¹³⁵ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; [...]” BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹³⁶ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. [...]” Ibid.

¹³⁷ “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.” [...] Ibid.

Secretário Estadual ou Municipal e será facultada defesa prévia do interessado em dez dias úteis, contados da concessão de vista do processo sancionatório.¹³⁸

Marçal Justen Filho pondera que o grande problema é o laconismo da Lei n. 8.666/1993. Em seguida, tece comentários sobre as peculiaridades de cada espécie de sanção. A advertência e a multa exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação, a suspensão e a declaração de inidoneidade produzem efeitos além dos limites do contrato.

A advertência é a sanção de menor gravidade, aplicável a condutas de inexecução parcial de baixo impacto. Ela envolve dois efeitos peculiares, a fiscalização mais atenta e a cientificação de que, no caso de reincidência, o particular sofrerá punição mais severa. A lei não prescreve esse segundo efeito e, diante da lacuna legal, ele seria inaplicável.

A multa é sanção pecuniária e a ausência de previsão em edital ou contrato inviabiliza a sua exigência. É possível a sua compensação com créditos devidos ao particular e, na hipótese de insuficiência, é lícito que a Administração recorra a garantias ou promova a cobrança judicial para satisfazer seus créditos.

A suspensão temporária e a declaração de inidoneidade são sanções extremamente severas e pressupõem a prática de infrações graves. Ambas restringem o direito de o particular participar de licitações ou de celebrar contratos administrativos. As diferenças são os prazos: a primeira por até dois anos e a segunda enquanto perdurarem os motivos da punição ou após a reabilitação, que pode ocorrer após dois anos da aplicação da sanção. Outra distinção envolve os seus âmbitos de eficácia, principal controvérsia. O autor lamenta o risco da identificação da eficácia das duas figuras causado pela redação da Lei.¹³⁹

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência se esforçaram para diferenciá-las. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a própria Lei faz a distinção terminológica entre

¹³⁸ “[...] § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.” Ibid.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., pp. 1463-1477.

"Administração" e "Administração Pública"¹⁴⁰, conceitos utilizados pelos incisos III e IV do art. 87, que inferem a separação do alcance das penalidades.

Ao utilizar o termo "Administração", a suspensão temporária remeteria ao conceito de órgão ou entidade pela qual a Administração opera e atua concretamente. Por outro lado, ao utilizar o termo "Administração Pública", a declaração de inidoneidade remeteria a conceito de maior amplitude, que abrange todas as entidades da Administração Pública direta e indireta. Ou seja, na primeira, limitar-se-á o direito de licitar ou celebrar contrato apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção. Na segunda, a restrição é de eficácia nacional e sua aplicação é reservada a autoridades de elevada hierarquia¹⁴¹.

José dos Santos Carvalho Filho diverge, afirmando que nas duas sanções o efeito restritivo é amplo. O autor não verifica distinção proposital nos conceitos, mas uma atecnia do legislador, e afirma que a contratação de particular que sofreu a sanção de suspensão temporária também acarretaria riscos às demais entidades federativas.¹⁴²

À luz desse imbróglio, Marçal Justen Filho explica que a extensão nacional dos efeitos é pacífica na declaração de inidoneidade, mas incerta na suspensão temporária. A dúvida seria originária da dificuldade de delimitar os conceitos das duas sanções.

Quanto aos graus de gravidade, a suspensão temporária é sanção menos grave que a declaração de inidoneidade, que causa restrições mais rigorosas e é destinada a reprimir infrações mais graves. A identidade entre as sanções, outrossim, acarretaria em ofensas à proporcionalidade e à culpabilidade, de forma que devem ter efeitos distintos. Por outro lado, conforme disciplinada a matéria, um mesmo fato poderia justificar a imposição de qualquer das sanções, ao sabor da escolha da autoridade competente. Nesse caso, se os pressupostos de aplicação são os mesmos, o conteúdo das sanções também deveriam ser.

Através da interpretação literal dos dispositivos, o autor diverge dessa conclusão. Não caberia ao intérprete afirmar que o conteúdo das sanções é idêntico, senão seria inócua a opção do legislador pela criação de duas sanções distintas. Portanto, diferentemente da

¹⁴⁰ A própria Lei n. 8.666/1993 distingue os dois conceitos nos incisos XI e XII do art. 6º, a saber: "Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas; XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; [...]". BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993].

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*, n. p.

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*, n. p.

declaração de inidoneidade, a suspensão temporária restringiria o direito de licitar e contratar apenas no âmbito da Administração do ente que aplicou a sanção.

De mais a mais, Marçal Justen Filho pondera que a diferença da natureza é o que melhor distingue as duas sanções. A suspensão temporária não seria uma sanção administrativa porque não possui seus típicos efeitos retributivos e aflitivos, ao contrário da declaração de inidoneidade. Na verdade, a suspensão temporária seria apenas uma medida orientada a constranger o sujeito a executar a prestação. Portanto, perderia a eficácia quando o contratado adimplisse a sua obrigação.¹⁴³

Não se acompanha essa distinção. Esse raciocínio adota a premissa de que a finalidade da sanção administrativa é meramente retributiva e, uma vez reconhecida que suspensão temporária é uma medida destinada a constranger o contratado a cumprir o objeto do contrato, não haveria natureza sancionatória.

Consoante o estudado no capítulo 2 desta monografia, a sanção administrativa é uma ferramenta da Administração para a conformação de condutas e, ao contrário do direito penal, não opera com um olhar retrospectivo, mas prospectivo, cuja função é primordialmente dissuasória. Outrossim, assumir que a suspensão temporária é meramente um instrumento de conformação social não retira o seu caráter sancionatório, até porque não se refutou o efeito aflitivo da restrição do direito de licitar e contratar.

Sobre esse debate, o paradigmático julgamento do Recurso Especial n. 520.223/RJ¹⁴⁴, que abordou aquelas diferenças terminológicas entre “Administração” e “Administração Pública”, consolidou a posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da eficácia nacional da declaração de inidoneidade. Curiosamente, apesar de adotar a premissa de que o termo “Administração Pública” significa maior amplitude dos efeitos da declaração de inidoneidade, não houve a discriminação do alcance da eficácia da suspensão temporária. Não obstante, a razão de decidir do julgado escorou-se em posições doutrinárias e jurisprudenciais alinhadas à sua dimensão nacional.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, op. cit., pp. 1477-1480.

¹⁴⁴ Extraí-se da ementa do Recurso Especial n. 520.223/RJ: “5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 520.553/RJ**. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. [...] Relator: Min. Herman Benjamin, 03 de novembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300272646&dt_publicacao=10/02/2011. Acesso em: 27 maio 2023.

Tradicionalmente o Superior Tribunal de Justiça se manifestava pela amplitude nacional da sanção de suspensão temporária¹⁴⁵. Todavia, a jurisprudência nacional está dividida quanto à delimitação de seus efeitos. O Tribunal de Contas da União diverge diametralmente, limitando a eficácia da suspensão temporária à Administração do ente federativo que aplicou a sanção administrativa. Nesse sentido, destacam-se os Acórdãos n. 842/2013¹⁴⁶ e 2242/2013¹⁴⁷, ambos julgados pelo Plenário.

Outra polêmica envolve a discricionariedade necessária para a aplicação das sanções administrativas da Lei n. 8.666/1993. Marçal Justen Filho lamenta que o art. 87 oferece uma liberalidade excessiva à Administração, na medida que não prescreve os pressupostos para a aplicação de cada sanção. Todas são respostas à “inexecução total ou parcial” do contrato. O autor argumenta que ao atribuir à Administração a escolha irrestrita de quando e como aplicar cada sanção, a Lei ofenderia o princípio da legalidade.¹⁴⁸

Não obstante as advertências, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União há muito consolidou entendimento divergente, com ressalvas. No Acórdão 2558/2006¹⁴⁹, da

¹⁴⁵ Extrai-se do Recurso Especial n. 151.567/RJ.: “[...] 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. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 151.567/RJ**. ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III [...]. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700732487&dt_publicac. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁴⁶ Extrai-se do voto do Acórdão que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou [...]” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 842/2013**. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 10 de abril de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A842%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁴⁷ Extrai-se do Acórdão: “[...] a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar;” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2242/2013**. Relator: Min. José Mucio Monteiro, 21 de agosto de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2242%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1500.

¹⁴⁹ “O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/92, observado o devido processo legal.” BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). **Acórdão nº 2558/2006**. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de setembro de 2006. Disponível em:

Segunda Câmara, condicionou-se a discricionariedade à ponderação da gravidade da infração e da aplicação das penas, segundo o devido processo legal. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança n. 13.041/DF¹⁵⁰, da Primeira Seção, consignou que a aplicação das sanções da Lei n. 8.666/1993 não é impossibilitada pelo juízo discricionário da Administração Pública, cuja margem é adequada.

A despeito da jurisprudência dominante, Marçal Justen Filho advoga em favor da delimitação legal dos limites mínimos das sanções, ainda que empregados conceitos indeterminados. A indeterminação do âmbito da ilicitude deveria ser inversamente proporcional à gravidade da sanção. Para o autor, é inconstitucional a adoção da cláusula genérica “infração grave na execução do contrato” como pressuposto para aplicação de sanções como a suspensão temporária ou a declaração de inidoneidade.

Ao fazer seu diagnóstico sobre o regime jurídico sancionatório, o autor lamenta que a Lei n. 8.666/1993 propicia mais danos à coletividade do que benefícios e consagra soluções obsoletas. A restrição do direito de licitar e contratar é inadequada para a punição de empresas de grande porte, essenciais para o desenvolvimento nacional, por estenderem o efeito aflictivo a seus empregados e investidores. Infrações administrativas, na maioria dos casos, não significam inaptidão para a contratação com a Administração.

Diante disso, milita em favor da revisão do Capítulo IV da Lei n. 8.666/1993, com o prestígio da punição pecuniária e da obrigação de submissão a programas de controle interno que impeçam a reiteração das infrações. Restringir o direito a licitar e contratar, nessa linha, deveria ser reservado a situações extremas, visto que pode ser equivalente à extinção compulsória da pessoa jurídica, cuja aplicação é excepcional.¹⁵¹

Pode-se concluir que o regime sancionatório da Lei n. 8.666/1993 era inseguro, principalmente por suas lacunas que trazem a aparência de inconstitucionalidade. A dúvida sobre a extensão dos efeitos das sanções, a prescrição genérica de infrações administrativas e

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2558%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520
Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁵⁰ Extrai-se da ementa: “3. O juízo de valor fixado pela Administração Pública, por um dos seus agentes, resultante em aplicação da pena de inidoneidade, com base em fatos concretos, só não terá validade e eficácia, se existir sentença judicial com trânsito em julgado reconhecendo a licitude dos atos que a Administração aponta como ilegal e que foram tomados por base para a aplicação da pena.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 13.041/DF**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INIDONEIDADE DECRETADA PELA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO. [...] Relator: Min. José Delgado, 12 de dezembro de 2007. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701972146&dt_publicacao=10/03/2008. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, op. cit., pp. 1502-1504.

a ausência de pressupostos para a aplicação das sanções culminam em um regime jurídico que precisa ser complementado pela discricionariedade da Administração ou pela doutrina ou jurisprudência, que perpetuam controvérsias.

3.1.2 A Lei do Pregão, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Lei das Estatais

Para alcançar a celeridade desejável à atividade administrativa da Lei n. 8.666/1993, foi promulgada a Lei n. 10.520/2002, que instituiu a nova modalidade de licitação, o pregão, para a aceleração da escolha de futuros contratados para a aquisição de bens e serviços comuns. A ambição da Lei do Pregão, como ficou conhecida, é complementar, não revogar a Lei n. 8.666/1993, que ainda se aplica supletivamente¹⁵².

Na Lei do Pregão, o regime sancionatório é prescrito no denso art. 7º¹⁵³, que preceitua uma única sanção, o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais consequências legais.

Esse artigo não elimina as incertezas da Lei n. 8.666/1993, mas dá salto relevante ao descrever de forma mais clara as infrações administrativas, quais sejam: (i) deixar de celebrar o contrato dentro do prazo de validade da proposta; (ii) deixar de entregar ou apresentar documentação exigida no certame; (iii) causar o retardamento da execução do objeto; (iv) não manter a proposta; (v) falhar ou fraudar na execução do contrato; e (vi) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal.

José dos Santos Carvalho Filho explica que o cometimento de qualquer uma dessas infrações provoca a aplicação de sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração enquanto subsistirem os motivos da punição, ou pelo prazo máximo de cinco anos, sem prejuízo de outras sanções administrativas.¹⁵⁴

¹⁵² CARVALHO FILHO, op. cit.

¹⁵³ “Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.” BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, op. cit.

Por outro lado, diante da necessidade de promover a infraestrutura para a realização de iminentes eventos esportivos, como as Olimpíadas de 2016 e a Copa do Mundo de 2014, foi promulgada a Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).¹⁵⁵

Em comparação à Lei n. 8.666/1993, as infrações administrativas são descritas com mais clareza na Lei do RDC, e são semelhantes às da Lei do Pregão. Previstas nos incisos do art. 47, são elas: (i) não celebrar o contrato dentro do prazo de validade da proposta; (ii) deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documentação falsa; (iii) causar o retardamento da execução ou da entrega do objeto sem motivo justificado; (iv) não manter a proposta, salvo por fato superveniente; (v) fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos no contrato; (vi) cometer fraude fiscal ou comportar-se de modo inidôneo; e (vii) dar causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Todas essas infrações são respondidas com a mesma sanção, o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais sanções legais. Percebe-se que se prescreveu tratamento sancionador mais severo do que a Lei n. 8.666/1993, principalmente por conta da urgência de cumprimento de prazos dos eventos esportivos que originaram o RDC. Além do regramento próprio, as sanções administrativas, criminais e demais regras do Capítulo IV da Lei n. 8.666/1993 são aplicáveis às licitações e contratos da Lei do RDC.¹⁵⁶

Posteriormente, foi editada a Lei n. 13.303/2016, destinada a prescrever um regime jurídico próprio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, inclusive em relação a regras de contratação pública.¹⁵⁷

A lei estabelece a prerrogativa de aplicação de sanções de forma muito semelhante à Lei n. 8.666/1993. Em síntese, o art. 83 da Lei n. 13.303/2016¹⁵⁸ preconiza que pela

¹⁵⁵ MEDAUAR, op. cit., pp. 201-204.

¹⁵⁶ Ibid, p. 204.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília: DF, Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em 18 jun. 2023.

¹⁵⁸ “Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos. § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.” Ibid.

inexecução total ou parcial do contrato, garantida a defesa prévia, poderão ser aplicadas ao contratado as sanções de advertência, multa e suspensão temporária de participação em licitação apenas com a entidade sancionadora, por um prazo máximo de dois anos.

É importante destacar que o art. 84 da mesma lei¹⁵⁹ preceitua que a sanção de suspensão temporária pode ser aplicada às empresas ou contratados que também tenham sofrido condenação definitiva pela prática de fraude fiscal, que tenham praticado atos ilícitos com fins de frustração dos objetivos da licitação e que demonstrem inidoneidade para contratação com empresas públicas ou sociedades de economia mista. Noutra ponta, o art. 82 da Lei n. 13.303/2016¹⁶⁰ prescreve a multa moratória, aplicada na forma do edital ou contrato, quando do atraso injustificado na execução do contrato.

Em linhas gerais, o regramento da Lei do RDC e da Lei do Pregão são muito semelhantes. Em ambos os casos a sanção imposta restringe o direito de licitar e contratar como resposta para infrações administrativas quase que reproduzidas desta àquela. Já a Lei das Estatais incorpora as normas da Lei n. 8.666/1993, quase reproduzindo os mesmos laconismos, salvo a resolução da dúvida sobre o âmbito de eficácia da sanção restritiva do direito de licitar e contratar, que nesse caso se limita à entidade sancionadora.

Dentre as três leis citadas, por instituírem inovações relevantes, destacam-se a Lei do Pregão e a Lei do RDC, que deram cumprimento ao princípio da tipicidade ao determinar as infrações administrativas aplicáveis às licitações e contratos, que já estavam prescritas implicitamente na Lei n. 8.666/1993. Contudo, reproduziram os mesmos defeitos de generalidade exacerbada do comportamento tipificado. Além disso, as próprias sanções administrativas prescritas confundem-se com a sanção de suspensão temporária do direito de licitar e contratar prevista no art. 87 da Lei n. 8.666/1993.¹⁶¹ Todavia, nenhuma delas resolveu as incertezas que já existiam em matéria sancionatória. Novamente é necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência para que sejam esclarecidos pontos relevantes.

¹⁵⁹ “Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.” Ibid.

¹⁶⁰ “Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]” Ibid.

¹⁶¹ FLEURY, Felipe Blanco Garcia Guimarães. **As infrações e sanções administrativas aplicáveis a licitações e contratos** (Leis 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e Lei 12.846/13). 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 93-95.

Acerca da extensão da eficácia da sanção do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1017/2013¹⁶², decidiu que a abrangência da sanção se estende à esfera do governo que a aplicou. No mesmo sentido, o Acórdão 1003/2015¹⁶³, do Plenário, consolidou o entendimento de que a sanção é adstrita ao ente federativo do órgão da Administração Pública que aplicou a sanção.

Ademais, ainda que ambas as Leis tenham permanecido silentes sobre o processo administrativo sancionatório, a sua instauração e regular instrução é imprescindível para a aplicação das sanções. Tanto o § 2º do art. 47¹⁶⁴ da Lei do RDC quanto o art. 9º da Lei do Pregão¹⁶⁵ determinam a aplicação supletiva das normas da Lei n. 8.666/1993, que atraem a instauração do processo sancionatório, em deferência ao mandado constitucional¹⁶⁶. Destacam-se dois precedentes do Tribunal de Contas da União a respeito disso.

Primeiro, consoante no Acórdão 2077/2017¹⁶⁷, a aplicação de sanção depende da apuração das condutas faltosas praticadas, múnus que não é discricionário do gestor público, mas um dever legal. Segundo, na mesma linha, o Acórdão 1793/2011¹⁶⁸ determina que a

¹⁶² Extrai-se do inteiro teor: “[...] o art. 7º da Lei 10.320/2005, aplicável especificamente ao Pregão dispõe que a sanção prevista nesse dispositivo legal tem abrangência na esfera de governo que a aplicou. [...]” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1017/2013**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 24 de abril de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1017%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1003/2015**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 29 de abril de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1003%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁶⁴ “§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.” BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

¹⁶⁵ “Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” Ibid.

¹⁶⁶ “[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁶⁷ Extrai-se do inteiro teor do Acórdão: “[...] A apuração das condutas faltosas praticadas por licitantes não consiste em faculdade do gestor público com tal atribuição, mas em dever legal.” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2077/2017**. Relator: Min. Augusto Sherman, 20 de setembro de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2077%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1793/2011**. Relator: Min. Valmir Campelo, 06 de julho de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2077%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

Administração autue processos administrativos decorrentes do art. 7º da Lei n. 10.520/2002; o descumprimento injustificado dessa obrigação pode submeter o gestor público a sanções administrativas.

O diagnóstico geral do regime sancionatório da Lei n. 10.520/2002 da Lei n. 12.462/2011 e da Lei n. 13.303/2016 não é muito diferente da Lei n. 8.666/1993. Todas possuem lacunas e, apesar do avanço da descrição das infrações administrativas pelas duas primeiras, adotaram-se cláusulas genéricas de aplicação de uma única sanção.

As duas são complementações à Lei n. 8.666/1993 e dependem dela para que possam surtir seus efeitos. Por conseguinte, não resolvem inconsistências e controvérsias, sujeitando o regime sancionador à integração jurisprudencial e doutrinária, que a lentos passos fixa balizas e pressupostos para a aplicação das sanções, encargo que, principalmente em se tratando de matéria sancionadora, deveria ser do legislador.

3.2 O REGIME JURÍDICO SANCIONATÓRIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LEI N. 14.133/2021

Em uma análise geral, constata-se um avanço no regime sancionatório definido pela Lei n. 14.133/2021. Houve a incorporação dos regimes das Leis n. 8.666/1993 e 10.520/2002 a novidades, o que trouxe o aspecto de maior eficiência¹⁶⁹. Todavia, embora o legislador tenha tipificado condutas e estabelecido referenciais para a aplicação das sanções, deu ampla margem de discricionariedade à Administração e acirrou as punições¹⁷⁰.

Como visto anteriormente, um dos principais defeitos da Lei n. 8.666/1993 é a generalidade das infrações administrativas. Pela sua redação, aquele que incidir na aberta margem de dar causa à inexecução da total ou parcial do contrato estaria sujeito a qualquer sanção administrativa, sem pressupostos de aplicação. A Lei n. 10.520/2002 e a Lei n. 12.462/2011, descreveram melhor as infrações administrativas, mas renovaram cláusulas abertas, cujo cometimento também sujeita o infrator à única sanção prescrita nas Leis.

Neste capítulo, far-se-á uma análise minuciosa da estrutura sancionatória da NLLCA. Serão analisadas as infrações, as sanções, a correspondência entre elas, e a competência discricionária da Administração Pública para aplicá-las. Por derradeiro, serão constatadas disposições sobre o processo administrativo sancionador.

¹⁶⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo Sancionador no âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos. 176-179. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (org.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2021, p. 176-204.

¹⁷⁰ NIEBUHR, op. cit., p. 1202.

3.2.1 As infrações administrativas

A Lei n. 14.133/2021 não deixa de prescrever a prerrogativa de a Administração aplicar sanções aos particulares em face da inexecução total ou parcial dos contratos¹⁷¹, dedicando todo o Capítulo I do Título IV às infrações e sanções administrativas.

Acerca das infrações, os incisos do art. 155 da Lei n. 14.133 prescrevem, respectivamente, doze infrações administrativas¹⁷²: (i) dar causa à inexecução parcial do contrato; (ii) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; (iii) dar causa à inexecução total do contrato; (iv) deixar de entregar a documentação exigida para o certame; (v) não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; (vi) não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; (vii) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; (viii) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; (ix) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; (x) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; (xi) praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; e (xii) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

As infrações dos incisos I, II e III são exclusivas dos contratos administrativos, já as dos incisos IV, V, VI aplicam-se apenas à fase licitatória. As dos incisos VII a XII aplicam-se a ambas as fases. As infrações foram organizadas em ordem crescente de gravidade e de reprovabilidade da conduta.

¹⁷¹ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; [...]” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

¹⁷² “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.” Ibid.

É possível reconhecer as figuras do concurso material e concurso formal entre as infrações. Este acontece quando uma única ação configura mais de uma infração, hipótese na qual se considera ocorrida a mais grave e a sanção mais grave é aplicada. O concurso material acontece quando, mediante diversas ações ou omissões, comete-se diversas infrações. Nesse caso, as sanções são cumulativamente aplicadas. No caso de ilícitos que foram cometidos como meios para a consumação de um outro ilícito, aplica-se o princípio da consunção, segundo o qual os ilícitos-meios são absorvidos pelo ilícito-fim.¹⁷³

Marçal Justen Filho sinaliza, primeiro, que a inexecução do contrato, incisos I a III, é total se a ausência de cumprimento acarreta a inutilidade da sua execução posterior, e parcial se não impede a fruição da prestação pelo credor. A inexecução total é irreparável, mas a parcial não é. A situação do inciso II é intermediária: não importa em inutilidade do cumprimento, mas há grave dano, que deve ser compreendido como uma lesão significativa ao patrimônio da Administração ou ao funcionamento dos serviços públicos.

Segundo, a não apresentação de documentação, inciso IV, não compreende as condutas referentes à infração de não entregar a documentação exigida para a contratação, inciso VI, que é mais grave, visto que se teria percorrido o trajeto da licitação em vão. Ademais, só é consumada quando violado um dever jurídico de apresentação de documentos, não no caso de mera formalidade, como quando o licitante deixar de comprovar os requisitos de participação exigidos pela lei ou pelo edital. Assim, a consumação depende que a conduta cause prejuízo à Administração.

Terceiro, quanto à infração de não celebração do contrato ou não entregar a documentação necessária para a contratação, inciso VI, o autor assevera que é parecida com não manter a proposta, inciso V, mas é mais grave, eis que pressupõe a conclusão do processo licitatório. Não há infração na hipótese de recusa de contratação pelos demais classificados nos termos da proposta do adjudicatário, quando este deixa de celebrar o contrato, ou seja, é lícita a recusa de contratação segundo condições ofertadas por outrem. Todavia, o autor argumenta que o parágrafo quinto do artigo 90 da NLLCA¹⁷⁴ destaca que a recusa injustificada em formalizar a contratação implica o descumprimento total da obrigação assumida, causando confusão da tipificação entre os incisos III e VI.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021, *E-book*, n. p.

¹⁷⁴ É esse o disposto no art. 90, § 5º: “§ 5º A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.” Ibid.

Quarto, o autor lamenta a redação da infração de ensejar o retardamento da execução ou da licitação sem motivo justificado, inciso VII, que cria a dúvida se a infração é causar o retardamento da execução do objeto ou da própria licitação, mas conclui que a infração se ao adimplemento do contrato, não ao processo licitatório. Configura-se o motivo justificado quando o retardamento acontecer por motivo de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou fato imprevisível.

Quinto, quanto às falsidades, entende-se que a apresentação de declaração falsa, inciso VIII, admite a modalidade culposa, diferentemente da fraude à licitação, inciso IX, que pressupõe de uma conduta dolosa, que pode vir acompanhada de outras condutas ilícitas autônomas destinadas à consumação da fraude. Por sua vez, a infração do inciso X, prescreve um conceito excessivamente abstrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza. O autor explica que a figura é residual, visto que não poderia se referir às infrações dos outros incisos, e depende de antijuridicidade e da incompatibilidade de relacionamento com a Administração Pública. Quando a conduta fraudulenta se enquadrar nos incisos VIII e IX, não se subsume ao inciso X.

Sexto, o inciso XI depende da utilização de meio antijurídico cujo objetivo seja frustração dos objetivos da licitação. Para a consumação, deve haver causalidade entre a conduta ilícita e a obstaculização do alcance da proposta mais vantajosa à Administração. O inciso XII remete às infrações administrativas do art. 5º da Lei n. 12.846/2013¹⁷⁵, o que levanta o debate acerca da vedação à dupla punição pelo mesmo fato e a possibilidade de decisões contraditórias, além da aplicação de múltiplos sancionamentos.

¹⁷⁵ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. [...]” BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013].

O art. 159 da NLLCA¹⁷⁶, a princípio, resolveu a dificuldade prática, ao determinar a apuração e julgamento conjunto das infrações, mas não a controvérsia sobre a inconstitucionalidade da punição administrativa concomitante.¹⁷⁷

Para Joel de Menezes Niebuhr, os tipos são bastante abertos e podem ser manipulados com facilidade pela Administração Pública. Qualquer descumprimento contratual pode ensejar a aplicação de sanção cuja escolha depende da interpretação da autoridade sancionadora sobre circunstâncias como a ocorrência e qualificação do dano, totalidade ou parcialidade da inexecução, que distinguem as infrações administrativas.¹⁷⁸

Em geral, houve o avanço em relação ao modelo da Lei n. 8.666/1993. A Lei n. 14.133/2021 realiza a tipificação, ainda que ampla, das condutas que ensejam a aplicação de sanções, ainda que, analisada minuciosamente, seja possível a constatação de múltiplas outras inseguranças e inconstitucionalidades, como será visto posteriormente.

3.2.2 As sanções administrativas

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções nas licitações e contratos regrados pela Lei n. 14.133/2021, consoante o inciso IV do art. 104. Os incisos I a IV do art. 156 prescrevem as quatro figuras: (i) advertência; (ii) multa; (iii) impedimento de licitar e contratar; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.¹⁷⁹ Como cada uma possui suas peculiaridades, cumpre-se analisá-las individualmente.

3.2.2.1 Advertência

A advertência, prevista no inciso I do art. 156 da Lei n. 14.133/2021, é conceituada por Joel de Menezes Niebuhr como um comunicado formal dirigido ao contratado que lhe

¹⁷⁶ “Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁷⁸ NIEBUHR, op. cit., pp. 1215-1217.

¹⁷⁹ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. [...]” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

censura determinado comportamento ou falta de atenção à disposição contratual, com o propósito de evitar lesão definitiva ou irreversível ao interesse público.

Consoante o § 2º do art. 156 da Lei n. 14.133/2021, a sanção administrativa de advertência será aplicada exclusivamente em face da infração administrativa prevista no inciso I do art. 155 da mesma lei, cujo tipo é “dar causa à inexecução parcial do contrato”, quando não se justificar resposta mais grave. Significa que a sanção é a menos severa e corresponde apenas às faltas ocorridas apenas na seara contratual.

A sanção é dirigida aos comportamentos que não causem dano grave, ou seja, pequenos deslizes do contratado que não importem prejuízos irreparáveis. Em outras palavras, a advertência pressupõe que tenha acontecido falta que possa ser reparada, não sendo cabível às hipóteses de inexecução total do contrato ou mesmo de inexecução parcial que tenha ocorrido por má-fé ou que tenha causado prejuízos graves à Administração.¹⁸⁰

Marçal Justen Filho explica que dois efeitos surgem da aplicação da sanção de advertência: a intensificação da fiscalização e a previsão de um sancionamento mais severo.¹⁸¹ Outrossim, a advertência é uma sanção que procura a mudança no comportamento do contratado para que se evite a consumação de um prejuízo significativo. Sua natureza sancionatória, contudo, é relativizada na doutrina.

A referida sanção é contrastada diretamente com o poder de fiscalização dos contratos administrativos, decorrente do inciso III do art. 104, ambos da Lei n. 14.133/2021. Consoante o parágrafo primeiro do art. 117, incumbe ao fiscal do contrato anotar todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato e determinar a regularização de faltas ou defeitos encontrados¹⁸². Para Niebuhr, determinar a regularização seria equivalente a advertir, por isso a advertência emana diretamente do poder de fiscalizar o contrato, não de um poder sancionatório da Administração.

O autor constata um grande defeito na legislação, esclarecendo que tanto a advertência quanto a determinação para regularização de faltas surtem os mesmos efeitos: advertir o contratado a respeito de alguma falta para que seja corrigida antes de dano maior. A despeito de surtirem os mesmos efeitos, a advertência é sanção, de forma que é condicionada

¹⁸⁰ NIEBUHR, op. cit., p. 1202.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁸² “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] III - fiscalizar sua execução; [...]. Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição. [...]” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

ao processo sancionatório, com a observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, por força dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.¹⁸³

Ocorre que na medida que busca prevenir a ocorrência de um dano mais grave, a advertência perde a sua utilidade na maioria dos casos se não puder ser aplicada imediatamente. Caso seja condicionada ao processo sancionatório, a sua utilidade pode se esvaír com o tempo.¹⁸⁴ Há um nítido desequilíbrio lógico, já que a determinação para regularização de faltas tem a mesma finalidade e as mesmas consequências, mas não é submetida ao processo sancionatório simplesmente por não possuir a qualidade de sanção.

Ronny Charles Lopes de Torres defende que a advertência deveria ser compreendida como uma ferramenta de resolução de pequenas falhas e soluções, não uma sanção administrativa. Ademais, as demais sanções não são condicionadas à prévia advertência, nem há previsão de que seriam agravadas caso ela houvesse sido aplicada.

Assim, talvez por considerar a potencial perda da utilidade da advertência que a NLLCA cometeu um grande equívoco. A hermenêutica do art. 157 e do art. 158¹⁸⁵, sugere que se dispensou a instauração de processo sancionatório para a aplicação dessa sanção, o que constitui uma flagrante inconstitucionalidade.¹⁸⁶

Ou seja, sob a ótica da instrumentalidade das sanções administrativas, na medida que é condicionada ao prévio procedimento sancionador, a advertência frequentemente perderá sua utilidade e sua própria justificação. Contudo, caso fosse dispensado esse procedimento, como pretende a NLLCA, haveria inconstitucionalidade.

Sobretudo, a sanção de advertência da Lei n. 14.133/2021 é pouco útil. Por possuir os mesmos efeitos e finalidades, a figura da determinação para regularização das faltas e defeitos dispensa a qualidade de sanção administrativa e é um instrumento mais adequado para conformação das condutas e para a prevenção de grave dano à Administração.

¹⁸³ “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁸⁴ NIEBUHR, op. cit., pp. 1203-1204.

¹⁸⁵ “Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação. Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

¹⁸⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo Sancionador no Âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos, p. 181-182. In: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (org.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2021, p. 176-204.

3.2.2.2 Multa

O inciso II do art. 156 da Lei 14.133/2021 prescreve a multa, que é a sanção administrativa por excelência. O parágrafo terceiro desse artigo preceitua que a pena de multa será calculada na forma do edital ou no instrumento contratual, em patamar não inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor total do contrato e, conforme o parágrafo sétimo, a multa é a única sanção que pode ser aplicada cumulativamente às outras.

Para Justen Filho, a multa consiste em uma penalidade pecuniária cuja função é desincentivar a sua prática e punir condutas ilícitas, não em compensação por perdas e danos¹⁸⁷. Para Joel de Menezes Niebuhr, a margem de 0,5% a 30% do valor do contrato é altíssima e depende da discricionariedade da Administração Pública, que deve prescrever os parâmetros no edital e no contrato. Para o autor, os percentuais são muito elevados, principalmente porque podem exceder totalmente a margem de lucro dos contratos.¹⁸⁸

Ademais, absorvendo os ensinamentos da doutrina civilista, argumenta que a multa é a cláusula do contrato que estabelece o montante que uma parte deve ressarcir à outra em razão da falta contratual. Com inspiração nos arts. 410 e 416 do Código Civil¹⁸⁹, o autor pondera que a vantagem é a previsibilidade das consequências patrimoniais das faltas contratuais. Para o lesado é vantajoso porque não precisa alegar ou comprovar prejuízo. Para o inadimplente é vantajoso porque limita sua obrigação de arcar com perdas e danos.

Mas a NLLCA não incorpora essa lógica. O Código Civil é aplicado apenas supletivamente aos contratos administrativos. O parágrafo nono do art. 156 da NLLCA ressalta que a aplicação de sanções não exclui a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração. Os arts. 410 e 416 do Código Civil cedem em face da norma específica. Ou seja, a previsão de multa não limita a responsabilidade do sancionado, de modo que, sob a sua perspectiva, não há vantagem na previsão da multa contratual.¹⁹⁰

Consoante o segundo capítulo desta monografia, a sanção de multa decorre do exercício do poder punitivo estatal e sua justificação depende da sua funcionalidade como

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁸⁸ NIEBUHR, op. cit., p. 1208.

¹⁸⁹ “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

¹⁹⁰ NIEBUHR, op. cit., pp. 1204-1205.

ferramenta de conformação social. Se a multa é sanção de um comportamento ilícito, sua função não é prescrever o quanto será ressarcido pelos danos, mas criar um incentivo negativo para o cometimento de uma falta, que vai além da própria recomposição do dano.

Noutra linha, Pedro Henrique Poli de Figueiredo lamenta a perda de oportunidade da NLLCA de prescrever multa também em relação ao valor orçado da licitação, nas hipóteses em que o contrato não chega a ser firmado, porque a conduta infracional do licitante poderia tumultuar ou causar nulidade do processo licitatório. Assim, seria incerta a possibilidade de aplicação de multa em face de irregularidade pré-contratual diante da multa ter como base de cálculo o valor do contrato.¹⁹¹ Essa possibilidade não é muito contestada na doutrina, todavia. Marçal Justen Filho ressalta que é cabível considerar o valor do orçamento estimado pela Administração como base de cálculo da multa.¹⁹²

Quanto à retenção de valores, consoante o § 8º do art. 156 da Lei n. 14.133/2021¹⁹³, é lícito à Administração Pública reter valores inicialmente devidos ao contratado, contanto que para fazer frente a prejuízos causados por ele ou a valores devidos à Administração. Caso a retenção não seja suficiente, deve a Administração executar garantia prestada e, se ainda houver montante devido, cobrá-lo arbitral ou judicialmente, conforme o caso.¹⁹⁴

Outra figura semelhante é a multa moratória prevista no art. 162 da NLLCA¹⁹⁵. A multa compensatória pode ser aplicada diante do acontecimento de infração administrativa, mas a moratória deve ser aplicada apenas nos casos de atraso injustificado. As multas possuem pressupostos distintos e, portanto, não há vedação à sua aplicação simultânea, contanto que decorrentes de comportamentos independentes.¹⁹⁶

Destarte, é importante considerar a multa como uma sanção coringa, que pode ser aplicada cumulativamente às outras sanções administrativas, inclusive em patamares bastante elevados, que atingem até 30% do valor do contrato, sem prejudicar a recomposição dos danos causados ao erário.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *Infrações Administrativas e Recursos em Licitações e Contratos Administrativos*, p. 413. In: ROCHA, W.; VANIN, F. S.; FIGUEIREDO, P. H. P. (org.). **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 409-416.

¹⁹² JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁹³ “§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

¹⁹⁴ NIEBUHR, op. cit., p. 1209.

¹⁹⁵ “Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato. Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

¹⁹⁶ TORRES, op. cit., p. 183.

3.2.2.3 Impedimento de licitar e contratar

O inciso III do art. 156 da Lei n. 14.133/2021 preceitua a sanção de impedimento para licitar e contratar. O parágrafo quarto esclarece que a sanção impede o responsável de licitar e contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção por um prazo de até três anos. Em comparação à Lei n. 8.666/1993, cuja sanção equivalente era a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, houve um aumento relevante da gravidade, que prescrevia um prazo máximo de dois anos.

Por definição, o impedimento de licitar e contratar é uma sanção que restringe o direito constitucional de uma pessoa física ou jurídica de participar de licitação ou ser contratada pelo Poder Público. Ademais, a vinculação ao ente federativo tem caráter funcional, isto é, não geográfico.¹⁹⁷

Se na Lei n. 8.666/1993 uma das principais incertezas era o âmbito de aplicação da suspensão temporária, a NLLCA resolve a controvérsia ao determinar com clareza que o impedimento possui eficácia restrita ao ente federativo ao qual pertence o órgão da Administração Pública que aplicou a sanção. A eficácia da sanção, dessa forma, não se estende a órgãos integrantes do quadro da Administração de outros entes federativos.¹⁹⁸

A respeito do âmbito de abrangência, Marçal Justen Filho esclarece que a sanção de impedimento não se estende às sociedades de economia mista ou às empresas públicas do ente federativo sancionador, ante a ressalva do âmbito de abrangência do art. 1º da Lei n. 14.133/2021¹⁹⁹, que lhes reserva o regime específico da Lei n. 13.303/2016, que não prescreve a atração da eficácia de sanções provindas de outras leis.²⁰⁰

Por exemplo, caso a sanção fosse aplicada por uma Secretaria de Estado, o direito de o responsável participar de licitação ou de celebrar contrato administrativo seria restringido apenas aos órgãos, autarquias e fundações ligadas àquele ente federativo. Não seria restrita a

¹⁹⁷ TORRES, op. cit., p. 184-185.

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, op. cit.

¹⁹⁹ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: [...] § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, op. cit.

participação em licitações ou celebração de contratos com outro estado, município ou União, ainda que o órgão federal fosse sediado nos limites territoriais do estado sancionador.

Por fim, é possível tecer críticas sobre a decisão política de o impedimento de licitar e contratar não figurar como uma sanção alternativa para infrações com gravidade inferior puníveis com a declaração de inidoneidade²⁰¹, que será analisada em sequência.

3.2.2.4 Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar e efeitos em contratos vigentes

O inciso IV do art. 156 da Lei n. 14.133/2021 prescreve a mais grave das sanções em licitações e contratos: a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. O parágrafo quinto²⁰² determina que a declaração de inidoneidade impede o responsável de participar de licitação ou de celebrar contrato administrativo no âmbito da Administração Pública direta e indireta de toda a federação, pelo mínimo de três e máximo de seis anos.

O parágrafo sexto²⁰³ prescreve uma regra especial de competência para aplicar a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. No âmbito do Poder Executivo, a competência é exclusiva de Ministro de Estado, de Secretário Estadual ou de Secretário Municipal. Caso seja aplicada por autarquia ou fundação, a competência é da autoridade máxima da entidade. Da mesma forma, quando aplicada por órgãos do Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público ou da Defensoria Pública, no desempenho da função administrativa, a competência é exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades dos órgãos do Poder Executivo, na forma de regulamento próprio.

A principal diferença da declaração de inidoneidade em relação ao impedimento, além da competência e do prazo da restrição do direito de licitar ou contratar, é o âmbito de eficácia: a declaração de inidoneidade tem eficácia nacional.²⁰⁴

²⁰¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 414.

²⁰² “§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁰³ “[...] § 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.” Ibid.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, op. cit.

Joel de Menezes Niebuhr explica que a sanção de declaração de inidoneidade é de natureza gravíssima. Significa dizer que o sancionado é alguém não confiável, que não é técnica ou moralmente apto para participar de licitações ou firmar contratos administrativos. Sem exageros, pode ser equivalente à pena de morte da empresa cujo faturamento dependa de contratos com a Administração Pública, impondo o encerramento ou o redirecionamento total de suas atividades.

A constitucionalidade da extensão nacional é colocada em dúvida. Diante da soberania do princípio federativo e autonomia administrativa dos entes federativos, consoante o art. 1º e o art. 18 da Constituição Federal²⁰⁵, insiste na inconstitucionalidade e restrição dos efeitos da sanção, haja vista que um ente federativo não poderia ser obrigado a aceitar penalidade imposta por outro. O mesmo raciocínio seria aplicável ao Poder Judiciário e ao Legislativo, por força da separação de poderes, e ao Ministério Público, diante de sua autonomia administrativa.²⁰⁶

Nesse sentido, Ronny Charles Lopes de Torres alerta que a extensão nacional poderia desafiar o respeito à autonomia de cada ente federativo. A inidoneidade é uma restrição drástica, um radical alijamento da empresa sancionada durante o período dos efeitos sancionatórios. Assim, defende a aplicação restrita a situações gravíssimas, apenas aos contratados inadimplentes de má-fé, reincidentes ou que dolosamente cometessem infrações administrativas, não sendo aplicável como sanção da primeira infração.²⁰⁷

Essa posição, contudo, é minoritária. Como a Lei n. 14.133/2021 incorporou em grande parte o regime sancionatório da Lei n. 8.666/1993, é provável que a doutrina e jurisprudência sigam os caminhos traçados segundo esse ordenamento. Nesse sentido, Irene Patrícia Nohara, ao fazer uma meta-análise da doutrina e jurisprudência, observa uma tendência de que uma interpretação teleológica, pautada nos princípios da moralidade, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, fundamenta a extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os entes federativos²⁰⁸. Autores como Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁰⁹ e Marçal Justen Filho²¹⁰ são partidários dessa conclusão.

²⁰⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²⁰⁶ NIEBUHR, op. cit., p. 1214.

²⁰⁷ TORRES, op. cit., p. 186.

²⁰⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, *E-book*, n. p.

²⁰⁹ DI PIETRO, op. cit.

²¹⁰ JUSTEN FILHO, op. cit.

Repisa-se que o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo, no julgamento do Recurso Especial n. 520.553/RJ²¹¹, quando examinada a sanção sob a ótica da Lei n. 8.666/1993, já concluía pela extensão nacional da sanção declaração de inidoneidade. O Tribunal de Contas da União converge, com fundamento naqueles princípios ressaltados por Nohara²¹². Na verdade, o parágrafo quinto do art. 156 simplesmente positivou o entendimento majoritário acerca do âmbito de eficácia da declaração de inidoneidade.

É necessário ressaltar uma relevante ponderação hermenêutica. A sanção administrativa foi prescrita como “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”. Joel de Menezes Niebuhr atenta para o uso da conjunção “ou” que, por consequência, sugere a alternatividade entre a restrição de participação em licitação e de celebração de contrato administrativo, que não poderiam ser aplicadas em conjunto.

O autor especula que o legislador procurou evitar que a Administração seja impedida de contratar, por inexigibilidade de licitação, empresas fornecedoras exclusivas de objetos sem os quais a continuidade dos serviços públicos poderia ser cessada.

Dessa forma, a declaração de inidoneidade poderia somente restringir a participação de licitação, sem abranger a contratação direta. Todavia, caso se optasse por restringir o direito à contratação, o direito de participar de licitação seria esvaziado de forma reflexa. Assim, o autor conclui que há competência discricionária da Administração Pública para delimitar os efeitos da declaração de inidoneidade à participação de licitação, sem impedir que o sancionado celebre contratos administrativos por contratação direta. Em outras palavras, a autoridade competente para aplicar a sanção teria duas opções: (i) apenas impedir que o sancionado participe de licitação, ou (ii) impedir que o sancionado contrate com a Administração, o que consequentemente esvazia o direito de participar de licitação.²¹³

A declaração de inidoneidade opera de forma semelhante à sanção de impedimento, na medida que restringe o direito de participar de licitação ou de celebrar contrato

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 520.553/RJ**. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. [...] Relator: Min. Herman Benjamin, 03 de novembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300272646&dt_publicacao=10/02/2011. Acesso em: 27 maio 2023.

²¹² Extrai-se do Acórdão n. 2218/2011 do Tribunal de Contas da União: “a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta.” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2218/2011**. Relator: Min. José Mucio Monteiro, de 12 de abril de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2218%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2. Acesso em: 18 jun. 2023.

²¹³ NIEBUHR, op. cit., pp. 1211-1212.

administrativo. Outro aspecto de semelhança envolve os efeitos da aplicação das duas sanções sobre contratos vigentes.

José dos Santos Carvalho Filho defende que não há rescisão automática dos contratos. Se for o caso, deve ser instaurado processo administrativo para o desfecho contratual. Ou seja, os efeitos das sanções restritivas dos direitos de licitar e contratar com a Administração são prospectivos e incidem apenas em licitações e contratações futuras.²¹⁴

Marçal Justen Filho pondera que o contratado deve manter todos os requisitos de habilitação e qualificação ao longo da execução do contrato, consoante o inciso XVI do art. 92 da Lei n. 14.133/2021²¹⁵. Portanto, quando desaparece o requisito de habilitação por um fato superveniente, o contrato deveria ser extinto. Porém, na esmagadora maioria dos casos, o contratado que sofreu as sanções de impedimento e declaração de inidoneidade ainda dispõe de condições para executar o contrato celebrado. Assim, via de regra, as contratações em curso devem ser preservadas, ressalvadas as hipóteses nas quais a sanção decorra de condutas que denotem a incapacidade para executar o objeto do contrato.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à luz da Lei n. 8.666/1993, adota linha semelhante. A exemplo, no julgamento do Mandado de Segurança 14.002/DF²¹⁶, a Primeira Seção decidiu que a declaração de inidoneidade somente produz efeitos *ex tunc*, sem interferência nos contratos em andamento. Por conseguinte, a aplicação da sanção não implica na rescisão automática de contratos administrativos. Essa implicação, todavia, não excluiria a prerrogativa de a Administração Pública promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nas hipóteses legais.

Em outra ocasião, no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 13.101/DF²¹⁷, a Primeira Seção ponderou que a rescisão imediata dos contratos

²¹⁴ CARVALHO FILHO, op. cit.

²¹⁵ “Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: [...] XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta; [...]” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 14.002/DF**. 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). [...] Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 28 de outubro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802673714&dt_publicacao=06/11/2009. Acesso em: 27 maio 2023.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 13.041/DF**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INIDONEIDADE DECRETADA PELA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO. [...] Relator: Min. José Delgado, 12 de dezembro de 2007. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701972146&dt_publicacao=10/03/2008. Acesso em: 28 maio 2023.

firmados entre o contratado que sofreu a sanção de declaração de inidoneidade e a Administração Pública poderia representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público do que a manutenção dos contratos, visto que lhe obrigaria a instaurar novo processo licitatório. Portanto, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e eficiência, manteve-se o entendimento de que a sanção de inidoneidade detém efeitos prospectivos.

Já o Tribunal de Contas da União no Acórdão 432/2014, consignou que “[...] a sanção de declaração de inidoneidade produz efeitos *ex-nunc*, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da sanção [...]”.²¹⁸

A doutrina e a jurisprudência, à luz da Lei n. 8.666/1993, adotavam a posição de que as sanções de impedimento e declaração de inidoneidade não têm o condão de rescindir automaticamente os contratos administrativos vigentes, que provavelmente será mantida, diante da reprodução dos regramentos pela Lei n. 14.133/2021.

3.2.3 A correspondência entre infrações e sanções, dosimetria e discricionariedade

Como visto, um dos principais defeitos das outras Leis era a ausência de pressupostos para a aplicação das sanções administrativas. Esse defeito dificultava a previsibilidade e era conhecido pela jurisprudência nacional. Inclusive, o Tribunal de Contas da União, no julgamento do paradigmático Acórdão 536/2011²¹⁹, determinou a previsão no edital da licitação e no contrato administrativo das infrações administrativas, suas sanções correspondentes e a respectiva graduação.

A Lei n. 14.133/2021 ataca esse problema nos parágrafos do art. 156. O parágrafo primeiro²²⁰ descreve balizas para a fixação das penalidades e os parágrafos segundo a

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 432/2014**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 26 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A432%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 18 jun. 2023.

²¹⁹ No julgamento do Acórdão, firmou-se enunciado: “Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva graduação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 536/2011**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 02 de março de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:536%20ANOACORDAO:2011%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0%20. Acesso em: 01 jun. 2023.

²²⁰ “§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

quinto²²¹ estabelecem uma relação de correspondência entre as infrações administrativas e as consequentes sanções cabíveis. Essa correspondência é excelente indicador da intenção do legislador de determinar a gravidade gradual das infrações e sanções administrativas.

O parágrafo segundo indica que a sanção de advertência é cabível apenas quando da inexecução parcial do contrato, prevista no inciso I do art. 155 da NLLCA, contanto que não seja justificada a aplicação de penalidade mais grave. Dessa forma, não é possível a aplicação de advertência em caso de inexecução total ou parcial que cause grave dano à Administração.

A multa é a sanção coringa. Os parágrafos terceiro e sétimo²²² prescrevem que ela é aplicável a qualquer uma das infrações administrativas da NLLCA e que também pode ser aplicada concomitantemente com as outras sanções. O parágrafo quarto determina que a sanção de impedimento de licitar e contratar é aplicável quando do cometimento das infrações administrativas dos incisos II a VII do art. 155 da NLLCA, salvo se for justificada a aplicação de sanção mais grave, que no caso, é a declaração de inidoneidade.

O parágrafo quinto prescreve que a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é aplicável às infrações administrativas reputadas mais graves, descritas nos incisos VIII a XII, mas também pode ser aplicada às infrações dos incisos II a VII, todos do art. 155 da NLLCA, quando justificada a imposição de penalidade mais grave.

A correspondência dos tipos e sanções, todavia, é sujeita à discricionariedade administrativa. A análise conjunta dos dispositivos indica que a infração do inciso I é respondida com advertência e/ou multa, mas todos os outros tipos podem ser respondidos com a sanção mais grave declaração de inidoneidade, sem prejuízo da aplicação de multa, condicionada à justificativa de aplicação de sanção mais grave.

Por exemplo, diante da inexecução total do contrato, a Administração em regra aplicaria a sanção de impedimento, mas pode aplicar a sanção de declaração de inidoneidade

²²¹ “§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. § 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei. § 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. § 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.” Ibid.

²²² “§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do caput deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do caput deste artigo.” Ibid.

caso justifique. O problema é agravado pelo fato de que incumbe à própria Administração decidir se a inexecução do contrato foi total ou parcial.

Assim, a correlação é meramente apriorística, frágil e quase alegórica, pois pode ser quebrada a depender da intenção da Administração, que goza de discricionariedade para aplicar qualquer uma das três sanções cabíveis às infrações dos incisos II a XII, limitada apenas pelo ônus argumentativo adicional, que é a justificativa exigida.²²³

Em contraste, Marçal Justen Filho argumenta que a atribuição de competência discricionária à Administração não conduz a vícios de legalidade, tipicidade e culpabilidade, porque esses princípios demandam margem de autonomia para adequação da punição às circunstâncias da realidade.²²⁴

Todavia, é importante constatar que a NLLCA prevê apenas uma direção da discricionariedade. Apenas no caso de adoção de penalidade mais grave há possibilidade de a Administração aplicar sanção diferente da inicialmente reservada mediante justificativa.

Os parágrafos segundo e quarto ressaltam que as sanções ali descritas são aplicadas “quando não se justificar a imposição de sanção mais grave” e o parágrafo quinto ressalva que a declaração de inidoneidade pode ser aplicada a todas as infrações, salvo a inexecução parcial do contrato, contanto que “justifiquem a imposição de penalidade mais grave”. Isto é, quando tratou das sanções em espécie, a NLLCA impossibilita a aplicação de penas menos graves para os respectivos tipos, relegando apenas à dosimetria da sanção a fixação de pena mais branda ²²⁵. Ou seja, uma infração que em regra ensejaria declaração de inidoneidade, como a apresentação de declaração falsa, prevista no inciso VIII do art. 155, mas que possui um baixo grau de culpabilidade por ter ocorrido culposamente, não desonera o particular da imposição da sanção mais grave, apenas justifica que a sanção seja fixada no patamar mínimo legal. Há uma assimetria adversarial na Lei n. 14.133/2021.

Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr explica que elementos atenuantes da culpabilidade do sancionado podem fundamentar a aplicação das sanções em seus patamares mínimos, mas não isentam o licitante ou o contratado do impedimento ou da declaração de inidoneidade, conforme for o caso. O autor lamenta o oferecimento de competência discricionária apenas para a aplicação de sanção mais grave e o consequente viés punitivo.²²⁶ A amplitude discricionária é larguíssima, a Administração, em casos extremos, goza do poder

²²³ NIEBUHR, op. cit., pp. 1216-1217.

²²⁴ JUSTEN FILHO, op. cit.

²²⁵ FIGUEIREDO, op. cit., p. 415.

²²⁶ NIEBUHR, op. cit., p. 1224.

de escolha para decidir se uma conduta deve ser repreendida com advertência ou declaração de inidoneidade.²²⁷

Nessa esteira, o parágrafo único do art. 156 da NLLCA, que reproduz grande parte do parágrafo segundo do art. 22 da LINDB²²⁸, estabelece cinco parâmetros para a aplicação das sanções administrativas: (i) a natureza e a gravidade da infração; (ii) as peculiaridades do caso concreto; (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os danos que causarem à Administração; e (v) a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme orientações e normas dos órgãos de controle.

Marçal Justen Filho ressalta a indispensabilidade de subsunção dos fatos às previsões legais ou regulamentares, não basta a mera referência à Lei, e a possibilidade de consulta ao Código Penal para a complementação das circunstâncias atenuantes ou agravantes. Também ressalta que a ausência ou existência de efeito nocivo da conduta à Administração deve ser considerada tanto para atenuar quanto para agravar a sanção e, finalmente, celebra a previsão do inciso V na medida que permite à Administração delimitar ou condicionar a extinção da sanção à adoção de programas de integridade.²²⁹

Noutra linha, é lastimável a generalidade dos dispositivos e a ausência de demonstração de como devem influenciar a sanção reforçam a insegurança. Joel de Menezes Niebuhr entende que a previsão de cláusulas genéricas permite facilmente a manipulação pela Administração, causando a impressão de que as balizas servem primariamente o propósito de justificar eventuais abusos em vez de limitar o exercício das competências discricionárias. Assim, a motivação da imposição da sanção é imprescindível e, sua ausência, inclusive, permite ao apenado impugnar a sanção aplicada. A ausência de motivação para o recrudescimento da sanção significa a fixação no mínimo legal.

O autor lamenta a perda de oportunidade de consagrar balizas desenvolvidas pela jurisprudência sob a ótica da Lei n. 8.666/1993. As sanções que levam à restrição dos direitos de licitar e contratar possuem um grande impacto no faturamento e funcionamento da empresa sancionada e deveriam ser condicionadas à caracterização da má-fé, que não se presume, e à demonstração de que a conduta causou dano à Administração Pública.²³⁰

²²⁷ Nesse caso, o autor se refere à decisão cabível à Administração Pública para decidir se determinada conduta enseja a inexecução total ou apenas parcial do contrato. No caso da primeira, seria possível a aplicação da declaração de inidoneidade, condicionada à justificativa. No caso da primeira, seria aplicável a advertência, a princípio. *Ibid.*, p. 1217.

²²⁸ “§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1942].

²²⁹ JUSTEN FILHO, op. cit.

²³⁰ NIEBUHR, op. cit., p. 1225.

O fato é que a Lei n. 14.133/2021 recorreu à prescrição de balizas genéricas para a aplicação das sanções administrativas e não integrou elementos concretos de dosimetria da pena, como os existentes no direito penal. No caso da correspondência de infrações e sanções, correlacionou-as de uma forma frágil, sujeita à ruptura com base nessas balizas genéricas e, fundamentalmente, à desequilibrada discricionariedade administrativa. Num comportamento inverso à solução do problema sobre a incerteza do regime sancionatório em licitações e contratos, a Lei vincula a aplicação de sanções mais brandas e sujeita a aplicação de sanções gravíssimas à discricionariedade administrativa.

A impressão final é de que há um excesso de discricionariedade que resulta no aumento de chances de eventuais abusos e, inclusive, no sacrifício de possíveis incentivos para a conformação das condutas dos infratores. A análise desses efeitos serão objeto do capítulo seguinte desta monografia.

3.3.4 Processo administrativo sancionador

Antes de aplicar qualquer sanção, a Administração Pública deve instaurar o processo administrativo sancionador, por meio do qual é assegurado ao interessado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.²³¹ As disposições da Lei n. 14.133/2021 sobre o processo administrativo sancionador são breves, mas, em parte, corrige-se a deficiência de um processo próprio para o estabelecimento de sanções administrativas da Lei n. 8.666/1993, especialmente em relação às sanções mais graves.²³²

O art. 157²³³ prescreve que para a aplicação de multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de quinze dias úteis da sua intimação. Para a aplicação de impedimento ou declaração de inidoneidade, o *caput* do art. 158²³⁴ preceitua a instauração de processo de responsabilização conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará os fatos e circunstâncias e convocará o interessado para apresentar defesa no prazo de quinze dias úteis e indicar quais provas pretende produzir.

²³¹ Ibid, p. 1225.

²³² FIGUEIREDO, op. cit., p. 415.

²³³ “Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²³⁴ “Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.” Ibid.

O parágrafo terceiro do art. 158 da NLLCA determina que a comissão processante deve indeferir, mediante decisão fundamentada, as provas consideradas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas. Caso não seja o caso de indeferimento da produção ou no caso de apresentação de novas provas pela Administração, o parágrafo segundo determina que será facultada a apresentação de alegações finais pelo interessado, também no prazo de 15 dias úteis a partir da intimação.²³⁵ O seu parágrafo quarto impõe que a prescrição da pretensão punitiva ocorre no prazo de cinco anos, contados da ciência da infração pela Administração, interrompida pela instauração do processo de responsabilização e suspensa quando da celebração de acordo de leniência ou decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.²³⁶

Por fim, o art. 159 da NLLCA determina que as infrações administrativas em licitações e contratos da Administração que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846/2013 e serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos.²³⁷

Pedro Henrique de Poli Figueiredo saúda a prescrição de um procedimento próprio para a aplicação de sanções, mas lamenta a lacunosidade do procedimento da sanção de multa e a ausência de regramento para a sanção de advertência, o que leva ao equivocado entendimento de que é dispensável. O autor pondera pela aplicação à advertência de um procedimento semelhante ao da pena de multa.²³⁸

Marçal Justen Filho explica que a Lei prescreve um procedimento simplificado para a multa e um mais consistente para o impedimento e a declaração de inidoneidade, mas infringe a Constituição ao dispensá-lo para a aplicação de advertência. O autor defende uma interpretação conforme a Constituição, na medida que é inafastável a oportunidade de ampla defesa e produção de provas, em sede de procedimentos administrativos de cunho

²³⁵ “§ 1º. Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade. § 2º. Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação. § 3º. Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.” Ibid.

²³⁶ “§ 4º. A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será: I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo; II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.” Ibidem.

²³⁷ “Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.” Ibid.

²³⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p. 415.

sancionatório. Portanto, seria aplicável a extensão das garantias do art. 158 ao processo administrativo sancionador cuja finalidade seja a imposição de multa e advertência.²³⁹

Joel de Menezes Niebuhr concorda. Em qualquer procedimento sancionatório é assegurado aos particulares o conhecimento do que são acusados e a que penalidades estão sujeitos, a ampla defesa, a possibilidade de produzirem provas e de se manifestarem sobre elas e o recebimento de decisões motivadas, independente de qual sanção seja aplicada.

O legislador não poderia dispensar a Administração do cumprimento dessas garantias. Assim, a conclusão pela dispensa de processo administrativo sancionador para a sanção de advertência e pela dispensa do direito de produção de provas e da manifestação sobre elas para a sanção de multa são equívocos inadmissíveis. Portanto, também advoga em prol de uma interpretação conforme a Constituição, com a integração dos procedimentos de aplicação de advertência e multa pelo referido art. 158.

Dessa forma, o direito de produção de provas atinge todos os processos sancionatórios da NLLCA e só pode ser rejeitado excepcionalmente, segundo decisão motivada, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa e da consequente nulidade do processo administrativo. O interessado tem direito de acompanhar e participar da produção da prova e, uma vez produzida, manifestar-se sobre ela.²⁴⁰

Sobre a produção de provas, Marçal Justen Filho ensina que se pressupõe a produção da prova para a avaliação de sua pertinência e conteúdo. Por conseguinte, a decisão pela impertinência deve ser cautelosa, uma vez que pode obstruir indevidamente a defesa do acusado. Se a impertinência ou o objetivo procrastinatório da prova não for identificada imediatamente, existe o dever de deferir a produção.

Quando deferidas, é ônus do particular adotar as providências para a produção de provas difíceis ou complexas, inclusive quanto aos custos. Todavia, não é possível atribuir ao particular o ônus de produzir prova de fato que não aconteceu, ou seja, de comprovação da inexistência de infração. É dever da acusação provar que a infração foi consumada.²⁴¹ Todavia, o Tribunal de Contas da União tem por consolidado o entendimento de que provas indiciárias são suficientes para a condenação, inclusive as mais graves.²⁴²

²³⁹ JUSTEN FILHO, op. cit.

²⁴⁰ NIEBUHR, op. cit., pp. 1226-1229.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, op. cit.

²⁴² Em oportunidade muito recente, no julgamento do Acórdão n. 2351/2021, o Plenário decidiu que “A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.”. BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2351/2021**. Relator: Min. Vital do Rêgo, 20 de outubro de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2531%2520ANOAC

A lei prevê a recorribilidade das decisões que aplicarem sanções administrativas. Consoante o art. 166 da Lei n. 14.133/2021²⁴³, no caso das sanções de advertência, multa e impedimento de licitar e contratar, caberá recurso, cujo prazo é de quinze dias contados da data da intimação, dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a quem incumbe a faculdade de a reconsiderar no prazo de cinco dias. Não sendo o caso, o recurso é encaminhado à autoridade superior, que deve proferir decisão no prazo de vinte dias úteis.

Conforme o art. 167 da NLLCA²⁴⁴, por conta da competência exclusiva de ministro de Estado, secretário estadual, secretário municipal ou autoridade equivalente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, apenas é cabível pedido de reconsideração, no prazo de quinze dias úteis contados da data de intimação, dirigido à autoridade prolatora da decisão, a quem incumbe proferir nova decisão no prazo de vinte dias úteis.

É importante ressaltar que o art. 168 da Lei 14.133/2021 atribui automaticamente aos recursos e aos pedidos de reconsideração efeito suspensivo da penalidade imposta, até a superveniência de decisão final da autoridade competente, que em todos os casos será auxiliada pelo órgão correspondente de assessoramento jurídico.²⁴⁵

3.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Por meio do estudo realizado neste capítulo, percebe-se que as sanções administrativas em licitações e contratos envolvem a imposição de multas pecuniárias, advertências e restrição do direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, que respondem o descumprimento de deveres contratuais ou a prática de atos que prejudiquem o sucesso ou a lisura das licitações e dos contratos administrativos.

ORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 01 jun. 2023.

²⁴³ “Art. 166. Da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 156 desta Lei caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação. Parágrafo único. O recurso de que trata o caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do recebimento dos autos.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁴⁴ “Art. 167. Da aplicação da sanção prevista no inciso IV do caput do art. 156 desta Lei caberá apenas pedido de reconsideração, que deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do seu recebimento.” Ibid.

²⁴⁵ “Art. 168. O recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente. Parágrafo único. Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.” Ibid.

Nas Leis n. 8.666/1993, n.10.520/2002, n. 12.462/2011 e n. 13.303/2016 inexistiam pressupostos legais de aplicação dessas sanções, bem como inúmeras dúvidas sobre a extensão das penalidades, que causavam incerteza e insegurança. A Lei n. 14.133/2021 veio para resolver essas incertezas e, em grande parte, conseguiu realizar esse objetivo. Descreveu de forma mais específica as infrações administrativas e correlacionou-as às sanções administrativas cujas extensões foram delimitadas além de dúvida.

No entanto, foi promulgada com um viés punitivo, com o recrudescimento das sanções administrativas, especialmente nas mais graves, e outorgou à Administração Pública uma margem larguíssima de discricionariedade, de forma que a correlação feita foi meramente simbólica, especialmente porque as balizas dessa discricionariedade são parâmetros indeterminados.

4. OS DESAFIOS E DIFICULDADES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O propósito deste capítulo é mapear os defeitos e dificuldades da estrutura sancionatória da Lei n. 14.133/2021. Para tanto, o primeiro tópico analisará potenciais ofensas e riscos a direitos e garantias fundamentais, sob a ótica da teoria unitária do poder punitivo estatal, que justifica a integração do regime jurídico do direito administrativo sancionador pela ciência penal. O segundo tópico é destinado à constatação de potencial comprometimento da finalidade dissuasória das próprio regime sancionatório, algo que abala a sua justificação.

Antes disso, contudo, é importante destacar que é possível a complementação regulamentar do direito administrativo sancionador, por força do princípio da reserva legal, algo essencial para a segurança jurídica, principalmente quando da generalidade das leis.

O regulamento é o ato geral e abstrato de competência do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de garantir a execução de lei que demande a atuação da Administração Pública, consoante o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal. O ato depende de lei e, salvo o restrito caso do inc. VI do mesmo artigo, não há nenhuma hipótese de regulamentos autorizados, delegados, independentes ou autônomos²⁴⁶. Nesse ponto, a Administração se submete ao princípio da legalidade, que veda a expedição de regulamento sem que lhe seja facultado ou imposto o dever de atuar por lei.²⁴⁷

Ocorre que, apesar de exigir várias complementações regulamentares durante o resto de seu texto, a Lei n. 14.133/2021, no regime sancionatório, prevê apenas duas oportunidades para regulamentos²⁴⁸: (i) a definição da autoridade competente para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, consoante o inciso segundo do do parágrafo sexto do seu art. 156²⁴⁹; e (ii) a forma de cômputo

²⁴⁶ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²⁴⁷ MELLO, op. cit., pp. 282-285.

²⁴⁸ Foge ao tema deste trabalho analisar quantos dispositivos já foram regulamentados, mas desde a promulgação da Lei n. 14.133/2021 não houve o regulamento das sanções administrativas pelo Governo Federal, que está “em elaboração pela equipe técnica”. LISTA de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Atualizada em 19/06/2023. **Gov.br**, 2023, p. 10. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

²⁴⁹ “§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: [...] II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério

e consequências da soma de diversas sanções aplicadas a um mesmo particular cuja origem sejam contratos diferentes, consoante o parágrafo único do seu art. 161²⁵⁰.

Assim, o objeto de estudo é o que está legalmente positivado, de modo que a eventual insuficiência ou obscuridade não pode ser resolvida por regulamento, pelo menos não antes da edição de nova lei que inclua essa possibilidade.

4.1 VÍCIOS À GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CIÊNCIA PENAL

Neste tópico, à luz da integração do regime jurídico autônomo do direito administrativo sancionador pelo direito penal, justificada pela teoria unitária do *ius puniendi* estatal, será verificada a existência de riscos e ofensas a garantias e liberdades fundamentais na NLLCA. Os pontos estudados são interligados, quase que interdependentes, e a separação foi escolhida para fins didáticos, mas as conclusões devem ser consideradas em conjunto.

Num primeiro momento, será verificada suspeita de excesso de discricionariedade na correspondência entre infrações e sanções administrativas e os seus consequentes riscos à definição de sanções proporcionais. Depois, serão abordados os vícios a garantias como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a individualização da pena, especialmente na dosimetria das sanções administrativas e nas disposições sobre o processo administrativo sancionatório.

4.1.1 A discricionariedade excessiva da correspondência entre infrações e sanções e o risco de desproporcionalidade

Consoante o segundo capítulo, a proporcionalidade é um dos princípios limitadores do poder punitivo estatal aplicável a todas as instâncias do exercício do poder punitivo estatal. No direito penal, Fernando Capez explica que o princípio exige maior rigor para casos de maior gravidade, a individualização da pena, que deve guardar relação com o mal infligido

Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, **na forma de regulamento.**” (grifo nosso) BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁵⁰ “Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo **regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.**” (grifo nosso) Ibid.

pelo crime, e, sobretudo, que Estado para não conceba incriminação que traga mais ônus do que benefícios à sociedade.²⁵¹

Cleber Masson leciona que o princípio possui dupla face. Por um lado, proíbe o excesso da pena e, por outro, proíbe a tutela insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta. Sobretudo, o princípio significa a adequação entre a sanção e a infração penal, em conjunto com circunstâncias pessoais e o mérito do condenado.²⁵²

No direito administrativo sancionador espanhol, o princípio da proporcionalidade assume faceta semelhante e pressupõe o equilíbrio entre a gravidade da infração e a sanção administrativa, que se estende tanto ao legislador quanto ao órgão administrativo, a quem não é conferida liberalidade para aplicar a sanção, que considerar uma série de circunstâncias, como a existência de intencionalidade, a natureza dos prejuízos causados e a antecedência infracional.²⁵³

No direito administrativo sancionador brasileiro, Fábio Medina Osório explica que o postulado da proporcionalidade constitui um limite ao exercício do poder punitivo, na medida que impõe a proibição de intervenções desnecessárias e exageradas. Ao Poder Judiciário compete corrigir eventuais abusos, não para examinar o cabimento de medidas alternativas, mas para constatar se a medida concretamente adotada é ou não excessivamente gravosa.

O postulado se estende à tipificação das condutas, à aplicação das penas e às próprias medidas investigativas, em simetria ao direito penal, diante de uma perspectiva humanista, comum às bases do direito punitivo. O autor ressalta a importância da proporcionalidade entre tipos sancionadores em plano abstrato, no sentido do dever de coerência do legislador. Em especial, impõe-se a vedação à tipificação mais grave de tipos instrumentais em relação aos tipos principais correspondentes e à tipificação de dois ilícitos idênticos com penas distintas.²⁵⁴

Como visto no terceiro capítulo, em regra, as sanções de advertência, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar são aplicadas, respectivamente, às infrações do inciso I, dos incisos II a VII e dos incisos VIII a XII. A multa é aplicável a qualquer infração. Quando se justificar a imposição de sanção mais grave, a Administração pode trocá-las, de advertência para impedimento, e desta para a declaração de inidoneidade, consoante anteriormente referidos parágrafos segundo a quinto da NLLCA.

²⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 88-89.

²⁵² MASSON, op. cit, p. 135-139.

²⁵³ PUIG, M. R.; CARRASCO, M. I.; SOTOMAYOR, L. A.; ARMIJO, A. B. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá (Colômbia), v. 7, n. 1, p. 23-74, jan./jun. 2005, pp. 36-37. DOI: <https://doi.org/10.12804/esj>. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/305>. Acesso em: 14 jun. 2023.

²⁵⁴ OSÓRIO, op. cit.

A partir dessa correspondência, Joel de Menezes Niebuhr sinaliza uma problemática relevante, que envolve consequentes riscos à proporcionalidade da sanção. Para o autor, a aplicação de sanções envolve o exercício de competências discricionárias, mas a Lei n. 14.133/2021 confere à autoridade sancionadora margem excessiva. Os tipos são muito abertos e podem ser facilmente manipulados pela Administração. Além disso, a correlação entre infrações e sanções é porque pode ser quebrada mediante ônus argumentativo extra.

Nesse momento entra a proporcionalidade. Há empresas cujas atividades restringem-se à contratação pública ou cujos faturamentos dependem de contratos administrativos. A restrição dos direitos de licitar e contratar poderia levar ao encerramento das suas atividades, em equivalência à pena de morte das empresas sancionadas. Por isso o impedimento e declaração de inidoneidade são gravíssimos e só devem ser aplicados diante de infrações gravíssimas.²⁵⁵

Marçal Justen Filho compartilha a mesma opinião, asseverando que as sanções restritivas dos direitos de licitar e contratar, por afetarem terceiros como empregados, acionistas e causarem efeitos mais nocivos do que os estritamente necessários, no sentido de prejudicar a preservação do funcionamento da empresa, ofendem a proporcionalidade.²⁵⁶

De mais a mais, Niebuhr reforça o apontado, ressaltando que a jurisprudência havia consolidado balizas como a presença de má-fé, que não se presume, e a necessidade de demonstração de que o licitante ou contratado se beneficiou do comportamento ou causou danos à Administração como condicionantes da aplicação dessas sanções mais graves.

Contudo, essas balizas não foram consagradas pela Lei n. 14.133/2021. Para o autor, muitas vezes, dentro do contrato, ocorrem descumprimentos periféricos, que podem ser reparados e não causam prejuízos definitivos, quando nem sequer é necessário advertir; o contratado apenas deve ser notificado para que corrija efeitos, com fundamento na prerrogativa de fiscalização de contratos da Administração Pública.

Todavia, não há espaço de discricionariedade para decidir por sanção menos grave. A NLLCA somente oferece competência discricionária para a aplicação de sanções mais severas. Ainda que a má-fé seja elemento do tipo das infrações que sanção de declaração de inidoneidade, o prejuízo à Administração não foi consagrado como a outra condicionante. A Lei n. 14.133 adota o exercício da discricionariedade para a aplicação da sanção mais grave, mas abandona-o para aplicar a mais branda.

²⁵⁵ NIEBUHR, op. cit., p. 1216-1219.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, op. cit.

O ponto é agravado porque o exercício dessa competência discricionária ocorre segundo aquelas circunstâncias genéricas no parágrafo primeiro do art. 156²⁵⁷, que também podem ser facilmente descaracterizados pela autoridade sancionadora. Para Niebuhr, as balizas genéricas servem mais a justificar eventuais abusos da Administração do que realmente para delimitar o exercício da discricionariedade.

Por essas imperfeições, ressalta a indispensabilidade da motivação adequada dos atos sancionatórios. Inclusive, a ausência de fundamentação adequada da exasperação da sanção preconiza a sua fixação no mínimo legal.²⁵⁸

Diante dessas considerações, pode-se concluir que a margem de discricionariedade conferida pela NLLCA à Administração Pública, somada à generalidade dos critérios de exasperação da pena existentes, dá ensejo a riscos à proporcionalidade das sanções administrativas, na medida que propiciam dificuldade e obscuridade à motivação dos atos.

Esse risco é reforçado pela perda da oportunidade de consagrar balizas a má-fé e o prejuízo ao erário como condicionantes das sanções mais graves, bem como pelo desequilíbrio causado previsão de competência discricionária para aplicar apenas sanções mais graves, não o contrário.

4.1.2 Devido processo legal, ampla defesa e individualização da pena

Vencido o exame da correspondência das sanções, cumpre-se verificar, neste subtópico, se a Lei n. 14.133/2021 implica em dificuldades relacionadas ao processo administrativo sancionatório, principalmente em relação à fundamentação da fixação do *quantum* da pena escolhida pela Administração e da capacidade de o interessado impugná-lo.

Para tanto, é importante consignar a literatura acerca do princípio do devido processo legal, da ampla defesa e da motivação das decisões. Primeiro, analisar-se-á a perspectiva de alguns autores do direito administrativo sancionador, depois a do direito penal, no que couber. Então, as considerações serão espelhadas ao regime jurídico sancionador da NLLCA.

Como visto no capítulo segundo, não se desconsidera a instrumentalidade e o elemento funcional da sanção administrativa, que dá ênfase na demanda por efetividade, eficiência, economicidade e sensibilidade ao setor regulado. Todavia, o discurso não deve ser

²⁵⁷ “§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁵⁸ NIEBUHR, op. cit., pp. 1222-1225.

totalmente utilitário. O desempenho da funcionalidade das sanções administrativas é limitado pelas balizas dos direitos fundamentais dos particulares, comuns a todo o direito punitivo estatal, com as nuances próprias do direito administrativo sancionador. Em outras palavras, os fins das sanções não justificam a desatenção a direitos dos sancionados.

Nessa linha, o princípio do devido processo legal está previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. Vinculado a ele, a Constituição também determina que em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral é resguardado o direito à ampla defesa e ao contraditório, consoante o inciso LV do mesmo artigo.²⁵⁹ A motivação das decisões judiciais, por sua vez, é prevista expressamente no art. 93, inciso IX, da Constituição²⁶⁰.

Odete Medauar explica que a cláusula do devido processo legal, originada na Magna Carta de 1215, vinculou-se ao direito penal sobretudo para possibilitar o direito de defesa. Atualmente, estende-se ao âmbito administrativo, num estágio avançado, até sumulado pelo Supremo Tribunal Federal²⁶¹, e se desdobra nas garantias do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do contraditório propicia ao interessado a ciência da informação em face da qual lhe seja possibilitada a manifestação. Dele desdobram-se o direito de obter conhecimento adequado dos fatos e o dever de comunicação da Administração Pública sobre os elementos do processo. Além disso, garante a faculdade de o interessado manifestar o próprio ponto de vista sobre os fatos, interpretações e argumentos oferecidos pela Administração ou qualquer outro interessado. Disso decorre o direito de proposição de provas.

Finalmente, o princípio do contraditório garante o direito à motivação dos atos administrativos, que impõe a demonstração de como os fatos ou alegações influíram na decisão final. É o direito à motivação que propicia a transparência administrativa, o respeito à legalidade e o controle sobre as decisões tomadas.

O contraditório mantém profunda interação com a ampla defesa, que garante a possibilidade de o interessado se manifestar antes da decisão, especialmente nos processos

²⁵⁹ “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²⁶⁰ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” Ibid.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 21**. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2106>. Acesso em: 12 jun. 2023.

sancionatórios, e de interpor recurso administrativo. A ampla defesa também preconiza o direito de ser notificado e de participar do processo e, nessa esteira, de solicitar a produção de provas e vê-las realizadas e consideradas, salvo as provas tumultuárias ou ilícitas.²⁶²

As garantias do contraditório e da ampla defesa, enquanto extensões do devido processo legal, são assentes no direito brasileiro. A respeito disso, pode-se citar a Súmula Vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal²⁶³, que preconiza que nos processos administrativos no âmbito do Tribunal de Contas da União são assegurados o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Para Fábio Medina Osório, substancialmente, o devido processo legal preconiza que a legislação se ajuste à razoabilidade e à interdição da arbitrariedade, com a criação de limites claros às autoridades. O devido processo legal não implica na aplicação cega do conteúdo lógico-gramatical da legislação processual, mas no atendimento de um processo razoável, que vai além da adequação à produção das finalidades desejadas, e se interliga intimamente a outros princípios, como a proporcionalidade, igualdade, impessoalidade e motivação.²⁶⁴

Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella di Pietro, escorada nas lições de Gordillo, ressalta que a decisão discricionária é ilegítima, mesmo quando não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se for irrazoável. Isso pode acontecer quando a decisão não explicitar os fundamentos de fato ou de direito que a sustentem; quando não levar em conta os fatos públicos, notórios ou constantes do expediente; ou ainda, quando não guardar a proporção adequada entre os meios que emprega e a sua finalidade²⁶⁵.

Nos processos sancionatórios, o devido processo legal impõe a fundamentação da decisão e da individualização da pena. Por isso, além da proporcionalidade, a dosimetria da sanção administrativa deve ser razoável e, sobretudo, sua fundamentação deve percorrer trajetória que indique inequivocamente a adequação e balanceamento, sob pena de nulidade.²⁶⁶

Essa premissa é reforçada pelo art. 20 da LINDB, que impõe o dever de a Administração Pública não decida com base em valores jurídicos abstratos, ao arrepio das

²⁶² MEDAUAR, op. cit., p. 167.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 3**. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, DR: Supremo Tribunal Federal, [2007]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1191>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁶⁴ OSÓRIO. op. cit.

²⁶⁵ GORDILLO, Agustín A. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 183-184. apud DI PIETRO, op. cit.

²⁶⁶ Ibid.

circunstâncias do caso concreto. O parágrafo único impõe ao Poder Público que demonstre a necessidade e a adequação da medida escolhida em face das alternativas.²⁶⁷

Em consonância, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ressalta a possibilidade de aplicação de sanções aos servidores faltosos, mas a condiciona ao devido processo legal. A exemplo, nos termos do Acórdão do Mandado de Segurança n. 7.077/DF²⁶⁸, que tratava da sanção de demissão a servidor público federal, decidiu-se que a aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Da mesma forma, qualquer decisão proferida, especialmente se aplicada a penalidade máxima, deve ser fundamentada, com a especificação dos motivos que fundamentaram o convencimento do julgador.

Para Osório, noutra linha, o direito de defesa tem amplitude peculiar no direito administrativo sancionador e não pode ser interpretado genericamente, mas segundo um núcleo mínimo ou máximo que operacionalize a defesa do interesse em jogo. Por isso, admite-se a faculdade de o acusado permanecer em silêncio sem que isso lhe prejudique, mas é vedado à Administração Pública negar-lhe a produção de provas de seus interesses e, ainda assim, condená-lo, por força do princípio da presunção de inocência, assim como no direito penal. No direito administrativo sancionador, o princípio da ampla defesa também se conjuga no direito de produzir provas.²⁶⁹

Nessa perspectiva, Osório explica que do princípio do devido processo legal decorre o princípio da motivação dos atos administrativos e jurisdicionais, uma garantia de que seus motivos sejam explicitados, o que inclusive habilita a revisão pelo Poder Judiciário da decisão administrativa, ao averiguar a sua correção formal e material. Motivar significa demonstrar fundamentos, bases, circunstâncias que justificam e formam o raciocínio decisório.

Osório defende que esse princípio não se resume à garantia da vedação à arbitrariedade e da ausência de motivação, mas abrange também o direito de o particular

²⁶⁷ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1942]

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Mandado de Segurança nº 7.077/DF**. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. [...] Relator: Ministro Edson Vidigal, 25 de abril de 2001. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000658596&dt_publicacao=11/06/2001. Acesso em 12 jun. 2023.

²⁶⁹ OSÓRIO, op. cit.

receber uma decisão fundamentada. Ao direito de defesa corresponde um direito à motivação das decisões judiciais ou administrativas. Não haveria alternativas a serem exploradas pelas partes se a decisão enfrentada carecesse de fundamentação.²⁷⁰

Não obstante as considerações da doutrina administrativa, ainda é útil a integração pelo direito penal. Alinhado aos princípios expostos anteriormente, Cezar Roberto Bitencourt explica que o princípio da individualização da pena assegura ao apenado a garantia de receber uma decisão qualificada pela absoluta e completa fundamentação judicial. Apesar de o legislador conferir ao magistrado discricionariedade para a aplicação da pena, não lhe conferiu arbitrariedade, visto que condicionou seus atos decisórios à fundamentação.²⁷¹

Aury Lopes Jr. sustenta que a motivação das decisões judiciais serve para o controle, para avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder e se foram observadas as regras do devido processo penal.²⁷²

Por isso o Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena. Assim, todas as operações da dosimetria da pena devem ser fundamentadas, com o esclarecimento pelo magistrado de como valorou cada circunstância analisada, no desenvolvimento de um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.²⁷³

Guilherme de Souza Nucci ensina que prevalece no direito brasileiro o critério trifásico, o mais detalhado, com a separação da aplicação da pena em três fases distintas, para que as partes conheçam exatamente o que pensa o juiz no momento de aplicar a pena. A fundamentação de cada uma dessas fases é extensão do direito do réu de acompanhar todas as etapas da individualização de sua pena. A ausência de fundamentação enseja a nulidade da sentença ou, no mínimo, a redução da pena ao mínimo legal.²⁷⁴

Cleber Masson explica que a fundamentação de cada etapa do método trifásico permite a individualização da pena e confere ao réu o exercício da ampla defesa, pois lhe concede o direito de acompanhar e impugnar cada estágio de aplicação da pena.²⁷⁵

Fernando Capez confirma. A dosimetria da pena deve ser fundamentada em cada etapa, o que possibilita ao réu, para a garantia do exercício de defesa, a ciência exata do grau

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ BITENCOURT, op. cit.

²⁷² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 156.

²⁷³ BITENCOURT, op. cit.

²⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 671.

²⁷⁵ MASSON, op. cit., pp. 949-951.

de aumento ou diminuição, a partir da pena-base. Assim, o desrespeito ao critério trifásico de aplicação da pena e a ausência de fundamentação ensejam a anulação da sentença.²⁷⁶

Na esteira do princípio do devido processo legal e da individualização da pena, toda literatura da ciência penal converge para a concepção de que a estrutura de dosimetria da pena prevista no Código Penal, que já foi referenciada no segundo capítulo desta monografia, habilita o exercício da ampla defesa pelo acusado. Isso porque é o instrumento de fundamentação judicial que materializa o princípio da individualização da pena. À luz da teoria unitária do poder estatal, não há razão para não ponderar pela criação e aplicação de uma estrutura dessa natureza no direito administrativo sancionador.

Em síntese, dos princípios analisados, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a motivação das decisões e a individualização da pena, é possível elencar duas premissas de especial relevância para o enfrentamento de qualquer regime sancionatório: (i) é garantido ao acusado no processo administrativo sancionatório o direito de produção de provas e de vê-las apreciadas, salvo se forem ilícitas ou tumultuárias; e (ii) é garantido ao acusado, no caso de decisão condenatória, o recebimento de uma decisão fundamentada que lhe possibilite o acompanhamento concreto e a eventual impugnação do trajeto de quantificação da sanção administrativa. O reconhecimento dessas premissas resultam em duas ofensas a princípios constitucionais da Lei n. 14.133/2021, que serão examinados a seguir.

Diante da primeira premissa, relativa ao direito de produção de provas, saltam aos olhos as disposições da Lei n. 14.133/2021 sobre o processo administrativo para imposição de advertência e de multa.

Ao contraste do art. 158²⁷⁷, que explicita o direito de produção de provas e o posterior prazo para o particular manifestar-se sobre as provas produzidas, não há disposição que regule o processo para aplicação de advertência. Por outro lado, o art. 157²⁷⁸ preconiza um procedimento simplificado, no qual não é previsto o direito de o particular produzir provas.

²⁷⁶ CAPEZ, op. cit., p. 776-777.

²⁷⁷ “Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir. [...] § 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação. § 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

²⁷⁸ “Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.” Ibid.

Essa diferença leva a crer que a intenção da Lei n. 14.133/2021 foi dispensar o procedimento administrativo sancionatório e reduzir o grau de defesa quando da aplicação de sanção de multa. Consoante os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, que se estendem ao direito administrativo sancionador, tais impressões são inconstitucionais.

No terceiro capítulo, brevemente anteciparam-se as considerações de dois autores sobre a procedimentalização das sanções de multa e advertência. É interessante relembra-las para formar um julgamento definitivo sobre a sua constitucionalidade.

Primeiro, Joel de Menezes Niebuhr alerta para a necessidade de a NLLCA ser interpretada conforme a Constituição. Em matéria sancionatória, por força dos princípios ressaltados, os licitantes e contratados têm o direito de (i) ser notificados formalmente sobre a instauração de processo administrativo sancionador; (ii) dispor de prazo para a defesa, com acesso a todos os documentos e informações pertinentes; (iii) produzir as provas que sejam pertinentes; (iv) ser intimados da realização de diligências para participação do ato e para manifestação sobre ele; e (v) receber decisão motivada. Para o autor, o legislador não poderia ter dispensado a Administração da observância desses pressupostos, que compõem um núcleo mínimo condicionante da validade de todos os processos administrativos sancionatórios.

Portanto, seria hermenêutica inconstitucional considerar que a aplicação da sanção de advertência, por ser mais leve, prescindiria do contraditório e da ampla defesa, e que não seria necessário conceder oportunidade para que o contratado produzisse prova ou se manifestasse sobre ela na aplicação da sanção de multa. Por isso, as disposições da Lei 14.133/2021 devem ser interpretadas em conformidade à Constituição, de modo que se assegure esse núcleo mínimo, independente da gravidade da sanção.²⁷⁹

Marçal Justen Filho também advoga pela inconstitucionalidade das disposições. A Constituição exige a observância do devido processo legal em qualquer circunstância que a Administração exerça sua competência punitiva. A ausência de controvérsia intensa sobre fatos e direito autoriza um procedimento sumário, mas é juridicamente impossível prever a imposição de sanção sem oportunidade de ampla defesa e de produção de provas.

Por isso, conclui pela necessidade de interpretação analógica para o processo administrativo cujo objetivo seja a sanção de advertência e conforme a Constituição para o art. 157 da Lei n. 14.133/2021, que regula o processo administrativo cujo objetivo seja a sanção de multa, no sentido de extensão de todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Assim,

²⁷⁹ NIEBUHR, op. cit., pp. 1226-1227.

as disposições prescritas no art. 158 seriam aplicadas a todas as sanções administrativas, inclusive nas hipóteses de advertência e de multa.²⁸⁰

Outrossim, as finalidades do processo administrativo não se resumem à dimensão do ato em si e do correto desempenho da função administrativa. A processualização do direito administrativo preconiza a perseguição do respeito às garantias individuais, da legitimação do poder, e da promoção do melhor conteúdo das decisões e da justiça na Administração. Essas finalidades significam que o processo administrativo é orientado ao sopesamento dos vários interesses envolvidos na mesma situação e, para que isso seja alcançado, é necessário que os interessados sejam ouvidos, apresentem argumentos, provas e ofereçam informações.²⁸¹

Portanto, é possível concluir com segurança, mediante interpretação conforme a Constituição, que aos procedimentos administrativos cuja finalidade seja a aplicação das sanções de advertência ou multa, também é aplicável o art. 158 da Lei n. 14.133/2021, segundo o qual é possibilitado o direito ao contraditório, à ampla defesa e à produção de provas, consoante os referidos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Diante da segunda premissa, relativa ao direito à recepção de decisão fundamentada que possibilite o exercício, chama atenção a generalidade dos critérios dosimétricos das sanções prescritos no parágrafo primeiro do art. 156 da NLLCA:

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

O problema do dispositivo é a legitimação da fundamentação em critérios dosimétricos genéricos. Além de os conceitos escolhidos pela NLLCA serem indeterminados e facilmente manipuláveis pela Administração, inexistente disposição legal que estabeleça o grau de exasperação de cada circunstância.

Niebuhr afirma que a generalidade dessas balizas causa a impressão de que servem mais a justificar eventuais abusos da Administração do que realmente a limitar o exercício das competências discricionárias e proteger os licitantes. Apesar disso, os agentes administrativos devem motivar adequadamente os atos sancionatórios. Não basta indicar os fatos, o ocorrido e o fundamento legal da penalidade, é necessária a exposição dos detalhes da

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, op. cit.

²⁸¹ MEDAUAR, op. cit., pp. 160-163.

infração administrativa, da culpabilidade, da reprovação ao comportamento, os prejuízos causados, entre outros aspectos que sejam relevantes.

Do contrário, o apenado pode utilizar a falta de motivação como argumento para impugnar a sanção que lhe foi aplicada, sob alegação de violação ao princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, se nada foi dito em contrário, deve-se pressupor que o agente agiu de boa-fé e que as circunstâncias reprováveis são mínimas e, portanto, a penalidade também teria que ser fixada no padrão mínimo.²⁸²

Em contraste ao Código Penal, cujo método trifásico habilita o exercício da ampla defesa, na medida que estabelece uma relação de causa e consequência entre o reconhecimento de uma circunstância negativa e a quantidade de aumento que ela causa na pena, não há método dosimétrico rigoroso na Lei n. 14.133/2021.

Nesse sentido, é interessante utilizar a comparação com o direito penal para ilustrar o ponto. O art. 337-L do Código Penal²⁸³ tipifica o crime de fraude em licitação ou contrato, em face do qual é aplicada a pena privativa de liberdade de quatro a oito anos e multa.

Cleber Masson explica que o crime pode ser cometido apenas pelo funcionário público ou pelo particular em relação com a licitação pública ou com o contrato dela decorrente e é condicionado pelo dolo específico, consistente no propósito de causar prejuízo à Administração Pública, portanto não há modalidade culposa.

Todavia, o crime comporta a modalidade tentada, que ocorre, por exemplo, quando o diretor de empresa contratada para o fornecimento de merenda escolar tenta servir produtos com o prazo de validade vencido, que deixa de ser consumado porque o comportamento é percebido pela Administração Pública, que determina a apreensão dos alimentos.²⁸⁴

Na hipótese de o diretor ser condenado em sede de processo penal, a dosimetria da pena obedecerá o critério trifásico. Consoante o visto no capítulo segundo, a contagem da pena começa do patamar mínimo, ou seja, quatro anos. Supondo que na primeira fase dosimétrica inexistam circunstâncias negativas, a pena continuará no patamar mínimo.

²⁸² NIEBUHR, op. cit., p. 1225.

²⁸³ “Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III - entrega de uma mercadoria por outra; V - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.” BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]

²⁸⁴ MASSON, Cleber. **Crimes em Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 71-79.

Na segunda fase, o juiz sentenciante fundamenta o reconhecimento de uma circunstância agravante, o fato de o acusado ter cometido o crime por motivo fútil²⁸⁵, isto é, o valor monetário que deixaria de perder ao utilizar insumos vencidos para a merenda escolar, e aumenta a pena em um sexto. Na terceira fase, o juiz sentenciante deixa de aplicar qualquer minorante, e fixa a pena definitiva em quatro anos e oito meses.

Nesse exemplo concreto, o acusado tem a habilidade de impugnar diretamente a condenação, visto que cada fase da aplicação da pena é sujeita à fundamentação e à demonstração de como cada circunstância influi ou não na pena final. Em recurso de apelação, poderia impugnar o reconhecimento do motivo fútil e pleitear a redução da pena ao patamar mínimo legal. Na terceira fase da dosimetria, poderia impugnar a não aplicação da minorante da tentativa, prevista no art. 14 do Código Penal²⁸⁶, que reduziria a pena em um a dois terços.

Para perceber a diferença da habilidade de o particular que sofreu sanção administrativa se defender, recorre-se ao exemplo: a mesma conduta fraudulenta é tipificada como infração administrativa em licitações e contratos no inciso IX do art. 155 da Lei n. 14.133/2021²⁸⁷, contudo, a responsabilização é da pessoa jurídica. A essa infração correspondem a sanção de declaração de inidoneidade, de três a seis anos, e multa, de meio a trinta por cento do valor do contrato de fornecimento de produtos alimentícios.

Suponha-se que, após regular processo administrativo sancionatório, à empresa que cometeu a fraude de entregar alimentos vencidos tenham sido aplicadas as duas sanções em questão. Diga-se, na dosimetria da pena fixou-se o *quantum* da declaração de inidoneidade no prazo de quatro anos e meio e da multa no valor de quinze por cento do valor do contrato, diante de fundamentada gravidade da infração cometida, que prejudicou a alimentação escolar.

Não necessariamente a dosimetria da sanção carecerá de fundamentação, mas a ausência de parâmetros agravantes ou atenuantes em lei dificulta o exercício da ampla defesa, na medida que o aumento da intensidade da sanção necessariamente depende de exercício da subjetividade e liberalidade da autoridade sancionadora, ainda que com fulcro no edital ou contrato administrativo.

²⁸⁵ “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe;” BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941].

²⁸⁶ “Art. 14 - Diz-se o crime: Crime consumado I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; Tentativa II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pena de tentativa Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.” Ibid.

²⁸⁷ “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: [...] IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

Há uma dupla inferência dessa opção do legislador. De um lado, não é oferecido ao sancionado um parâmetro de controle da exasperação da sanção que está prestes a receber e, assim, restringem-se as possibilidades de impugnação do ato sancionador. De outro, à Administração não são oferecidas balizas que deem robustez à fundamentação do cálculo da pena, o que enseja o aumento do risco de o ato sancionatório ser questionado judicialmente.

Em outras palavras, a Lei n. 14.133/2021 não estabelece uma relação de causa e efeito entre a circunstância atenuante ou agravante e correspondente diminuição ou aumento da intensidade da sanção, como faz, por exemplo, a minorante da tentativa do Código Penal, que diminui a pena de um a dois terços.

Por isso é possível afirmar com consistência que critérios genéricos como fundamentos de dosimetria das sanções administrativas dificultam o exercício da ampla defesa, da individualização da pena e aumentam o risco de impugnação judicial.

Assim, constata-se a necessidade do ajuste da estrutura dosimétrica da pena da Lei n. 14.133/2021, que não necessariamente precisa sujeitar-se ao método trifásico penal, mas que pode usá-lo de inspiração, para que as referidas garantias constitucionais, inerentes ao direito punitivo estatal, sejam cumpridas.

Pondera-se pela legalização de causas gerais e específicas de aumento ou de diminuição da intensidade da sanção administrativa, às quais correspondam uma pré definida intensidade, a qual, por óbvio, deve ser politicamente decidida pelo legislador, segundo o princípio da proporcionalidade, assim como ocorre, inclusive, no direito penal em licitações e contratos administrativos recentemente reformado pela própria Lei n. 14.133/2021.

4.2 O REDUACIONISMO DA PREVENÇÃO À PUNIÇÃO: O COMPROMETIMENTO DA FINALIDADE DISSUASÓRIA SOB A ÓTICA ECONÔMICA

Como visto no segundo capítulo, a finalidade dissuasória e a legitimação da sanção administrativa estão ligadas à sua capacidade de produção de incentivos hábeis à conformação da conduta dos particulares. Quando se constata a ausência dessa capacidade, a própria razão de ser da sanção administrativa começa a esvair.

O objetivo deste tópico é diagnosticar as dificuldades e os desafios do regime sancionatório da Lei n. 14.133/2021 enquanto um instrumento de conformação social e, principalmente, se otimiza a finalidade dissuasória. Para tanto, analisar-se-á a literatura da análise econômica do direito sobre a correlação entre o rigor da pena, prevenção de infrações e

estratégias sancionatórias. Depois, as considerações encontradas serão contrastadas às disposições da NLLCA.

4.2.1 A correlação entre o rigor da pena, prevenção de infrações e estratégias sancionatórias

Gustavo Binjenbojm explica que a percepção da análise econômica do direito é valiosa para uma compreensão pragmática do direito. Pressupõe-se a teoria da escolha racional, segundo a qual o comportamento humano busca maximizar o seu bem-estar em situações de escassez de recursos. Assim, alterações em seus incentivos poderão levá-los a adotar outras condutas, como resultado de reajustes nos processos de suas escolhas.

Essa teoria não descarta a existência de falhas de mercado, como em situações de concorrência imperfeita, quando incumbe ao Estado regular variáveis da atividade econômica para inibir efeitos indesejados do mercado ou promover a eficiência e efeitos socialmente desejáveis pelo mercado. Em outras palavras, o Estado pode interferir em cenários de escolhas racionais como meio da promoção de fins públicos legítimos.

Trata-se da regulação, que envolve essa atividade de interferência no exercício da liberdade privada por meio de coerção, por normas de comando e controle, ou indução de condutas, por normas persuasivas. A escolha por esses meios, coercitivos ou persuasivos, é sujeita a meticulosa justificação, que deve ser capaz de demonstrar a adequação da medida ao objetivo regulatório previamente definido.²⁸⁸ Essa dualidade entre a persuasão e a coerção é de extrema utilidade para a análise de um regime sancionatório, como se verá adiante.

De início, cumpre-se ressaltar as considerações de Gary Becker, da Escola de Chicago de análise econômica. Dentre muitos outros estudos por ele realizados em outras áreas do direito e da economia, o objeto do artigo *Crime and punishment: an economic approach*²⁸⁹ era a prática delituosa e, principalmente, o que leva um indivíduo a praticar uma ofensa. Sob o axioma do *homo economicus*, uma estimação idealizada da racionalidade humana, incumbiu-se da procura de um modelo de dissuasão ótima, que preceitua sobretudo a limitação da punição à internalização de custos pelo infrator.²⁹⁰

²⁸⁸ BINENBOJM, op. cit., p. 156-163.

²⁸⁹ BECKER G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, p. 169 - 217, 1968. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2023.

²⁹⁰ VORONOFF, op. cit., p. 65.

Para Becker, qualquer violação pode ser percebida como uma atividade economicamente relevante, sujeita à escolha racional do ofensor, ou uma indústria, como as chama. Num geral, caso as demais variáveis mantenham-se constantes, a chance de uma pessoa cometer uma ofensa é reduzida, substancial ou minimamente, conforme o caso, se houver um aumento da punição e da probabilidade de punição ocorrer.

A tradicional perspectiva econômica segue a lógica de que uma pessoa comete a ofensa se a expectativa de ganho de utilidade com o cometimento da ofensa supera o ganho que poderia auferir utilizando o tempo e recursos em outras atividades. Como a perspectiva de ganho de utilidade varia de pessoa para pessoa, algumas cometem ofensas, portanto, não porque possuem motivações diferentes, mas porque seus benefícios e custos diferem.

Sob uma ótica de dissuasão a nível individual, Becker sugere que há uma função que correlaciona o número de ofensas cometidas por qualquer pessoa à probabilidade de condenação, à severidade da punição e a demais variáveis. Caso condenado, o ofensor “paga” a pena, do contrário não o faz. Assim, a probabilidade de condenação e a punição são inversamente proporcionais ao número de ofensas cometidas: se aumentarem, o número de ofensas diminui, e vice-versa.²⁹¹

O modelo teórico de Becker pode ser derivado da equação $O = O(p, f, u)$, no qual o número de ofensas (O) é uma função da probabilidade média de condenação (p), severidade média da punição (f) e um vetor de outras variáveis socioeconômicas não especificadas (u). Se estas forem mantidas constantes, a mudança na probabilidade de condenação e na severidade da punição modulam o número médio de infrações ao alterar a utilidade esperada com o cometimento de uma infração, o que é determinado pela atitude do infrator frente ao risco de sofrer a punição.²⁹²

Ademais, Becker demonstra matematicamente que há uma responsividade maior na mudança da probabilidade do que na punição, porque causa imediatamente uma mudança na percepção do risco da ofensa, o que altera o juízo *ex ante* sobre a utilidade da infração.

Isso acontece por conta da variação dos particulares à preferência ao risco. O aumento da probabilidade de sofrimento da pena causa um efeito dissuasório maior do que o equivalente aumento na punição, porque a percepção de utilidade depende do comportamento

²⁹¹ BECKER, op. cit., 2-9.

²⁹² MENDES, Silvia M.. Certainty, Severity, and Their Relative Deterrent Effects: Questioning the Implications of the Role of Risk in Criminal Deterrence Policy. **The Policy Studies Journal**, [s. l.], v. 32, n. 1, p. 59-74, 2004, p. 4. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.0190-292X.2004.00053.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0190-292X.2004.00053.x>. Acesso em: 09 jun. 2023.

frente ao risco. O infrator geralmente tem menor aversão ao risco do que alguém que não cometeria a ofensa e que, logo, prefere atividades lícitas que não ofereçam risco de punição.²⁹³

Em outras palavras, se o risco da punição for mantido constante, por decorrência lógica, as infrações seriam cometidas pelos particulares que estivessem dispostos a correr o risco. Dessa forma, a mudança na severidade da punição apenas teria a mesma influência no comportamento dos indivíduos se eles fossem todos indiferentes à mudança no risco da punição, o que é descartado por Becker.

Assim, o cometimento de ofensa depende do cálculo subjetivo do infrator sobre a relação custo-benefício entre (i) o valor que atribui à utilidade que pode auferir com a ofensa e (ii) o desvalor causado pelo risco de sofrer a punição que está sujeito. Caso conclua que os ganhos com a conduta ilícita superam os potenciais custos, cometeria o ilícito. Insiste-se, o cálculo não é em face apenas da punição em abstrato, mas também da probabilidade de sofrê-la. O desvalor é mínimo, ainda que a punição seja altíssima, se a probabilidade de ser punido, no caso concreto, for mínima.

Por isso, através de uma série de demonstrações matemáticas, Becker sugere que o custo social de atividades ilegais, cujo total é o dano causado aos infratores pela punição somado aos custos do processo de punição e dos danos suportados pela coletividade, é usualmente otimizado ao privilegiar-se o aumento do risco da punição do que unicamente a sua gravidade. Em outras palavras, todos sofrem menos com o aumento do risco da punição.

Nesse caso, se a finalidade das leis fosse simplesmente dissuasória, a probabilidade de convicção poderia ser aproximada de 100% e conseqüentemente as punições excederiam os ganhos. Daí o número de ofensas poderia ser reduzido ao bel-prazer do controlador da políticas públicas. Contudo, o aumento indiscriminado na probabilidade pode causar a desproporcionalidade no custo social, no sentido de que os recursos públicos despendidos pelo Estado para garantir a punição poderiam exceder os próprios danos causados pela ofensa.

Da mesma forma, autoridades poderiam ser relutantes a condenar infratores caso a punição fosse arbitrada em um patamar muito alto. Por isso, de modo ousado, Becker sugere a existência de um número ótimo de infrações, que ocorre quando os danos causados pelas infrações não são excedidos pelos custos sociais necessários para puni-las.

Finalmente, a correlação de Becker sugere que o aumento da probabilidade da convicção causa a redução da punição necessária para dissuadir o infrator. Somada ao

²⁹³ BECKER, op. cit., pp. 9-14.

problema do custo social, faz sentido que apenas as infrações mais graves sejam repreendidas com punições severas e que se privilegie o aumento na probabilidade de convicção.²⁹⁴

É segundo essa lógica que se advoga em nome de uma legislação eficiente, que tipifique e quantifique as penas não para combater a totalidade das infrações, mas somente na medida de sua ineficiência, quando seus prejuízos superarem os benefícios. Nessa senda, a punição em excesso é compreendida como ineficiente. A sanção deve ser estrategicamente calibrada para que o ofensor internalize os custos de sua conduta ilícita, com a neutralização dos danos causados à sociedade e dos custos de persecução, sem impedi-lo de desenvolver operação socialmente relevante. Por exemplo, no caso de uma indústria poluente que ainda gera riqueza, empregos e bens de consumo para a sociedade.²⁹⁵

Sílvia M. Mendes ressalta o consenso sobre a influência da probabilidade de detecção, probabilidade de convicção e severidade da pena enquanto elementos dissuasórios no plano individual. Contudo, relativiza que o risco é pouco útil para políticas públicas, que operam em nível coletivo, visto que não incorporam elementos psicológicos, como a brevidade da punição. A autora, através de derivações matemáticas, conclui pela equivalência entre as mudanças na probabilidade de detecção, convicção e severidade da pena, mas não descarta a relevância de nenhuma delas, seja no plano individual ou agregado.²⁹⁶

Pode-se concluir do raciocínio de Becker que a otimização das sanções pressupõe a internalização de custos pelos infratores, não o alijamento de suas operações, especialmente caso exerçam atividades relevantes para a coletividade, como no caso da indústria poluente.

Não é o objetivo desta monografia discutir a relevância da severidade da punição como fator dissuasório. Sob pena de perdê-lo, inclusive, é patente que a sanção deve ser severa o suficiente para exceder os benefícios da infração. Esse é o ponto de perspicácia da análise que milita pela eficiência das sanções: a severidade da sanção deve se limitar a internalizar os custos da ofensa pelo infrator e exceder os benefícios da infração.

Cumprir essa premissa é o primeiro passo para criar um incentivo negativo que seja eficaz para a conformação das condutas dos particulares ao mesmo tempo que respeita a proporcionalidade que legitima a sanção administrativa. Esse é o necessário fino equilíbrio.

Não se deveria dar ouvidos a possíveis anseios de parte da população que esperem o uso simbólico da punição, na esperança de que fazê-lo é o caminho seguro para a diminuição

²⁹⁴ BECKER, op. cit., pp. 14-24.

²⁹⁵ VORONOFF, op. cit., pp. 65-66.

²⁹⁶ MENDES, op. cit., pp. 5-16.

das corrupções humanas. Mas não é possível desconsiderar que talvez o atendimento desses anseios não seja justificado pela racionalidade, mas pelo medo da retaliação política.

Regimes sancionatórios que reduzem o efeito dissuasório à imposição indiscriminada de sanções severas inevitavelmente têm percepção equivocada da própria eficiência. É simplesmente ineficaz descartar a severidade da punição conjugada à probabilidade de detecção, de convicção e à percepção do particular frente ao risco, que são elementos essenciais para o cálculo racional do cometimento de uma infração num plano individual.

Noutra linha, com o objetivo de analisar os efeitos da introdução de multas, Uri Gneezy e Aldo Rustichini escreveram o artigo *A Fine is a Price*²⁹⁷. Num período de vinte semanas, promoveram uma experiência em creches de Israel, onde era comum que os pais se atrasassem para buscar os filhos. Nas quatro semanas iniciais, registraram o número de atrasos. Após esse período, introduziram uma multa em resposta²⁹⁸. Algumas creches serviram como grupo de controle, onde não houve multa. Na décima sétima semana, elas deixaram de ser aplicadas e o comportamento dos pais foi registrado até o fim da vigésima semana.

Curiosamente, a introdução da multa não causou a redução nos atrasos. Em comparação ao grupo de controle, que não registrou mudanças significativas no comportamento, nas creches onde houve a introdução da pena, constatou-se o aumento significativo do número de atrasos dos pais no restante das semanas. A remoção posterior da multa não afetou o número de atrasos, que permaneceu superior ao grupo de controle.

Gneezy e Rustichini ponderam que a assimetria de informações e os contratos incompletos oferecem boa explicação. Anteriormente não havia transparência das consequências dos atrasos, mas quando os pais adquirem a informação de que a punição pelo atraso não é severa, descobrem que as consequências do seu comportamento também não são. Mesmo após a sua exclusão, os pais acreditam que o cenário extremo é de que novamente a creche institua uma punição branda.

Outra explicação envolve a mudança nas normas sociais do contrato. Os pais poderiam interpretar o cuidado dos professores além do horário regular da creche como uma ação generosa, alheia ao contrato, e evitariam tomar vantagem da generosidade. A introdução da multa pode ser percebida como uma precificação, que implica na concepção de que os pais

²⁹⁷ GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a Price. *The Journal of Legal Studies*, [s. l.] v. 29, n. 1, pp. 1-18, jan. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1086/468061>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/468061>. Acesso em: 09 jun. 2023.

²⁹⁸ Importante ressaltar o valor da multa, que correspondia a uma pequena parcela daquela por estacionamento irregular, a altíssima probabilidade de detecção, a certeza da aplicação das multas diante do atraso e o pagamento diferido, que era cobrado na mensalidade seguinte.

podem “comprar” o serviço conforme precisarem. Mesmo após ter deixado de ser aplicada, a multa continuou a ser percebida assim, o que explica o comportamento nas últimas semanas.

A conclusão dos autores é que a introdução de uma multa resulta na mudança do equilíbrio de um “jogo”, como o contrato entre os pais e as creches. Não haveria razão para que essa conclusão não seja estendida a outras situações que envolvam multas, como no caso de multas tributárias. A sanção sobre o contrato, seja através da simples aquisição de informação ou da mudança nas suas normas sociais.²⁹⁹

A percepção do agente sobre a introdução de sanção é um ponto de extrema relevância. Se o direito administrativo sancionador almeja a dissuasão efetiva, não pode se resumir às sanções. Alinhadas a essas premissas, teorias que buscam explicar o que leva o agente a cumprir as regulações estatais ganharam notoriedade nas últimas décadas.

A primeira delas é a da regulação responsiva, de Ian Ayres e John Braithwaite³⁰⁰, que propõe uma regulação que concilie visões mercadológicas e regulatórias com foco no agente regulado. Nesse modelo, as medidas persuasivas e punitivas seriam combinadas, por meio de uma estratégia da teoria dos jogos chamada de *tit-for-tat*, que significa retaliação equivalente.

Essa estratégia considera que os regulados cumprem a legislação por motivos diferentes, ora porque é economicamente racional, ora por responsabilidade cívica. O mesmo agente pode se apegar a esses motivos a depender de sua situação econômica ou social. Se a regulação fosse baseada unicamente em persuasão, seria explorada por agentes com interesses puramente econômicos. Se fosse baseada apenas em punição, desconsideraria a boa-fé e o senso de responsabilidade. Portanto, o ideal é uma estratégia que balanceie as duas opções.³⁰¹

Com referência às pesquisas na teoria dos jogos formuladas por John Scholz³⁰², demonstra-se que a estratégia *tit-for-tat* é adequada para maximizar os interesses de agentes racionais. Nela, o regulador e o particular cooperam enquanto o outro rival cooperar, mas retaliam caso a empresa seja oportunista ou o Estado seja adversarial, contanto que a retaliação assegure o retorno da cooperação pelo rival. A cooperação, portanto, é a estratégia que minimiza os custos regulatórios e maximiza a conformação de condutas.³⁰³

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 09 jun. 2023.

³⁰¹ Ibid, pp-19-54.

³⁰² SCHOLZ, John. Deterrence, cooperation and the ecology of regulatory enforcement. **Law & Society Review**, v. 18, n. 2, 1984, p. 179-224. apud AYRES; BRAITHWAITE, op. cit.

³⁰³ AYRES; BRAITHWAITE, op. cit., p. 32.

Deve-se habilitar o regulador para agir da mesma forma que o administrado, cooperando ou retaliando. Quando os agentes são racionais, enquanto cooperarem, há o equilíbrio da maximização das suas utilidades, mas quando esse equilíbrio é rompido, justifica-se a retaliação para o retorno do melhor cenário econômico. Portanto, caso a regulação seja predominantemente punitiva, cria-se a tendência de retaliação por parte dos administrados, que estão em uma situação economicamente desvantajosa.³⁰⁴

Contudo, à luz das evidências empíricas coletadas pela economia comportamental, constatou-se que nem sempre os particulares agem de forma utilitária, mas são motivados a cooperar por sentimentos de responsabilidade social ou simplesmente porque a lei é a lei. As motivações dos agentes são dinâmicas e dependem das situações de seus próprios contextos. Assim, uma estratégia baseada na punição desconsidera a disposição dos agentes a cumprir as regulações por senso de responsabilidade.

O foco em sanções nessas condições, pela compreensão de que os particulares são direcionados apenas por interesses utilitários, desmotiva a cooperação cívica e os incentiva a perseguir estratégias de resistência, gerando uma cultura coletiva de resistência à regulação. Isso reforça uma espécie de jogo de “gato e rato”, onde o particular é levado a explorar as lacunas da legislação e o regulador edita normas ainda mais específicas para contra-atacar.

Assim, Ayres e Braithwaite sustentam que o truque da regulação é estabelecer uma sinergia entre a punição e a persuasão. Em conjunto, elas reforçam a seriedade da persuasão e a autoridade estatal e justificam para o administrado a punição, retirando-a de posição preferencial e aplicando medidas persuasivas em primeiro plano. Ao punir trapaceiros e cooperar com agentes bem intencionados, criaria-se o incentivo de que os particulares priorizassem condutas regulares. Daí a estratégia *tit-for-tat* é a melhor para a regulação, porque nutre simultaneamente motivações econômicas e não econômicas, garantindo a maximização dos interesses dos reguladores e dos regulados.³⁰⁵ Paradoxalmente, abordagens opostas da economia convergem para reforçar o emprego de uma estratégia cooperativa.³⁰⁶

É segundo essa sinergia orientada pelo *tit-for-tat* que os Ayres e Braithwaite propõem estratégias piramidais de regulações responsivas, segundo os quais a maior parte das infrações

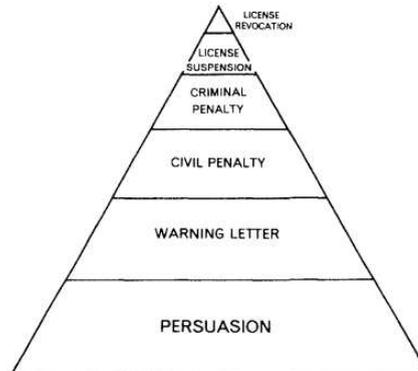
³⁰⁴ VORONOFF, op. cit., pp. 106-107.

³⁰⁵ Os autores ressaltam duas oportunidades excepcionais à lógica: (i) quando o agente não prioriza seus interesses utilitários, nem seus deveres cívicos, cenário no qual apenas punições incapacitantes seriam capazes de detê-los; e (ii) quando agentes determinados pela maximização de sua utilidade sujeitam-se pontualmente à regulação, cenário no qual a persuasão é ineficaz, mas que não justifica o recurso automático à punição, por conta dos custos elevados dessa opção. AYRES; BRAITHWAITE, op. cit., pp. 29-30.

³⁰⁶ Ibid, pp. 24-26.

é respondida com medidas persuasivas. Conforme a gravidade das infrações escala, a severidade das sanções acompanha, como no exemplo sugerido pelos autores:

Figura 2 - Exemplo de Pirâmide Sancionatória



Fonte: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 35.

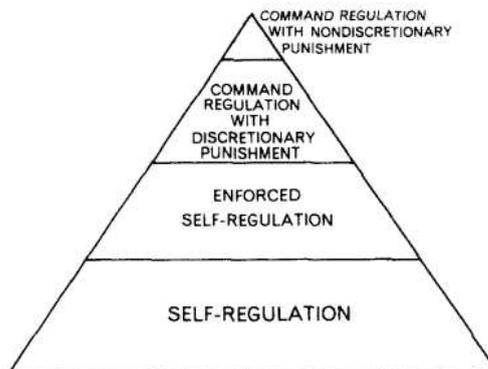
Essa é a pirâmide sancionatória. Para Ayres e Braithwaite, a regulação eficiente concentra a maior parte da ação regulatória em conformação via persuasão. Caso isso falhe, depois escala para cartas de advertência, depois imposição de sanções, depois persecução criminal, depois suspensão da licença e finalmente revogação definitiva da licença.

Não há pirâmide universal, visto que diferentes regulações precisam de arranjos distintos, mas a deserção da cooperação é menor se o particular souber que está diante de um esquema dessa espécie. Uma agência reguladora com apenas uma sanção a sua disposição não poderia aplicá-la a qualquer situação, de forma que perde capacidade dissuasória. Por isso, o Estado possui maior poder de conformação de condutas quando dispõe quando possui uma escalada gradual de “armas em seu arsenal” que correspondem à severidade da ofensa.

Os autores não descartam a possibilidade de ser economicamente irracional para firmas agir segundo a regulação quando o custo da cooperação exceder o benefício da desconformidade. Para isso a discricionariedade do Poder Público para graduar a sanção correspondente é útil, visto que dificulta a previsão da sua intensidade e o cálculo do agente mal-intencionado, que ainda dependeria da internalização dos custos de caríssimas assessorias jurídicas, além de oferecer ao regulador a chance de barganhar e blefar.³⁰⁷

Como a regulação não deve ser orientada a partir do enfoque individual, os autores também propõem uma pirâmide regulatória abrangente, relativa a toda política pública:

³⁰⁷ Ibid. pp. 35-38.

Figura 3 - Exemplo de Pirâmide Regulatória

Fonte: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 39.

Essa é a pirâmide regulatória, que também pode assumir diferentes arranjos. Nesse exemplo, propõe-se que a regulação eficiente se concentre primordialmente em estratégias de autorregulação, depois em autorregulação forçada, então em regulação com espaço discricionário para imposição de sanções e, finalmente, em punições vinculadas.

A graduação é um elemento essencial. Primeiro o Estado incentiva amigavelmente que os agentes ajustem suas condutas, depois demonstra que está disposto a utilizar ferramentas severas para coagi-los. A regulação eficiente pressupõe o uso de estratégias *tit-for-tat*, o acesso a um rol escalonado de intervenção das sanções e da “altura da pirâmide”, da severidade da sanção mais interventiva.

Dados empíricos sugerem que os particulares cooperam se acreditarem que o modelo regulatório é cooperativo e que o regulador é capaz de punir severamente comportamentos trapaceiros. Por isso o capítulo é nomeado de *The Benign Big Gun*, o que, ironicamente, acarreta na desnecessidade da utilização frequente de sanções severas, que mesmo assim não são isentas de efeitos colaterais.³⁰⁸

Conclui-se que para a regulação responsiva, a atividade regulatória eficiente deve basear-se na cooperatividade e na excepcionalidade de sanções graves. A punição e a persuasão são complementares e a opção por um modelo cooperativo valoriza a boa-intenção dos particulares, ao contrário de um modelo adversarial, que promove a resistência. Não se exclui a possibilidade de aplicação de sanções severas, mas há oposição manifesta à sua aplicação indiscriminada ou vinculada, que seriam sintomas de ineficiência.

³⁰⁸ Ibid., pp. 38-45.

Posteriormente, Robert Baldwin e Julia Black escreveram o artigo *Really Responsive Regulation*³⁰⁹, que busca adicionar nuances à teoria da regulação responsiva, sobretudo com foco nos agentes reguladores. É proposto um método de implementação de uma regulação realmente responsiva em duas partes. Primeiro, elencam fatores, depois constata as fases do ciclo regulatório e então conjugam os fatores às etapas. Para os autores, a regulação eficiente deveria atuar por meio dessa análise combinatória.

Os reguladores não podem apenas endereçar o comportamento dos regulados, mas também: (i) a estrutura cognitiva e operacional dos agentes regulados, ou sua configuração atitudinal; (ii) a amplitude do ambiente institucional de atuação do regulador; (iii) as diferentes lógicas de ferramentas e estratégias regulatórias; (iv) a avaliação da performance do regime regulatório; e (v) as variações nas preferências e objetivos regulatórios.³¹⁰

Esses fatores devem ser conjugados a cada uma das cinco fases nucleares do *enforcement*, que não são totalmente independentes: (i) a detecção do comportamento indesejável ou desconforme; (ii) o desenvolvimento de estratégias e ferramentas para responder esses comportamentos; (iii) aplicação dessas estratégias e ferramentas; (iv) avaliação de sucesso; e (v) implementação ajustes à atividade regulatória.³¹¹

Os autores endereçam dois principais problemas: as infrações não detectadas e a falta de prioridades e objetivos da regulação. Para resolvê-los, o regulador deve delimitar claramente quais os objetivos primários e depois fragmentá-los, para que os comportamentos sejam realmente detectados pelo agente regulador. Deve preocupar-se, também, com a detecção de comportamentos que não necessariamente constituam *non-compliance*, mas que afetem o alcance desses objetivos. As dificuldades em torno da detecção precisam ser enfrentadas para a implementação de qualquer estratégia de combate, principalmente a *tit-for-tat*.³¹²

Nesse sentido, Baldwin e Black dão especial relevância às pirâmides sancionatórias, que variam em determinados contextos. O uso das ferramentas e estratégias varia em face de diferentes posturas e estruturas atitudinais das empresas reguladas. Para algumas, estratégias

³⁰⁹ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *The Modern Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 1, p. 59-94, jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.86044>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25151178>. Acesso em: 09 jun. 2023.

³¹⁰ Nas palavras dos autores: [...] to be 'really responsive', regulators have to respond not merely to firms' compliance responses but also to their attitudinal settings to the broader institutional environment of the regulatory regime; to the different logics of regulatory tools and strategies; to the regime's own performance; and finally to changes in each of these elements. *Ibid.*, p. 14.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 24.

³¹² *Ibid.*, pp. 28-29.

de difamação podem não ser punitivas, mas para outras podem exceder o valor de uma multa. É necessário considerar as peculiaridades do ambiente institucional que se propõe regular.³¹³

Finalmente, é importante destacar que a regulação realmente responsiva depende de avaliação e mudanças, que pressupõem objetivos regulatórios claros. A regulação deve delimitar claramente parâmetros para a sua aplicação, inclusive em relação às infrações detectadas. A fase de avaliação é dificultada se a aplicação da regulação é inconsistente, isto é, se diferentes agentes possuem percepções distintas sobre o que constitui cada infração. Nesse ínterim, a partir da avaliação, é válido considerar a mudança de paradigma da estratégia regulatória, com a transição de modelos de comando e controle para estilos opostos.³¹⁴

As sugestões de Ayres e Braithwaite e Baldwin e Black sobre a efetividade das regulações são bastante complexas. Em linhas gerais, todavia, pode-se destacar o consenso sobre (i) a efetividade de uma pirâmide sancionatória gradual que integre medidas persuasivas e sancionatórias, não necessariamente universal ou estática, mas que leve em consideração o ambiente institucional regulado; (ii) a priorização de modelos não adversariais, cujas bases sejam a cooperatividade, sem prejuízo da aplicação de sanções graves em retaliação a trapaças; e (iii) a prescrição de parâmetros claros de objetivos regulatórios.

Ressalvando o entusiasmo, Voronoff alerta que esses modelos não podem ser integralmente transferidos ao direito brasileiro, em desatenção às suas peculiaridades, mas podem servir de inspiração para a atividade sancionatória em condições subótimas, quando condições ideais não puderem ser alcançadas.³¹⁵

Por isso, propõe uma simplificação. A autora ressalta que os modelos percebem a sanção como instrumento de consecução de interesses públicos, mas dependem de avaliações empíricas minuciosas para sua construção e operação. Pressupõem a disponibilidade de especialistas com formação interdisciplinar, de forma que a transposição por inteiro dos modelos à realidade brasileira pode levar a resultados frustrantes. Assim, sugere *guidelines* voltados à construção de soluções regulatórias adequadas à realidade brasileira, categorizadas em três “eixos”: conscientização, construção justificada e avaliação.

O eixo de conscientização sugere que a sanção administrativa não é a resposta apropriada em todo o caso. Ela é um instrumento do ciclo regulatório, não uma consequência automática do comportamento desconforme. Se a sanção não for o instrumento adequado para criar incentivos à cooperação, ou implicar custos irrazoáveis, carece de legitimidade.

³¹³ Ibid., pp. 35-36.

³¹⁴ Ibid., pp. 37-43.

³¹⁵ VORONOFF, op. cit., pp. 100-101.

O eixo de construção justificada sugere que ao Poder Público incumbe construir modelos de *enforcement* responsivos, que levem em consideração a motivação dos agentes regulados, do regulador e as características do ambiente institucional que estão inseridos. Isso pressupõe o mapeamento dessas peculiaridades, com a construção de modelos com estratégias ecléticas, dinâmicas e criativas, que combine ferramentas coercitivas e não coercitivas, manejadas pelo regulador conforme o caso.

Nesse cenário, a aplicação de uma sanção pode ser legítima, contanto que seja a estratégia mais apropriada à luz dos objetivos perseguidos e dos outros incentivos que o modelo possa produzir, ou caso seja a única estratégia viável em condições subótimas. O importante é a definição consciente e motivada de quando será aplicada e quando não será.

O eixo da avaliação sugere que, definido o arranjo sancionatório, é preciso institucionalizar processos de monitoramento dos efeitos produzidos e de eventuais mudanças no ambiente institucional e nas finalidades regulatórias. É possível que a sanção administrativa tenha sido a resposta adequada, mas que posteriormente se torne incapaz de incentivar o cumprimento da regulação ou que seja excessivamente gravosa ou onerosa.

Em outras palavras, o regime sancionatório deve ser periodicamente validado, com vista ao seu aperfeiçoamento, complementação ou mesmo substituição. Os resultados alcançados devem ser investigados e correlacionados com os objetivos da regulação, com a capacidade dos instrumentos sancionatórios de mitigar os riscos relevantes e como endereçar novos riscos não abrangidos pela regulação, sem descartar a possibilidade de ajustes na estratégia sancionatória para criar melhores incentivos ao cumprimento da legislação.³¹⁶

Ao fim e ao cabo, toda a literatura converge à conclusão de que o regime sancionatório eficiente não pode depender da punição draconiana indiscriminada. À luz dessas considerações, será investigada a adequação e as dificuldades do regime sancionatório da Lei n. 14.133/2021, consoante o estudado no terceiro capítulo desta monografia.

4.2.3 O comprometimento da finalidade dissuasória das sanções administrativas em licitações e contratos administrativos

Como visto no terceiro capítulo, a estrutura sancionatória da Lei n. 14.133/2021 é semelhante à da Lei n. 8.666/1993, com a incorporação de novidades. Assim, é de grande utilidade destacar o exame realizado por Voronoff, no qual ensina que para violações mais graves a Lei n. 8.666/1993 prescreve sanções que restringem o direito de participação em

³¹⁶ VORONOFF, op. cit., pp. 137-143.

licitações e celebração de contratos administrativos, que são tratadas como rigorosos instrumentos para a realização da moralidade administrativa.

Baseada nas lições de César A. Guimarães Pereira e Rafael Wallbach Schwind³¹⁷ lamenta a percepção generalizada de que a aplicação dessas sanções mais restritivas é obrigatória, visto que conduz à própria inviabilização da empresa sem que isso seja estritamente necessário. Outrossim, ressalta a necessidade de previsão de um instituto de autossaneamento, ou *self-cleaning*, no qual se permite que o agente regulado readquira o direito que lhe foi restringido caso demonstre ter adotado providências suficientes para assegurar a inoccorrência de outras infrações.

Se as sanções restritivas dos direitos de licitar e contratar possuem finalidades preventivas, na medida que impedem que a Administração Pública se relacione com empresas inidôneas, e dissuasórias, pois incentivam a mudança no comportamento dos particulares, a justificação de um programa de *self-cleaning* acontece porque a substituição da sanção por um caminho de compromisso é um meio mais efetivo para a prevenção de riscos.

Por outro lado, a repressão aos infratores não poderia prejudicar os interesses públicos que seriam melhor atendidos pela manutenção da empresa no mercado. Nesse caso, se medidas menos drásticas de autossaneamento fossem capazes de conter os riscos de novas violações, pelo menos precisariam ser consideradas. Por isso é necessária a mudança da percepção da sanção enquanto resposta automática à infração.³¹⁸

Para Voronoff, a possibilidade de substituição de uma medida mais onerosa por um compromisso de reabilitação condicionada gera efeitos positivos. A escolha enxerga a sanção como meio dissuasório, que vai além da retribuição, voltado à conformação das condutas dos particulares. Cria incentivos com maior efetividade e eficiência. Valoriza a cooperação e disposição dos agentes regulados, em sintonia à teoria da regulação responsiva. Sobretudo, a substituição pode diminuir custos não apenas ao particular, mas para a Administração Pública, pela redução dos esforços de fiscalização e repressão, e para a própria sociedade, diante da manutenção da riqueza econômica gerada pela atividade empresarial.

³¹⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. **Migalhas**, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/225754/autossaneamento--self-cleaning--e-reabilitacao-de-empresas-no-dir-eito-brasileiro-anticorrupcao>. Acesso em 14 jun. 2023.

³¹⁸ Ibid, pp. 141-143.

Portanto, é imperativo o estímulo da substituição das sanções por ordens de *self-cleaning*³¹⁹. Princípios como a culpabilidade e proporcionalidade autorizam que a Administração avalie com cuidado o próprio cabimento de sanções mais graves.³²⁰

A NLLCA não resolve essas consternações totalmente, sobretudo por dois motivos: (i) a correspondência pró-punição; e (ii) o condicionamento da reabilitação, figura semelhante ao autossaneamento, ao cumprimento parcial ou total da sanção imposta.

Antes da análise pormenorizada desses pontos, é importante destacar que a escolha do legislador pela implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade como um critério dosimétrico³²¹ concilia-se à literatura analisada. Segundo esse critério, a previsão é positiva, pois cria um incentivo econômico para que as empresas promovam medidas de autossaneamento. Dessa forma, ainda que não determine relação de causa e efeito de quanto exatamente a pena será reduzida pela circunstância e que, portanto, possa ser facilmente neutralizada por um discurso punitivista, há de ser celebrada.

Em relação ao primeiro motivo, repisa-se o alerta de Niebuhr para o viés punitivo da lei. Pela correspondência da sanção de impedimento de licitar às infrações dos incisos II a VII do art. 155, a autoridade goza de discricionariedade em dois aspectos. Primeiro, pode aplicar sanção mais grave, a declaração de inidoneidade, se houver justificativa. Segundo, a presença de atenuantes pode justificar a aplicação da sanção pelo prazo mínimo, mas não isentar o particular do impedimento. Ou seja, há discricionariedade apenas para passar à sanção mais grave. Diante de ofensa menos grave, não há faculdade de aplicar sanção menos severa.³²²

³¹⁹ A autora destaca precedente do Tribunal de Contas da União que concluiu pela validade da substituição parcial das sanções por medidas de autossaneamento. No caso concreto, uma empresa estatal deixou de aplicar a multa prevista no contrato e celebrou termo de solução amigável, segundo o qual uma parcela da multa seria substituída pela convolação em obrigação de fazer de disponibilização do objeto do contrato por um período superior ao contratado. Reputou-se legítima a solução adotada pela Administração, porque não houve a omissão do dever de sancionar nem má-fé pelos responsáveis e a solução escolhida resultou na diminuição do risco futuro. BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). **Acórdão nº 3.957/2010**. Relator: Min. Weder de Oliveira, 29 de junho de 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3957%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1. Acesso em: 14 jun. 2023.

³²⁰ VORONOFF, op. cit., pp. 143

³²¹ “[...] § 1º Na aplicação das sanções serão considerados: [...] V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

³²² NIEBUHR, op. cit., pp. 1223-1224.

Igualmente, não existe espaço de discricionariedade para a substituição de sanções por medidas de autossaneamento³²³. Isso é reforçado pela referida concepção de que sancionar é ato vinculado da Administração Pública.³²⁴

Daí o segundo motivo. O art. 163 da NLLCA prevê a figura da reabilitação, condicionada: (i) à reparação do dano causado; (ii) ao pagamento de multa; (iii) ao transcurso do prazo de um ou três anos da aplicação da sanção, respectivamente, de impedimento e de declaração de inidoneidade; (iv) ao cumprimento das condições definidas no ato punitivo; e (v) à análise jurídica que conclua pelo cumprimentos dos outros requisitos.³²⁵

Para Justen Filho, a reabilitação é um ato pelo qual a autoridade sancionadora decreta a extinção da eficácia da sanção, em data anterior à prevista anteriormente. A figura destina-se a afastar o sancionamento em contrapartida à adoção de providências pelo sancionado, cujas finalidades sejam a eliminação dos danos e a prevenção de irregularidades futuras.

Contudo, é um esboço incompleto e insatisfatório da solução. Para o autor, seria mais adequada a punição dos administradores e sócios controladores, com a manutenção do direito de participação das empresas em licitações e contratos futuros. A alternativa ideal seria exigir medidas de autossaneamento.³²⁶

Niebuhr explica que a reabilitação tem o efeito de antecipar a extinção da sanção administrativa de impedimento de licitar e contratar, condicionada ao cumprimento dos requisitos legais. Dentre eles, destaca-se a necessidade de transcurso do prazo mínimo de um ano da aplicação do impedimento ou de três anos da declaração de inidoneidade.

³²³ Não se desconhece a figura do acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013, mas vai além do tema desta monografia a sua consideração pormenorizada, visto que inclusive é cabível quando da prática de ato lesivo previsto na própria Lei, consoante o seu art. 16. “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte.” BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013].

³²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.345/2017**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2345%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 14 jun. 2023.

³²⁵ “Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: I - reparação integral do dano causado à Administração Pública; II - pagamento da multa; III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo. Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.” BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

³²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit.

Ou seja, a reabilitação só pode ser iniciada após o cumprimento pelo menos parcial das sanções administrativas. Para o autor, essa condição não faz sentido, especialmente para o licitante ou contratado que sofreu penalidade inferior ou próxima aos prazos do art. 163. Nesse cenário, não haveria incentivo para a reabilitação.

Sabe-se que as penalidades indicadas importam grandes prejuízos para o particular. Dessa forma, provavelmente o maior interesse do sancionado seria reabilitar-se o mais breve possível, para preservar a sua capacidade econômica. O decurso do prazo de três anos, no caso da declaração de inidoneidade, em muitos casos, causa o encerramento ou a reorientação das atividades das empresas, de modo que já não há mais incentivo à reabilitação. Apenas seria vantajoso se a reabilitação pudesse ser exercida quando da aplicação da sanção.³²⁷

Ou seja, a Lei n. 14.133/2021 deixou de prescrever a possibilidade de substituição da sanção administrativa por medidas de autossaneamento, qualificadas pela literatura como maximizadoras da efetividade do regime sancionatório, e assim, os benefícios de sua implementação foram descartados em parte.

Apesar de valorizá-las marginalmente, seja como figuras antecipatórias do fim da eficácia da sanção administrativa ou como circunstâncias abonadoras durante a dosimetria da pena, o regime sancionatório NLLCA ainda é adversarial, talvez inclusive em grau superior à Lei n. 8.666/1993, como constata a doutrina, por conta do endurecimento das sanções.³²⁸

À luz dessas considerações, com inspiração no realizado por Ayres e Braithwaite, a pirâmide sancionatória, da Lei n. 14.133/2021, em parâmetro de gravidade, pode ser esquematizada da seguinte forma:

Figura 4 - Pirâmide sancionatória da Lei n. 14.133/2021 em escala de gravidade



Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

³²⁷ NIEBUHR, op. cit., pp. 1231-1233.

³²⁸ NIEBUHR, op. cit., p. 1201.

A advertência é resposta das infrações menos graves, a multa de todas as infrações, o impedimento de licitar e contratar de infrações intermediárias e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar de infrações gravíssimas. Contudo, em abstrato, segundo a disciplina rigorosa da lei, quando analisada a correspondência das infrações, a pirâmide assume um arranjo distinto.

Primeiro, a qualquer infração administrativa pode ser aplicada multa, portanto ela figura na base da pirâmide. Acima dela está a declaração de inidoneidade, que pode ser aplicada, em regra, às infrações dos incisos VII a XII, mas caso haja justificativa, também pode ser aplicada às infrações dos incisos II a VI. Repisa-se que, inclusive, poderia ser aplicada a uma conduta que poderia causar apenas a inexecução parcial do contrato, visto que decisão sobre a totalidade ou parcialidade da inexecução incumbe à Administração Pública.

Em terceiro lugar, acima da declaração de inidoneidade, está o impedimento para licitar e contratar que, em regra, pode ser aplicado às infrações dos incisos II a VI, mas excepcionalmente pode ser aplicado à inexecução parcial do contrato, por conta do final do inciso I. No topo da pirâmide, por último, está a sanção de advertência, cuja aplicação é meramente residual, visto que só pode ser resposta da inexecução parcial do contrato que não cause grave dano à Administração.

Portanto, a pirâmide sancionatória da Lei n. 14.133/2021 assume um arranjo distinto do pretendido quando se analisa a correspondência e o cabimento das sanções administrativas, em abstrato, consoante o esquema a seguir:

Figura 5 - Pirâmide sancionatória da Lei n. 14.133/2021 em escala de correspondência



Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

Ao revés do sugerido pela literatura analisada, a NLLCA privilegia sanções mais graves como respostas da maioria das infrações, descartando a possibilidade de medidas de autossaneamento e quebrando a gradualidade ideal das sanções administrativas. Há um desequilíbrio em favor da severidade das sanções, especialmente porque se pode apenas justificar a aplicação de sanção mais grave, não mais leve.

Especificamente sobre a efetividade, antes mesmo da cogência nacional da Lei n. 14.133/2021, a doutrina já sugere reformas. Marçal Justen Filho alerta a inadequação da lei, que deixou de consagrar soluções eficazes, racionais e compatíveis com o desenvolvimento econômico e social.³²⁹ Repisa-se que Niebuhr lamenta o fato de se ter deixado de incluir balizas dosimétricas consagradas pela jurisprudência, como a má-fé e a existência de dano ao erário, a excessiva margem de discricionariedade e o viés punitivo.³³⁰

Não obstante, por todo o estudo traçado nesta monografia, é possível concluir pela inadequação da Lei n. 14.133/2021 em diversos pontos e, conseqüentemente, pelo abalo à sua justificação, sob o enfoque finalístico-operacional de seu regime sancionatório.

Consoante os estudos de Gary Becker, a eficiência das punições pressupõe a otimização da relação de custo-benefício entre os custos sociais da punição e os danos causados à coletividade pela infração. Por isso, é necessário que as punições se limitem à internalização de custos, sem inibir o desempenho de atividade economicamente relevante do infrator. Ademais, a correlação entre o rigor da punição e a probabilidade de condenação sugere que regimes eficientes valorizem esta sobre aquela. Inclusive, um aumento na probabilidade diminui a necessidade da severidade da punição.

A NLLCA não se limita à internalização de custos, na medida que impõe penalidades, como a declaração de inidoneidade pelo prazo mínimo de três anos, que podem inviabilizar a atividade empresarial. Algo injustificado, inclusive, pela prerrogativa de fiscalização do contrato administrativo, que oferece à Administração Pública uma alta probabilidade de detecção. Outrossim, a ausência de critérios rigorosos de dosimetria da pena, além de não balizar o correto desempenho da função administrativa, aumenta a margem de controle judicial das sanções administrativas, visto que a fundamentação das decisões sancionatórias é relegada a juízos subjetivos das autoridades sancionadoras. Assim, há uma relativização da probabilidade de punição, que propicia o aumento do número de ofensas.

Por outro lado, Ayres e Braithwaite, Baldwin e Black e Voronoff constataram que a introdução de uma penalidade não necessariamente sugere a redução do comportamento

³²⁹ JUSTEN FILHO, op. cit.

³³⁰ NIEBUHR, op. cit., pp. 1217-1223.

indesejável. Os autores convergem para a maior efetividade de regulações sancionatórias que priorizem a cooperatividade, que não sejam adversariais, que empreguem parâmetros claros de objetivos regulatórios, que levem em consideração o ambiente institucional do setor regulado e que se baseiam primordialmente em estratégias persuasivas, mas que ainda ofereçam à Administração a prerrogativa de aplicar graves sanções em retaliação a graves trapaceas.

A NLLCA descarta quase que por completo a cooperatividade e é primordialmente adversarial. Há a concepção enraizada de que a sanção administrativa é resposta automática a toda e qualquer infração, independente da sua gravidade. A base da pirâmide de correspondência da lei é a multa administrativa, que pode ser aplicada a qualquer infração. Não existem medidas de autossaneamento que substituam a sanção administrativa. No máximo, a reabilitação antecipa o fim da eficácia das sanções de impedimento ou de declaração de inidoneidade para licitar e contratar. Desvaloriza-se a cooperação e a potencial motivação não econômica do sancionado, como seu senso de responsabilidade cívica, e presume-se que ele é um trapaceiro. A consequência dessa utilização da sanção administrativa como mecanismo principal de conformação de conduta é a promoção da cultura de resistência dos administrados à regulação e o comprometimento da efetividade dissuasória.

Além disso, autoriza-se o uso da sanção mais grave a quase todas as infrações administrativas, condicionado apenas por um ônus argumentativo extra. Só há discricionariedade para aplicação de sanção mais severa, não para a aplicação de sanção mais branda ou pela substituição da sanção por uma medida cooperativa. Assim, o escalonamento das sanções administrativas é meramente apriorístico e pode ser quebrado pela Administração, no atendimento de um desejo punitivista, reforçado, inclusive, por parâmetros dosimétricos genéricos, que denotam a ausência de clareza dos objetivos regulatórios.

O sancionamento, ademais, reflete um enfoque ultrapassado do direito empresarial, que implica na confusão entre a empresa e o controlador, presumindo que a punição da pessoa jurídica significa a punição do controlador, ao contrário da realidade de grandes empresas. A consequência é a extensão da punição a empregados, acionistas, a redução do recolhimento de tributos e a cessação de atividades socialmente relevantes³³¹, que implicam num aumento indiscriminado dos custos sociais das punições.

Existe contrariedade mesmo quando da possibilidade das simplificações sugeridas por Voronoff. Como visto, a NLLCA adota a concepção da sanção administrativa como resposta automática, sem a combinação de estratégias coercitivas e não coercitivas, como as sanções e medidas de autossaneamento sugeridas pela autora.

³³¹ JUSTEN FILHO, op. cit.

Sobretudo, confirma-se a hipótese de que o regime jurídico de direito administrativo sancionador da Lei n. 14.133/2021 compromete, ao menos em parte, a finalidade dissuasória, sob o referencial finalístico-operacional da sanção administrativa. É legitimado o uso das maiores armas legais em resposta às menores infrações e descartada a cooperação.

Por fim, em deferência à literatura examinada, pondera-se pela reforma da estrutura sancionatória da NLLCA, com a priorização do autossaneamento como base da pirâmide sancionatória, em escala de gradualidade e de correspondência, o que traria a comunhão da otimização da utilidade dos particulares, da Administração e da própria sociedade.

4.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Neste capítulo, examinou-se a adequação da Lei n. 14.133/2021 ao equilíbrio entre o respeito de garantias fundamentais e eficiência da finalidade dissuasória, à luz dos referenciais estudados nos capítulos anteriores. Constatou-se que a margem de discricionariedade oferecida à Administração Pública para escolher a sanção adequada é excessivamente ampla e, aliada às bases dosimétricas genéricas, enseja riscos à proporcionalidade.

De forma interligada, constatou-se que a opção o emprego de cláusulas genéricas, que não estabelecem uma relação de causa e consequência entre o reconhecimento e o efeito atenuante ou agravante na intensidade da sanção, ensejam dificuldades ao exercício da ampla defesa e do contraditório, ofendendo o princípio do devido processo legal. Nesse ínterim, a dispensa do processo administrativo sancionatório para a sanção de advertência e a dispensa da produção de provas para a contestação da sanção de multa enseja ofensas aos mesmos princípios, o que enseja a necessidade de interpretação conforme a Constituição.

Sob outro enfoque, constatou-se que o recorte examinado da literatura da análise econômica converge para a recomendação de estratégias cooperativas não adversariais para a otimização da dissuasão e da conformação da conduta dos particulares. A literatura não descarta sanções, inclusive severas, como instrumentos de conformação, mas reserva a sua utilização às situações mais graves e que, mesmo assim, devem limitar-se à internalização de custos da infração.

Finalmente, foi possível concluir que a estrutura sancionatória da Lei n. 14.133/2021 é adversarial e consagra um viés punitivo, priorizando estratégia retributiva que descarta medidas cooperativas substitutivas de sanções. A consequência é o comprometimento da otimização da finalidade dissuasória sob o enfoque da análise econômica do direito.

5 CONCLUSÃO

No modelo de Estado consagrado pela Constituição Federal de 1988, o serviço público é o mecanismo para, direta ou indiretamente, assegurar o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a materialização do serviço público pressupõe a contratação pública, precedida ou não de licitação.

Quanto mais direitos o Estado assegura, mais contratações ocorrem e, conseqüentemente, mais relações entre empresas e Administração Pública são firmadas. Para garantir o interesse público e a qualidade dos serviços públicos, é necessária a lisura das condutas dos particulares, desviando-se do cometimento de ilicitudes. Para tanto, a Administração Pública lança mão de sanções administrativas.

Por isso a eficiência das licitações e contratos administrativos ganha importância. Quanto mais eficientes forem, mais serão os próprios serviços públicos. Por isso, boas regras sancionatórias são imprescindíveis para a materialização de direitos da população.

Em linhas gerais, o objeto desta pesquisa está relacionado ao direito administrativo sancionador presente em licitações e contratos administrativos, cuja relevância e atualidade assumem posição de destaque diante da revolução da matéria pela Lei n. 14.133/2021, que preconiza a revogação das outras leis relativas ao tema.

Escapando de um viés puramente utilitarista ou populista, o objetivo central desta monografia é verificar as disposições da NLLCA sobre sanções administrativas reúnem adequadamente as condições de justificação impostas pelo Estado Democrático de Direito, como a efetividade de sua finalidade e a limitação por garantias e liberdades fundamentais.

Para responder esse questionamento, utilizou-se o método dedutivo, com o auxílio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, dividida a pesquisa em três etapas.

Na primeira, procurou-se delimitar o regime jurídico e a finalidade das sanções administrativas. Observou-se que carece de elemento substancial que a diferencie da pena. É possível, portanto, a integração do direito administrativo sancionador pelo direito penal, incorporando princípios e resolvendo questionamentos com as respostas obtidas pela ciência penal. Todavia, esse processo não é automático nem sugere uma extensão indiscriminada do direito penal, adota as nuances do direito administrativo sancionador.

Perceberam-se fins prospectivos e dissuasórios da sanção, que é um instrumento regulatório para a conformação das condutas dos particulares. A efetividade da sanção e a sua capacidade de criar incentivos para essa conformação de condutas são condições de sua

justificação. Assim, há necessidade de equilíbrio entre o respeito a liberdades individuais e os meios dissuasórios, que podem ser integrados pela análise econômica do direito.

Na segunda etapa, foi analisado o histórico dos regimes sancionatórios em licitações e contratos. Verificou-se que a Lei n. 8.666/1993 era marcada por disposições incompletas e pela ausência de pressupostos de aplicação das sanções, o que tradicionalmente era complementado pela doutrina e jurisprudência. Como respostas à inexecução parcial ou total do contrato, a lei instituiu as sanções de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

As outras leis analisadas, Lei n. 10.520/2022, Lei n. 12.462/2011 e Lei n. 13.303/2016 reproduziram as lacunas da legislação anterior, mas delimitaram melhor a extensão das penalidades e os pressupostos de aplicação das suas sanções.

Sobre a NLLCA, houve a tipificação das infrações administrativas, apesar de terem sido positivadas de forma genérica e a manutenção das penalidades anteriores, cujas severidades foram aumentadas e dúvidas sobre suas eficácias foram resolvidas. Foi identificada uma correspondência entre infrações e sanções, que pode ser quebrada mediante justificativa da Administração segundo parâmetros indeterminados, apenas para aplicar sanção mais grave. Percebeu-se um cuidado pelo processo administrativo sancionatório, consagrando o direito de defesa e produção de provas, contudo, apenas para as sanções mais graves, simplificando-o para a multa e dispensando-o para a advertência.

Na terceira etapa, a pesquisa se destinou a verificar o referido equilíbrio. Primeiro, foram constatados vícios a princípios como a proporcionalidade e individualização da pena, uma vez que a NLLCA oferece à Administração competência discricionária apenas para aplicar sanção mais grave, segundo balizas de fundamentação genéricas.

Contatou-se a ausência de uma estrutura de dosimetria da pena rigorosa e transparente, ao contrário do que existe no direito penal, que além de dificultar a fixação proporcional da pena, oferece entraves para o exercício do contraditório e da ampla defesa, porque relega a fundamentação à subjetividade da autoridade sancionadora, ao não estabelecer uma relação de causa e consequência entre o reconhecimento de uma circunstância atenuante ou agravante e o efeito correspondente no *quantum* da pena.

Percebeu-se que a NLLCA sugere que o processo administrativo sancionador seja dispensado para a advertência e que não há direito de produção de provas quando da aplicação de multa. Ponderou-se que essa impressão é inconstitucional, porque viola o princípio do devido processo legal, de forma que deve haver interpretação conforme a Constituição para integrar os procedimentos.

Segundo, por meio da literatura da análise econômica do direito, constatou-se que a literatura converge para a concepção de que uma regulação eficiente se limita à internalização de custos da ofensa pelo particular, para criar um desestímulo, sem impedi-lo, se for o caso, de desenvolver atividade socialmente relevante. Converte, também, que a regulação otimiza o efeito dissuasório e a conformação de condutas quando baseada em estratégias cooperativas, sem prejuízo da aplicação de sanções em casos extremos. Isso reforça motivações não econômicas dos administrados em vez de criar uma cultura de resistência à regulação. Sobretudo, a regulação não pode se reduzir à punição.

Percebeu-se que o regime sancionatório da Lei n. 14.133/2021, por conta da compreensão de que a sanção administrativa é uma resposta automática às infrações administrativas, é adversarial, de forma que compromete, pelo menos em parte, a efetividade da finalidade dissuasória da pena. Ainda que preceitue a figura da reabilitação, que antecipa o fim das sanções restritivas dos direitos de licitar e contratar, não há hipóteses de substituição das sanções administrativas por medidas de autossaneamento.

Descarta-se a possibilidade de cooperação e baseia-se, primordialmente, em sanções administrativas, inclusive, de intensidades gravíssimas. Inclusive, é oferecida à Administração Pública competência discricionária para aplicação das sanções mais graves, restritivas dos direitos de licitar e contratar, diante de infrações que não necessitam a sua aplicação, o que pode causar o fim de uma atividade economicamente relevante por conta de sanções desproporcionais, que vão além do limite de internalização de condutas.

Confirmou-se a suspeita de que a estrutura sancionatória prevista na NLLCA preceitua uma margem excessiva de competência discricionária, acirrada por um viés punitivo, que enseja ofensas a liberdades individuais, bem como compromete a otimização da conformação de condutas pretendida pelas sanções administrativas.

Assim, resolveu-se a problemática proposta no sentido de que o novo regime jurídico de sanções administrativas em licitações e contratos administrativos não equilibra a otimização da finalidade dissuasória ao mesmo tempo que preserva garantias fundamentais dos acusados.

A resolução desses problemas envolve a reforma legal para inclusão de objetivos regulatórios mais claros. Pondera-se, principalmente, pela delimitação de critérios dosimétricos que estabeleçam a relação de causa e consequência entre as circunstâncias e os efeitos que produzem no *quantum* da sanção, inspirado no sistema trifásico de dosimetria da pena, e pela reforma de sua estrutura sancionatória, com a reserva de sanções às infrações mais graves e a preferência por medidas cooperativas de autossaneamento.

Em pesquisas futuras, seria de extrema relevância delimitar quais medidas de autossaneamento poderiam ser aplicáveis à regulação de licitações e contratos administrativos e quais critérios de dosimetria poderiam ser integrados à legislação, inclusive, com a proposição de um modelo autônomo de dosimetria da sanção administrativa. A definição clara desses pressupostos é o que concilia a garantia da lisura da contratação pública e a maximização dos interesses de Estado, sociedade e particulares.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Jurídica da Presidência, [s. l.], v. 23, n. 131, p. 629-653, 28 jan. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2022v23e131-1875>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1875>. Acesso em 17 jun. 2023.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vitor do Nascimento. Transposição de institutos do direito penal para o direito administrativo sancionador. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 02, p. 327-345, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2020.40568>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40568>. Acesso em: 28 abr. 2023.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, [s. l.], n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818>. Acesso em: 23 maio 2023.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**: Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2023.
- BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, [s. l.], v. 71, n. 1, p. 59-94, jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.86044>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25151178>. Acesso em: 09 jun. 2023.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BECKER G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, p. 169 - 217, 1968. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.
- BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, Rio de Janeiro, [s. v.], p. 468-490, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>. Acesso em: 20 maio 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1942]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília: DF, Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL, **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2481, de 2022**. Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Mandado de Segurança nº 7.077/DF**. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. [...] Relator: Ministro Edson Vidigal, 25 de abril de 2001. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000658596&dt_publicacao=11/06/2001. Acesso em 12 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 13.041/DF**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INIDONEIDADE DECRETADA PELA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO. [...] Relator: Min. José Delgado, 12 de dezembro de 2007. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701972146&dt_publicacao=10/03/2008. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Mandado de Segurança nº 14.002/DF**. 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). [...] Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 28 de outubro de 2009. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802673714&dt_publicacao=06/11/2009. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 151.567/RJ**. ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III [...]. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700732487&dt_publicac. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 520.553/RJ**. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. [...] Relator: Min. Herman Benjamin, 03 de novembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300272646&dt_publicacao=10/02/2011. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.559/PR**. DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. [...] Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.784/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. [...] Relatora: Mina. Rosa Weber, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989**. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). [...] Relator: Min. Alexandre de Moraes. 18 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 1.224.374/RS**. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CÓDIGO DE TR NSITO BRASILEIRO. ARTIGO 165- A E ARTIGO 277, §§ 2º E 3º. LEI SECA (LEI FEDERAL Nº 11.705/08),

ARTS. 2º, 4º e 5º, III, IV E VIII. LEI FEDERAL Nº 12.760/2012, ART. 1º.
CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DO LIMITE DA ALCOOLEMIA PARA ZERO E DAS SANÇÕES IMPOSTAS À RECUSA DO CONDUTOR EM SUBMETER-SE AO TESTE DO BAFÔMETRO. [...] Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 19 de maio de 2022.
Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353715881&ext=.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 21**. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2106>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 3**. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2007]. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1191>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). **Acórdão nº 2558/2006**. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de setembro de 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: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). **Acórdão nº 3.957/2010**. Relator: Min. Weder de Oliveira, 29 de junho de 2010. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3957%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 536/2011**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 02 de março de 2011. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:536%20ANOACORDAO:2011%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1793/2011**. Relator: Min. Valmir Campelo, 06 de julho de 2011. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2077%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2218/2011**. Relator: Min. José Mucio Monteiro, de 12 de abril de 2011. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2218

8%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 842/2013**. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 10 de abril de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A842%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1017/2013**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 24 de abril de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1017%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2242/2013**. Relator: Min. José Mucio Monteiro, 21 de agosto de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2242%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 432/2014**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 26 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A432%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1003/2015**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 29 de abril de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1003%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2077/2017**. Relator: Min. Augusto Sherman, 20 de setembro de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2077%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.345/2017**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2345%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2351/2021**. Relator: Min. Vital do Rêgo, 20 de outubro de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2351%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

lrio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 01 jun. 2023.

CAMELO, B.; NÓBREGA, M.; TORRES, R. C. L. de. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*, n. p.

CASERMEIRO, Pablo Rando. **La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Lobo Regina da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *E-book*, n. p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, v. 10, n. 10, p.399-430, jul./ago. 1976.

ESPANHA. [Constituição (1978)]. **Constitución Española, de 29 de dezembro de 1978**. [s. l.] Boletín Oficial del Estado: n. 311, 29 dez. 1978. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Acesso em: 15 maio 2023.

ESPANHA, Tribunal Constitucional de España (Órgano Pleno). **Sentencia 16/2004**, de 23 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5021>. Acesso em: 19 maio 2023.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280/635>. Acesso em: 19 maio 2023.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FLEURY, Felipe Blanco Garcia Guimarães. **As infrações e sanções administrativas aplicáveis a licitações e contratos** (Leis 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e Lei 12.846/13). 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. Infrações Administrativas e Recursos em Licitações e Contratos Administrativos. *In*: ROCHA, W.; VANIN, F. S.; FIGUEIREDO, P. H. P. (org.). **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 409-416.

GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a Price. **The Journal of Legal Studies**, [s. l.] v. 29, n. 1, pp. 1-18, jan. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1086/468061>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/468061>. Acesso em: 09 jun. 2023.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 6, n. 22, p. 26–35, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2761564&forceview=1>. Acesso em: 19 maio 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021, *E-book*, n. p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei 8.666/1993**. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LISTA de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Atualizada em 17/05/2023. **Gov.br**, 2023, p. 53. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

MASSON, Cleber. **Crimes em Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Método: 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Revista Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MENDES, Silvia M.. Certainty, Severity, and Their Relative Deterrent Effects: Questioning the Implications of the Role of Risk in Criminal Deterrence Policy. **The Policy Studies Journal**, [s. l.], v. 32, n. 1, p. 59-74, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.0190-292X.2004.00053.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0190-292X.2004.00053.x>. Acesso em: 09 jun. 2023.

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

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 22-57, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/624>. Acesso em: 23 maio 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; MEDEIROS, Isaac Kofi; DONATO, Thales; PLETICOS, Eduarda Lückmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. **Revista Direito Gv**, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 1-2, maio 2022. FapUNIFESP (SciELO), pp. 2-15. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172202237>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/88497>. Acesso em: 19 maio 2023.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NOBRE JÚNIOR., Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, [s. n.], p. 127-151, jan./mar., 2000. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>. Acesso em: 19 maio 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, *E-book*, n. p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador**: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*, n. p.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. **Migalhas**, 2015. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/225754/autossaneamento--self-cleaning--e-reabilitacao-de-empresas-no-direito-brasileiro-anticorruptao>. Acesso em: 14 jun. 2023.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral (arts. 1º a 120). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUIG, M. R.; CARRASCO, M. I.; SOTOMAYOR, L. A.; ARMIJO, A. B. Panorama del derecho administrativo sancionador en España. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá (Colômbia), v. 7, n. 1, p. 23-74, jan./jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12804/esj>. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/305>. Acesso em 14 jun. 2023.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo Sancionador no âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos. *In*: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (org.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2021, p. 176-204.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. **Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

XAVIER, Marília de Araújo Barros. **O Modelo Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador**: do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*. 2022. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.