

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

JERRY ADRIANI RAMOS CIRQUEIRA

**PROCESSO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS LACUNAS NORMATIVAS**

BRASÍLIA

2022

JERRY ADRIANI RAMOS CIRQUEIRA

**PROCESSO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS LACUNAS NORMATIVAS**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Professora Doutora Marília de Ávila Sampaio, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, para obtenção do título de Mestre em Direito.

BRASÍLIA

2022

JERRY ADRIANI RAMOS CIRQUEIRA

**PROCESSO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS LACUNAS NORMATIVAS**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da Professora Doutora Marília de Ávila Sampaio, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da defesa: 10/11/2022

BANCA EXAMINADORA

Dra. Marília de Ávila Sampaio
Professora Orientadora
IDP-DF

Dra. Mônica Sapucaia Machado
Professora Avaliadora
IDP-DF

Dr. Marlon Tomazette
Professor Avaliador
UniCEUB-DF

Ao bondoso Deus, que sempre está acima de tudo e de todos; ao querido Ministério Público do Trabalho – MPT, por patrocinar a realização desta conquista; à minha esposa Maria Valdene Machade e à minha filha Heloísa Machado Cirqueira, razões de meus esforços; à Professora Doutora Marília de Ávila Sampaio, por aceitar o desafio de ser minha orientadora; à Professora Doutora Mônica Sapucaia Machado e ao Professor Doutor Marlon Tomazette, pelos pertinentes ensinamentos na Banca.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (DAS) NA DEMOCRACIA	11
1.1 O Direito Administrativo Sancionador no Estado Democrático de Direito brasileiro .	12
1.2 Os elementos informadores do devido processo legal administrativo.....	18
1.3 As normas aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador	28
2 O DIREITO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: AVANÇOS E RETROCESSOS.....	38
2.1 Os Meios Alternativos de Solução de Controvérsia e o Acordo de Leniência.....	39
2.2 As normas materiais de direito sancionador na nova Lei de Licitações.....	50
2.3 As normas processuais do direito sancionador na nova Lei de Licitações	61
3 AS LACUNAS DO PROCESSO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	71
3.1 A interpretação conforme a Constituição e a integração normativa.....	71
3.2 O preenchimento das lacunas do processo sancionador na nova Lei de Licitações: viabilidade do devido processo legal?	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

RESUMO

A presente Dissertação tratou de temas relevantes do Direito Administrativo Sancionador – DAS, sobretudo relacionados a lacunas normativas do processo sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021). Observou-se que temas importantes estão ausentes nesse novo regime das contratações públicas, a exemplo de definição de competência para instaurar, conduzir e decidir o processo, prazo de sua duração e a definição do termo inicial dos efeitos sanção imposta. A pesquisa teve por objetivo principal verificar se essas lacunas podem ser supridas a partir de uma interpretação conforme a Constituição e da utilização de métodos clássicos de integração normativa. Para tanto, examinou-se o DAS no Estado Democrático de Direito e os elementos informadores do devido processo legal, abordaram-se os dispositivos de direito material e processual previstos na citada Lei e identificaram-se as lacunas das normas processuais. Por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa sobre a legislação de regência e amparado em precedentes dos tribunais pátrios e em publicações acadêmicas, ao final dos trabalhos foi possível defender que as lacunas do processo sancionador na nova Lei de Licitações podem ser supridas pela analogia e pelos princípios gerais do direito, associados a uma interpretação conforme a Constituição, confirmando-se a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: direito administrativo sancionador; nova lei de licitações; devido processo legal; lacunas normativas.

ABSTRACT

The following dissertation touches on themes related to the Sanctioning Administrative Rights – Direito Administrativo Sancionador (DAS), above all related to the normative gaps in the sanctioning process, currently part of the most recent Administrative Contract and Government Bidding Law (Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nº 14.133/2021). Relevant themes had been observed and have been noted to be absent from this new method of public procurement, which is found to be currently lacking: a proper definition to set up, conduct and decide upon the procurement; the duration of such; and a definition for the start of its term. The main objective of this research was to verify whether these gaps could be supplemented through the lens of the Constitution, making use of methods of normative integration. With that in mind, the DAS has been examined considering the Democratic State, and its informative elements of the Due Process of Law; the mechanisms of material and procurement rights provided by Law have been approached; and gaps in the procurement norms have been identified. Through the means of a qualitative bibliographical research on the current legislation, and supported by court precedents and academic papers, the end result is that it is indeed possible to defend that the gaps previously mentioned can, in fact, be supplemented by the presented method of analogy and by the general principles of law, whilst associated with an interpretation closely aided by the Constitution.

Keywords: sanctioning administrative rights; new government bidding law; due process; normative gaps.

INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos celebrados pelo poder público gozam de prerrogativas e garantias que os distinguem do direito civil comum. Em razão desse horizonte jurídico, tem-se que as partes do negócio jurídico não estão situadas em posição de igualdade, nem tampouco possuem simetria em direitos e obrigações. Nesse contexto, ganha relevo o poder-dever da Administração em aplicar sanções às empresas contratadas pela inexecução total ou parcial do ajuste, sempre de forma motivada e garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, nos termos do devido processo legal.

Apesar da relevância da matéria, a atual Lei Geral de Licitações (nº 8.666/93) foi bastante sucinta ao dispor sobre as normas do processo sancionador. Basicamente, conforme se depreende do §2º do artigo 86, caput do artigo 87 e §§2º e 3º do mesmo dispositivo, impôs a necessidade de instauração do devido processo administrativo. Com o advento da nova Lei de Licitações e Contratos e Administrativos (nº 14.133/2021), acreditava-se que esse problema seria resolvido, mediante regras claras e objetivas do processo administrativo sancionador, o que não ocorreu.

Dessa forma, observa-se que as normas do processo sancionador no anterior e no novo regime das contratações públicas são omissas ou contraditórias em questões essenciais, o que pode acarretar prejuízo ao devido processo legal. A título exemplificativo, a nova Lei de Licitações e Contratos não é clara acerca dos seguintes pontos: *i)* qual a autoridade competente para instauração do processo? *ii)* Qual o ato instaurador? *iii)* o processo de responsabilização é dispensável para as sanções de advertência e de multas? *iv)* quem conduz o processo? *v)* qual o tempo de duração do processo? *vi)* Quem é competente para a decidir o processo? e *vii)* A partir de quando a sanção imposta surte seus efeitos?

Para além do estudo da legislação de regência, vale pontuar que a constatação da existência das lacunas normativas do processo sancionador nas contratações públicas decorre também de conhecimento empírico do autor da presente pesquisa. Nesse sentido, ao longo de mais de mais de 14 (catorze) anos trabalhando diretamente com a temática no exercício de suas atribuições legais do cargo público para o qual foi investido no âmbito do Ministério Público do Trabalho, o autor se deparou com diversas situações que corroboram essa afirmação. De igual modo, na condição de instrutor de cursos de capacitação relacionados a licitações e contratos para servidores públicos nos quatro entes da federação brasileira, é possível verificar que tal situação não é um problema pontual, mas aflige todos aqueles que trabalham com o processo apuratório de responsabilidade decorrentes das contratações públicas.

Dessa angústia e inquietação profissional e acadêmica, decorre o seguinte problema de pesquisa: as lacunas normativas do processo sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inviabilizam a concretude do devido processo legal? Como hipótese, acredita-se que **não**, porque os métodos tradicionais de integração normativa presentes no ordenamento jurídico (analogia, costumes e princípios gerais do direito) associados à técnica de interpretação conforme a Constituição seriam adequados e suficientes para resolver o problema objeto do presente trabalho.

As normas gerais contidas na Lei nº 8.666/93 e na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) possuem abrangência nacional e alcançam, portanto, todos os entes da federação brasileira. Por essa razão, acredita-se que o problema de pesquisa sob análise provoca angústia e inquietação a todos os atores que trabalham com o direito sancionador das contratações pública, nos diversos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Dessa forma, o presente trabalho pode ser entendido como ferramenta capaz de auxiliar as partes no desenrolar do devido processo legal administrativo. A partir dele, será possível examinar essas lacunas normativas do processo sancionador do novo marco legal das contratações públicas, identificar os meios mais adequados de colmatação normativa, associados a uma interpretação conforme a Constituição, e, em última análise, propor edição de normativo específico a tratar da matéria. Além disso, será possível, também, propor uniformização de procedimentos no âmbito das unidades gestoras da Administração Pública e isso visa a fomentar a pacificação social e justifica o objeto da pesquisa.

Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo principal verificar se as lacunas normativas do processo sancionador previsto na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos podem ser supridas pela analogia, pelos princípios gerais do direito e pela interpretação conforme a Constituição, tendo como pano de fundo os elementos informadores do devido processo legal. Para tanto, objetiva-se especificamente: *i*) examinar os elementos informadores do devido processo legal do direito administrativo sancionador; *ii*) abordar as normas materiais e processuais do direito sancionador previsto na nova Lei de Licitações; e *iii*) identificar as lacunas normativas do processo sancionador desse novo marco legal das contratações públicas e a possibilidade de colmatação normativa.

Para fins de organização do trabalho, a presente pesquisa está estruturada em 3 (três) capítulos: o primeiro será dedicado à exploração bibliográfica acerca da importância do devido processo legal para o Estado Democrático de direito e os elementos informadores do devido processo legal no Direito Administrativo Sancionador; por sua vez, no segundo trataremos do

direito sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com destaque para as lacunas das normas processuais; por fim, no terceiro e último capítulo, pretende-se demonstrar se é possível o preenchimento desses hiatos legislativos com os métodos clássicos de integração normativa – analogia e princípios gerais do direito, associados à interpretação conforme à constituição, de modo que se obtenha do devido processo legal.

O método escolhido para o desenvolvimento desta dissertação foi o hipotético dedutivo. Nesse sentido, a partir do problema apresentado (as lacunas normativas do processo sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos inviabilizam a concretude do devido processo legal), tem-se a hipótese a ser (não, porque os métodos tradicionais de integração normativa presentes no ordenamento jurídico - analogia e princípios gerais do direito, associados à técnica de interpretação conforme a constituição, seriam adequados e suficientes para resolver o problema objeto do presente trabalho). Ao final do trabalho, será verificado se a hipótese foi confirmada ou refutada.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (DAS) NA DEMOCRACIA

A fim de se aprofundar ao tema específico desta pesquisa, faz-se necessário definir alguns conceitos operativos com os quais se trabalhará ao longo desta dissertação, sejam eles “Direito Administrativo Sancionador” (DAS), “democracia”, e “devido processo legal”, por exemplo. Pretende-se, com isso, estabelecer o mínimo de interlocução e contornos para esses termos, tendo em vista a possibilidade de múltiplos significados entre eles. Em razão disso, este capítulo foi dividido didaticamente em três seções.

A primeira seção será responsável por contextualizar o Direito Administrativo Sancionador – DAS no âmbito do Estado Democrático de Direito. Objetiva-se, com isso, explorar a importância do devido processo legal no processo sancionador da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Embora não seja o foco do trabalho, indispensável algumas comparações entre o DAS e o Direito Penal, tendo em vista que ambos os ramos do direito público tratam da pretensão punitiva do Estado e que compartilham, em certa medida, o mesmo substrato principiológico democrático. No mais, problemáticas como as lacunas existentes nas normas processuais, objeto do presente estudo, serão apresentadas de forma mais aprofundada e devidamente discutidas nos capítulos 2 e 3.

Na seção seguinte serão retratados os princípios aplicáveis ao DAS, com o fito de se estabelecer, desde o início, o pilar valorativo que rege essa área do ordenamento jurídico, dialogando-a com o texto constitucional e com as bases do Estado Democrático de Direito. Para os fins da presente pesquisa, serão considerados “elementos informadores” do devido processo legal todos os princípios que dele decorrem. Neste ponto, urge enfatizar que não se pretende trabalhar com todos os princípios existentes sobre a matéria, mas apenas aqueles julgados mais relevantes para a argumentação dissertativa.

Faz-se necessário conhecer os princípios regentes dessa área do conhecimento para que se possa evitar infrações, tanto por parte dos representantes do aparato público, quanto dos particulares que se encontrarem sujeitos ao processo sancionador. À luz dos valores e da supremacia da Constituição, a imersão aos princípios elencados possibilita também a integração de omissões que possam se apresentar no texto legal.

Na última seção, serão apresentadas normas legais aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, tanto daquelas externas à legislação administrativa (como a Lei de Introdução às Normas do Direito Administrativo) como daquelas próprias do DAS. Não se aprofundará, neste momento, à legislação específica que rege o processo administrativo sancionador nas contratações públicas, já que isso será realizado no Capítulo 2. Por sua vez, serão trabalhadas

normas que também possam guiar e orientar o intérprete ou interessado na verificação da regularidade do processo sancionatório, inclusive valendo-se da integração normativa – a exemplo da analogia e dos princípios gerais do direito, com o objetivo de resolver omissões ou contradições eventualmente verificadas.

1.1 O Direito Administrativo Sancionador no Estado Democrático de Direito brasileiro

Para entender a relevância das lacunas do processo sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – introduzidas e discutidas mais à frente, é necessário contextualizar o Direito Administrativo Sancionador no Estado Democrático de Direito, inclusive comparando-o com os preceitos do Direito Penal. Para fins de delimitação deste capítulo, será feita uma breve digressão até a criação do Estado Moderno, marco histórico que inaugura o implemento de direitos dos indivíduos e a limitação do poder do soberano. No âmbito de tais ramos do direito público, pretende-se destacar a relevância da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da consolidação do devido processo legal, momento em que o processo passa ser encarado como uma garantia fundamental para que o acusado possa se defender.

O Direito Administrativo – e por consequência, o Direito Administrativo Sancionador – passou a se formar historicamente junto ao desenvolvimento do Estado Liberal, caracterizado pelas grandes revoluções iluministas. Antes disso, observa-se que a Idade Média foi regida predominantemente pelo sistema monárquico absolutista, no qual todo o poder pertencia ao soberano, inclusive o de refutar direitos e garantias individuais da população (KFOURI, 2007). Nesse sentido, não havia razão para se falar sobre limitação ou divisão de poderes, características predominantes do Estado de Direito, dado que o monarca concentrava em si todas as manifestações de poder estatal: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em consequência dessa estrutura singular, o direito público era caracterizado pelo direito ilimitado do monarca para administrar, representado pelo princípio de que o soberano não erra – *quod regi placuit lex est* no latim, *the king can do no wrong* no inglês, e *le roi ne peut mal faire* no francês (KFOURI, 2007). Nesse cenário é possível vincular o poder sancionador à figura do monarca, já que este detinha o poder de aplicar discricionariamente punições às condutas administrativas consideradas por ele transgressões disciplinares. Como o soberano se encontrava acima do ordenamento jurídico, não havia instância capaz de moderar

seu poder sancionatório, de maneira que a punição aplicada encontrava, como único limite, o desígnio do monarca.

Na transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, a figura do soberano centralizador se suprimiu e transpassou para o centro do governo da lei o real detentor do poder. O que se tem, portanto, é a instalação do Estado de Direito, regime estatal no qual o poder passa a ser restrito pelas barreiras da norma jurídica, responsável por regular as relações sociais e determinar as sanções passíveis de serem impostas e executadas pelo poder de polícia. Teve-se assim o estabelecimento do princípio da separação de poderes, a fim de distinguir-se as atividades administrativas [Executivo], legiferante [Legislativo] e jurisdicional [Judiciário], bem como do princípio da legalidade. Este, por último, seria responsável pela submissão de todos – inclusive dos governantes – aos limites formalizados da norma jurídica (DI PIETRO, 2020).

Foi através da referida transição que se estabeleceram, enquanto disciplinas autônomas, o Direito Administrativo e o Direito Penal. Em linhas gerais, esses dois ramos do Direito representavam as áreas responsáveis por determinar como se dariam as relações entre o Estado e a coletividade, definindo-se as fronteiras da atividade estatal, tal como as sanções aplicáveis pelo Estado aos indivíduos em caso de descumprimento das normas dispostas. Com essa transição social da hegemonia do poder monárquico e absolutista para o modelo de Estado de Direito, passou-se a evitar a aplicação de penas exageradas ou imprevisíveis, limitando a pretensão punitiva arbitrária do gestor por meio dos contornos propostos pela lei.

Ao conceituar sanção, Ferreira (2001) a descreve como a consequência jurídica direta e imediata, de caráter repressivo e restritiva de direitos, estabelecida pela norma jurídica em razão de uma conduta comissiva ou omissiva nela prevista. Observa-se que esse conceito é aplicável tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Administrativo Sancionador, mudando apenas o bem jurídico tutelado: enquanto o primeiro tem a missão de tipificar crimes e cominar penas, inclusive a restritiva de liberdade, o segundo estabelece as infrações e as sanções administrativas cabíveis – inclusive pecuniárias e restritivas de direito. Nesse sentido, observa-se que o estudo da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente para o Direito Penal (DP) ao campo do DAS pode ser apontado como um dos fatores relacionados ao acelerado desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador brasileiro (OLIVEIRA; GROTTI, 2020).

Digno de nota enfatizar que não serão objeto do presente estudo maiores aprofundamentos acerca das semelhanças e diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Ainda assim, é possível verificar vínculos existentes entre esses

importantes ramos do direito público, sendo que o último foi originado do primeiro. Disso decorre o entendimento jurídico de que o poder público administra a aplicação da sanção ao cidadão, por meio de órgãos e entidades do aparato estatal, e isso se aplica tanto à Administração Pública, quanto à Justiça Criminal ou Cível (GONÇALVES; GRILO, 2021).

Nesse contexto, evidencia-se que tanto o Direito Administrativo, quanto o Direito Penal compartilham de um mesmo substrato histórico e que, apesar de tratarem de matérias diversas, encontram-se conjugados como instrumentos de limitação da soberania do governante; ao passo que, por outro lado, separam-se quanto a suas finalidades e regimes jurídicos. Dito isso, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador encontram-se unidos por sua possibilidade de aplicação de sanção (MERCADO, 2004). Contudo, tem-se em contraposição o princípio norteador clássico da matéria penal, segundo o qual o Direito Penal deveria atuar exclusivamente como *ultima ratio* (“último recurso”), concepção essa contrariada pela contínua expansão da atividade punitiva, tendo inclusive criminalizado condutas que antes eram exclusivamente reguladas pelo Direito Administrativo.

Ao mesmo tempo, fatores relevantes demonstram o distanciamento entre tais campos e a separação histórica entre o Direito Penal e Direito Administrativo marcam principiologias, finalidades e regimes distintos. Dessa feita, em caso de utilização da denominação DAS, subentende-se um rompimento com concepções do passado: abandonam-se os campos da Polícia e do Direito Penal para focar no Direito Administrativo, de modo que a expressão adquire o valor de um símbolo e de uma confissão doutrinal (NIETO, 2008 – tradução livre nossa¹).

De todo modo, torna-se necessário reconhecer que a possibilidade de imposição de sanção pelo Estado só se dá, no Estado de Direito, enquanto decorrência do Direito Constitucional, que permite e restringe essa atividade ao ente estatal (GONÇALVES; GRILO, 2021). Assim, só se pode pensar em sanção administrativa ou penal enquanto manifestação da Constituição, sendo por ela definida e limitada (GUIMARÃES; FREITAS, 2019). É nesse sentido que Rafael Munhoz de Mello (2007) comenta que não se trata de exclusividade de princípios de direito penal, mas sim de princípios a nortear toda a pretensão punitiva do poder público, seja no âmbito penal, seja no administrativos.

¹ Na íntegra: “La utilización de esta denominación (DAS) implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal” (NIETO, 2008, p. 172).

Dessa breve evolução histórica, chegamos até a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir de então, é possível observar que o Direito Administrativo Sancionador (DAS), enquanto integrante do regime jurídico-administrativo, tem passado por relevantes transformações, expansão e revigoração em direção aos direitos e garantias fundamentais (OLIVEIRA; GROTTI, 2020). E não poderia ser diferente, já que, na democracia, a despeito da alegada proteção ao bem comum, não é concebível que a Administração atue afetando a liberdade e o patrimônio dos cidadãos fora dos contornos estabelecidos pela lei (THEODORO JÚNIOR, 1995).

No contexto do Estado Democrático de Direito o poder do estado está limitado pelos direitos do cidadão a partir de criação de leis que irão gerir a vida em sociedade. Essa forma em que o Estado se organiza para exercer seu poder sobre a sociedade, como definido pelo artigo 1º da Constituição, além de apresentar um Estado submisso à lei, um Poder Judiciário independente do executivo para impedir a formação de tribunais de exceção e manter um contrapeso e um juiz natural legalmente apto a exercer a magistratura de forma independente e imparcial, também exige que o poder emane do povo (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, o Estado só pode ser considerado democrático se o povo exercer seu poder e vontade tanto indiretamente – através de seus representantes, quanto, por vezes, diretamente, como é o caso de proposições legislativas (FIGUEIREDO, 1997). Os princípios norteadores que marcam a existência de uma democracia são definidos por Silva (2000) como sendo: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da isonomia, princípio da separação de poderes, princípio da legalidade e da segurança jurídica. Sendo essa caracterização fundamental para a validação do Estado Democrático de Direito, o devido processo legal é incluso como um valor indissociável, sobretudo quando o assunto é o direito sancionador.

Grotti (1998) esclarece que o conceito meramente formal do devido processo legal surgiu na Carta Magna inglesa em 1215, ao definir que os direitos à vida, à propriedade e à liberdade do baronato só poderiam ser suprimidos segundo as regras da lei da terra. Isso se deu para que o baronato se protegesse dos abusos da Coroa Inglesa, uma vez que o soberano definia as leis e as cumpria. O devido processo legal hoje consagrado só se estabeleceu na lei inglesa em 1354 e, mais tarde, se estendeu à Constituição dos EUA através da Emenda V (1791), ao dizer que nenhuma pessoa poderia ter privação da vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal. Por fim, espalhou-se pelos sistemas constitucionais de diversos países, até chegar à Constituição brasileira de 1988, promulgada sob o prisma da democracia representativa.

O instituto do devido processo legal evoluiu com o tempo, passando de um aspecto formal – adjetivo – onde apenas há uma exigência de verificação de ritos de um processo definido, para um aspecto material – substantivo –, que se volta aos pormenores dos conteúdos dos atos do Poder Público, a fim de evitar decisões arbitrárias e irrazoáveis (GROTTI, 1998). É importante notar que, nesse ponto, o devido processo legal e os princípios de igualdade andam lado a lado. A partir do momento em que o conceito de igualdade na lei foi estabelecido, trazendo consigo a importância da observação das motivações, condições e características específicas dos atos, e do estabelecimento direto e claro na lei de processos que honrem o princípio de isonomia, o devido processo legal é o que, justamente, torna tudo isso possível (FIGUEIREDO, 1997).

Infere-se, portanto, que o devido processo legal tem a pretensão de validar a ideia de democracia de forma prática dentro dos contornos legais. Originalmente o conceito de devido processo legal foi instituído no Direito Penal, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa dos cidadãos, consagrando-se com a presunção de inocência. Mais adiante, esse conceito se estendeu aos demais ramos do direito, a exemplo do Direito Civil e, recentemente, do Direito Administrativo, representando uma garantia fundamental, de modo que a garantia constitucional do *due processo of law* estará presente para solucionar a controvérsia jurídica, seja no âmbito judicial, seja no administrativo (THEODORO JÚNIOR, 1995). Delimitado ao poder de compra estatal, o Direito Administrativo, de forma sucinta, trata das relações contratuais do Estado com entes privados, os quais, diante da democracia, devem ter seus direitos preservados e cumpridos nos exatos contornos da lei (FIGUEIREDO, 1997).

Considerando os pontos apresentados, inegável constatar as similaridades entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, inclusive no tocante a seus princípios em comum – princípios esses que, conforme mencionado, são decorrência do Estado Democrático de Direito. Apesar de tais semelhanças, o relevante fator que segrega tais disciplinas é a diferença de regime jurídico e a respectiva hermenêutica. O Direito Penal, como manifestado pelos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, deve se ocupar unicamente das condutas que ofendam gravemente os bens jurídicos protegidos pelo Estado. Em razão disso, a atividade do Direito Penal é subsidiária em relação às manifestações de outras áreas do Direito, já que só se expressa quando todo o restante do ordenamento não se mostrou capaz de impedir a infração sobre o bem jurídico tutelado.

Enquanto isso, o Direito Administrativo possui como objetivo central a preservação do interesse público. Entretanto, esse interesse não pode, em regra, ser soberano ao Direito Penal, sob o risco de passagem do *in dubio pro reo* para um cenário de *in dubio pro societate*. Em

matéria penal, a presunção de inocência ainda é uma das principais balizas na aplicação da legislação, sob o risco de se punir um inocente com a sanção privativa de liberdade – sanção essa que é impossível de desfazer ou recompensar. Nessa toada, o juiz penal deve sustentar sempre o *in dubio pro reo*: na hipótese de dúvida acerca da culpabilidade do acusado deve-se sempre presumir sua inocência. Já quando se trata de Direito Administrativo Sancionador, o princípio da presunção de inocência pode ser flexibilizado, sendo plenamente possível a aplicação do *in dubio pro societate*.

Essa flexibilização aplicável ao Direito Administrativo Sancionador pode ser ilustrada por meio da ementa do Recurso Especial nº 1.197.406/MS, a seguir:

[...] é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público (STJ. Recurso Especial nº 1.197.406/MS. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Publicado em: 22 ago. 2013 – p. 39).

Veja que o magistrado acolheu a tese de prosseguimento do feito ajuizado para apurar transgressões à Lei de Improbidade Administrativa a partir de indícios de conduta delitiva e de autoria, a fim de preservar o interesse público subjacente. Com isso, infere-se que, apesar de semelhanças entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, não se pode confundir as finalidades e os princípios que guiam cada uma desses campos do ordenamento.

É possível, como exposto aqui, a consulta e aplicação analógica de algumas normas e princípios do Direito Penal na hipótese de omissão nas normas legais do DAS; no entanto, essa consulta deve ser ponderada e cuidadosa, sendo impossível a transição direta de regras daquela área para esta (ARAÚJO, 2020). A diferença entre o *in dubio pro reo* do Direito Penal em relação ao *in dubio pro societate* do Direito Administrativo Sancionador serve como exemplo claro das diferenças que permeiam seus respectivos campos.

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui sistematização de princípios e normas referentes ao Direito Administrativo Sancionador – diferentemente do Direito Penal e do Processo Penal, que possuem seus Códigos próprios. Assim, na aplicação do DAS, essencial que o julgador tenha em mente também a principiologia do campo penal (FERRAZ; DALLARI, 2002), mas isso não permite, conforme anteriormente explicitado, a transferência irrefletida entre esses dois campos do conhecimento (OLIVEIRA; SOUZA, 2020).

Em face de todos esses elementos, faz-se necessário verificar a base axiológica aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, bem como refletir quais princípios do Direito Penal

podem ser trazidos e aplicados analogicamente àquele campo do direito. Nesse contexto, cabe frisar que não se deve pretender o engessamento das normas administrativas, a partir de uma aplicação inadequada e indesejada de normas de direito penal (OSÓRIO, 2009). De todo modo, após contatação de eventuais lacunas ou contradições no processo sancionador das contratações públicas, poderá o intérprete e aplicador do direito se valer das normas inerentes a outros campos do conhecimento, inclusive o Direito Penal.

Para avaliar tais possibilidades, o subcapítulo a seguir procederá à análise do devido processo legal e de seus elementos informadores na disciplina sancionatório-administrativa, colocando-os frente aos do Direito Penal, mas apenas quando útil à sua complementação. Frise-se, mais uma vez, que não se pretende maiores aprofundamentos acerca dessa temática, pois não se trata do foco central deste estudo. Em verdade, o que se visa é apresentar os princípios que regem as relações entre os particulares e a Administração Pública em situação sancionatório-administrativa, de maneira que, em eventual omissão ou contradição legal, esteja consolidado o conjunto de valores que deve guiar tais relações, facilitando ao intérprete da lei a resolução de tais óbices.

1.2 Os elementos informadores do devido processo legal administrativo

As normas constitucionais, em especial as regras e princípios sobre direitos e garantias fundamentais, possuem eficácia direta nas relações privadas e isso caminha para um consenso na atual doutrina constitucional e civilista (TEPEDINO, 2006). Se entre particulares faz-se imperar o comando constitucional, esse raciocínio se torna ainda mais relevante quando o assunto são as normas que disciplinam o Direito Administrativo Sancionador. Nesse caso, as controvérsias envolvem, de um lado, o particular envolvido na causa; de outro, a própria Administração, que também será a responsável por proferir a decisão final e afetar direitos e garantias dos indivíduos.

Partindo-se dessa premissa, infere-se que o Direito Administrativo Sancionador, inclusive relacionado com as contratações públicas, deve possuir princípios e regras que estejam em consonância com normas constitucionais (MOREIRA NETO; GARCIA, 2013). Nessa relação processual, litigam o particular e a Administração Pública, em evidente cenário de privilégio a favor do ente público. A um só tempo temos a parte processual que também será o responsável pelo julgamento e ainda possui prerrogativas próprias que exorbitam do direito civil comum.

Tudo isso posto, começa-se à análise dos princípios informadores do devido processo legal aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador – DAS nas contratações públicas. Importante ressaltar que não será objeto do presente trabalho realizar maiores aprofundamentos sobre todos os princípios inerentes ao DAS, embora se reconheça a possibilidade de catalogá-los e classificá-los em princípios materiais – incidentes na relação jurídico-administrativa, e princípios processuais – incidentes a relação jurídico-processual (OLIVEIRA; GROTTI, 2020). No caso, serão trabalhos alguns relevantes princípios decorrentes do devido processo legal, considerados direitos e garantias albergados pela Carta Maior e que impactam na regularidade processual, mas sem qualquer pretensão de refutar ou excluir a existência de outros.

Há de se reconhecer a possibilidade de o gestor aplicar, ao particular, sanções por eventuais infrações disciplinares praticadas no curso dos procedimentos licitatórios ou da execução contratual, mas isso só se sustenta se observado o devido processo legal (TCU, Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário). Considerando tal contexto, a reprimenda estatal deve estar lastreada no estrito cumprimento das normas jurídicas, de modo que o processo sirva de instrumento de preservação de direitos e de garantias fundamentais, em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, tem-se que o devido processo legal é aquele desenvolvido em estrita observância das regras aplicáveis à matéria e em conformidade com os direitos fundamentais prescritos na Carta Maior. Trata-se de garantia básica, aí incluída a preservação material das liberdades e direitos fundamentais, de modo que o devido processo legal não acolhe atos do poder público desprovidos de facticidade e razoabilidade (MOREIRA NETO; GARCIA, 2013). Enquanto princípio fundamental à existência do Estado de Direito, dele também decorrem outros princípios de igual peso e relevância, como se verificará mais à frente.

Importante ressaltar, neste ponto, que o devido processo legal pode ser conceitualmente dividido em duas facetas: devido processo legal formal (*procedural due process*) e devido processo legal substantivo (*substantive due process*), os quais se passa a analisar, brevemente, a seguir (TEUTÔNIO *et al.*, 2017).

O nível formal do devido processo legal determina o respeito aos ritos e procedimentos, de maneira a se evitar qualquer comportamento que possa eivar de nulidade o processo. Em outras palavras, o *procedural due process* permite que as partes envolvidas saibam, precisamente, qual caminho o processo seguirá, coibindo um possível cenário de imprevisibilidade e de insegurança jurídica. Já o nível substantivo imbui o devido processo legal de certo conteúdo axiológico, na medida em que exige das normas processuais a efetiva obtenção de um julgamento razoável e proporcional. Nesse sentido, Di Pietro (2020) enuncia

que o *substantive due process* possibilita ao magistrado examinar, para além da observância ao procedimento, a razoabilidade de suas decisões quando se deparar com conceitos jurídicos indeterminados contidos na norma.

Em razão de sua centralidade ao ordenamento jurídico, o devido processo legal se encontra consagrado enquanto princípio na Carta Maior. Conforme se depreende da leitura do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88 o indivíduo só pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens, após o devido processo legal (BRASIL, 1988). Em uma interpretação gramatical, tal garantia à liberdade pode parecer mais restrito às penas privativas de liberdade e/ou às sanções patrimoniais – ou seja, à disciplina do Direito Penal (VITORELLI, 2018), o que não é o caso.

O devido processo legal, enquanto princípio constitucional, também faz imperar o respeito às normas procedimentais que disponham sobre qualquer processo estatal sancionatório. Inclusive, àqueles relativos ao Direito Administrativo Sancionador nas contratações públicas, objeto do presente estudo. Isso faz-se claro quando analisado o inciso LV, também do artigo 5º da Constituição, ao declarar que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o todos que se encontram em situação de litigância no âmbito do processo judicial ou administrativos (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, tem-se claro, a partir de tal enunciado, que o devido processo legal está intimamente ligado ao princípio do contraditório e ampla defesa. É exatamente esse o entendimento de Di Pietro (2020), para quem tal garantia exige o necessário cumprimento de formalidades indispensáveis à proteção dos indivíduos, a exemplo do contraditório e da defesa ampla, além da possibilidade de recorrer das decisões que lhe são contrárias. É por meio da exigência das referidas formalidades que se aproximaram os regimes jurídicos dos processos judicial e administrativo como extensão de garantias essenciais (MARRARA, 2020).

A fim de complementar a conceituação exposta, resgatam-se as palavras de J. J. Canotilho (2000, p. 482), segundo o qual o processo razoável e adequado está ligado à ideia substantiva do devido processo legal, fundamento para que o aplicador da lei possa analisar os requisitos intrínsecos da norma. A título de exemplo, o nível substantivo do devido processo legal foi aplicado, pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 529.733/RS. Por pertinência do que até foi exposto, transcreve-se excerto desse julgado:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal,

enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais (STF. Agravo de Instrumento nº 529.733-1-RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Publicado no Diário de Justiça em: 01 dez. 2006 – p. 45, grifo nosso).

Há de se considerar, ainda, a possibilidade de lacuna nas normas jurídicas, como ocorre no direito sancionador das contratações públicas, de forma que se manifeste infração ao nível formal do devido processo legal. Nessa hipótese, já se mostra possível a integração normativa por meio da consideração do nível substantivo do devido processo legal, tendo-se como base seu valor axiológico – o qual visa a garantir às partes um andamento processual que respeite a previsibilidade exigida. Assim sendo, no cenário de uma omissão legal, imperativo considerar-se os valores que regem o julgamento razoável e proporcional, mostrando-se inaceitável qualquer norma ou conduta que fira a participação equânime das partes.

Em íntima conexão com o devido processo legal, tem-se o princípio da legalidade, também símbolo de um Estado de Direito e, como tal, manifestação direta do artigo 5º, inciso II, da Carta Magna. Tal mandamento estabelece que somente a lei poderá obrigar o indivíduo a fazer ou a não fazer algo (BRASIL, 1988). Há, no entanto, diferença importante a ser ressaltada entre as esferas do Direito Privado e a do Direito Público: no primeiro, tem-se que o particular possui liberdade para fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, exceto pelos limites definidos pela lei; no segundo, o agente público somente possui liberdade para fazer aquilo que está explicitamente definido em lei.

Tratando-se de processo sancionatório – seja ele penal, seja administrativo, o princípio da legalidade se mostra absolutamente essencial enquanto manifestação do Estado Democrático Constitucional. Com base nesse princípio, assentou-se o entendimento de que não é possível culminar pena sem a existência da infração definida anteriormente por lei. É por essa razão que, somente por expressa previsão legal, tem-se a possibilidade de, ao licitante e/ou ao contratado, aplicar sanções administrativas pelo descumprimento de obrigações assumidas no curso das licitações ou no bojo das contratações públicas.

O princípio da legalidade possui dois aspectos a também serem avaliados: a reserva legal e a supremacia da lei. Esta última está intimamente conectada ao Estado de Direito, de modo que o aparato público e as relações sociais devem ser regidos pelo ordenamento jurídico – responsável por determinar direitos, deveres e possibilidades tanto dos entes públicos quanto dos privados. Enfatiza-se que todas as normas estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio devem se submeter aos parâmetros constitucionais, sendo que é a Carta Maior a responsável por apresentar os limites dentre os quais se organiza o Estado (MARRARA, 2014).

Já a reserva legal diz respeito à atribuição, por parte do texto constitucional, de determinada matéria à exigência de lei formal. Em outras palavras, a reserva legal aplicada ao Direito Administrativo Sancionador informa sobre a necessidade de lei anterior que discipline as condutas transgressoras e suas respectivas sanções, bem como a forma de procedimento do Estado na apuração e punição face a tais comportamentos (MARRARA, 2014). No contexto sancionatório, pode-se aproximar o conceito de reserva legal à ideia de que a sanção a ser aplicada exige que o ato típico (infração) esteja descrito previamente na lei, determinando também sua forma de apuração.

Há, ademais, duas espécies de reserva legal. Tem-se reserva legal absoluta quando a Constituição determina que certa matéria é reservada à lei estrita, anteriormente discutida e aprovada pelos representantes do povo e posteriormente sancionada pelo Chefe do Executivo, não podendo ser regulada por qualquer outro elemento infralegal. Já a reserva legal relativa admite que a matéria seja influenciada por outras fontes infralegais, contribuindo para sua maior flexibilidade, ainda que seu cerne esteja determinado por lei específica. Um exemplo da reserva legal relativa é a possibilidade, pelo Estado, de alteração de impostos por meio da edição de decretos, ainda que, para tanto, deva respeitar integralmente a legislação tributária nacional e seus parâmetros (SILVA, 2000).

Intimamente relacionado ao princípio da legalidade e dentro de um contexto de devido processo legal, há que se observar a incidência do princípio da prescrição. A prescrição pode ser compreendida como o lapso temporal conferido pela lei para que o poder público exerça a competência de aplicar a sanção em face do particular que praticou a infração (CÂNDIDO, 2009). Em outros dizeres, a pretensão punitiva da Administração em decorrência de supostas transgressões praticadas no curso das licitações ou da execução contratual precisa ser exercida dentro do prazo legal. Referido instituto tem por finalidade a pacificação social almejada em todo Estado Democrático de Direito.

Importante mencionar que a Lei nº 8.666/93 não possui dispositivo expresse a tratar do prazo prescricional. Nesse caso, seria possível a aplicação analógica do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.873/99, segundo o qual a pretensão punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, prescreve no prazo de 5 (cinco) anos, contados do cometimento do fato ou, no caso de infração continuada ou permanente, do dia em que tiver cessado (BRASIL, 1999). Por sua vez, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos supriu essa lacuna legislativa ao

disciplinar a prescrição em dispositivos próprio, embora confusos e até mesmo de difícil compreensão², cujos detalhes serão abordados nos capítulos seguintes deste trabalho.

Conforme já mencionado, como consequência do princípio do devido processo legal, tem-se a essencialidade do princípio do contraditório e da ampla defesa, intimamente conectados ao Estado de Direito. O contraditório é o irmão siamês da ampla defesa, representado pelo direito do interessado se manifestar no processo de modo a influenciar sua decisão final. Vale dizer: deve-se garantir uma efetiva participação dos sujeitos do processo, a fim de se promover a igualdade substancial e a plenitude do contraditório (GUARDIA, 2014).

Desta feita, pode-se concluir incompatível com o devido processo legal a omissão administrativa dos atos próprios do processo sancionador nas contratações públicas. É direito do afetado ser devidamente citado da existência do processo, intimado da possibilidade de produção de provas, da participação de audiência e de oitivas de testemunhas. Enfim, o contraditório é inerente ao conhecimento dos atos e fatos do processo, para que deles a parte interessada possa se manifestar e se defender, valendo-se de todos os meios admitidos no direito para provar a verdade dos fatos.

Em relação à defesa no processo administrativo, como o próprio nome do princípio indica, ela deve ser ampla e não pode ser impossibilitada ou embaraçada, sob o risco de se ver aproximação a um Estado autoritário, em absoluta colisão com a ideia de democracia. O interessado tem o direito de participar ativamente do processo e se manifestar em todas as suas fases. Disso decorrem diversos direitos e possibilidades, como o direito de petição aos poderes públicos e de obtenção de certidões em repartições (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIV, alíneas “a” e “b”), o direito de defesa técnica mediante representação por advogado ou, até mesmo, dispensando a participação do patrono (Súmula Vinculante nº 5 do STF³), direito à comunicação, à produção de todas as provas lícitas e úteis ao processo, à apresentação de alegações finais e à interposição de recursos (Lei nº 9.784/99, artigo 2º, parágrafo único,

² “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. [...]”

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa” (BRASIL, 2021, p. 60).

³ Na íntegra: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. In: STF. **Súmula Vinculante nº 5**. Aprovado em: 07 mai. 2008. Publicado no Diário de Justiça em: 16 mai. 2008.

inciso X). Ademais, a ampla defesa confere ao litigante o direito de permanecer em silêncio, se assim o desejar, a fim de não produzir prova desfavorável a seus interesses.

Conexo aos parâmetros de justiça e legalidade, bem como a fim de estar de acordo com o princípio do contraditório e da ampla defesa, necessário que o processo seja conduzido e decidido por agente público imparcial e, portanto, sem visão preconcebida sobre os fatos. No âmbito do processo administrativo, essa ideia ganha mais relevo, haja vista que a litigância é entre o particular e a própria Administração Pública – que também irá decidir os resultados e, eventualmente, as sanções a serem impostas. Por isso, espera-se que o responsável pela condução do processo e, sobretudo, a autoridade competente para decidir, sejam isentos e imparciais, de modo que não tenham formado previamente qualquer convencimento sobre o resultado da demanda.

É exatamente por essa razão que a Lei de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal⁴ dedicou o Capítulo VII para os casos de impedimento e suspeição do servidor ou autoridade. Nessa linha, estão impedidos de atuar no processo administrativo aqueles que tenham interesse direto ou indireto na matéria (*Ibidem*, artigo 18, inciso I), participaram ou venham a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao seu cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau (inciso II), ou, ainda, se estiverem litigando com a parte do processo ou seu cônjuge/companheiro (inciso III). Já a suspeição se refere a casos de amizade íntima ou inimizade notória com o interessado ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau (*Ibidem*, artigo 20).

Além de imparcial, é desejável que o responsável pela condução e julgamento do processo esteja previamente definido para a demanda antes mesmo do surgimento da controvérsia. É a ideia consagrada na Constituição da República do juízo natural ou da impossibilidade de juízo ou tribunal de exceção, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXVII, da Carta Maior. Espera-se que o órgão ou entidade responsável pela apuração da infração praticada no âmbito administrativo possua comissão, servidores ou autoridades previamente constituídos para condução e decisão do processo.

Vale ressaltar que estruturas administrativas menores, como ocorre na maioria das repartições públicas municipais, não possuem quadro de servidores capazes de definição *a priori* do encarregado de conduzir o processo. Pelo contrário, a depender do número de

⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 29 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/1e1s/19784.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

servidores de determinado órgão ou entidade, não é raro a concentração de atribuições em um mesmo servidor, o que vai de encontro princípio da segregação de função expressamente previsto no texto da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁵. Isso, no entanto, não afasta a necessidade da imparcialidade dos responsáveis pela condução do processo sancionatório.

Por sua vez, a recorribilidade é princípio implícito consagrado no texto constitucional e, de igual modo, decorre do postulado do devido processo legal. É o direito que todo litigante possui de ter a decisão apreciada por outra instância, também imparcial, por meio da interposição de recursos próprios. Em âmbito federal, o artigo 57 da Lei do Processo Administrativo estabelece que, regra geral, o recurso tramitará no máximo por três instâncias. Já o artigo 56 da citada Lei assegura a possibilidade de recorrer de decisões por razões de legalidade e de mérito” (BRASIL, 1999). Com efeito, das decisões administrativas que lhes são contrárias, o interessado pode interpor recurso, seja para nova discussão acerca de eventuais ilegalidades, seja por razões de mérito administrativo.

Em matéria de contratações públicas, ganha relevo o direito à recorribilidade no curso dos procedimentos licitatórios publicados sob a égide da Lei nº 10.520/2002, que cria a modalidade pregão, para contratações de bens e serviços comuns⁶. Conforme alude o artigo 4º, inciso XVIII da citada lei, declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões recursais, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias. Conforme disposto na norma, esta é a única possibilidade que o licitante terá para se manifestar nos autos do processo licitatório, o que ressalta a importância desse princípio.

Ademais, conflita com os postulados da Democracia e do devido processo legal e, portanto, é vedada a possibilidade de *reformatio in pejus* em sede recursal. Admitir a possibilidade de agravar a situação do apenado, por óbvio isso seria um obstáculo ao exercício do direito de recorrer e da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição (FIGUEIREDO, 1997). Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.784/99 exige notificação prévia

⁵ “Art. 7º [...]. § 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação” (BRASIL, 2021, p. 08).

⁶ “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2002, p. 01).

ao recorrente para que ele possa formular suas alegações antes de eventual decisão que possa lhe trazer gravames.

Apesar de não haver previsão expressa no texto constitucional, decorre do devido processo legal – assim como do princípio de justiça que impera em um Estado Democrático – a noção de proporcionalidade e razoabilidade da decisão. Embora se reconheça a discussão doutrinária, não é objetivo do presente trabalho maiores aprofundamentos sobre as semelhanças e diferentes entre “proporcionalidade” e “razoabilidade”, tampouco o exame acerca de seu correto enquadramento na teoria da norma jurídica – se regra, se princípio (SILVA, 2003). Para os fins aqui aplicáveis, considera-se que a proporcionalidade e razoabilidade são princípios a pautarem todo o procedimento administrativo, admitindo-se, portanto, sua diferença e, ao mesmo tempo, sua proximidade. Isso posto, necessário que a decisão a ser tomada no processo administrativo – isto é, na primeira instância ou em grau de recurso – seja proporcional à conduta reprovável do particular.

Para ser proporcional e razoável, a reprimenda aplicada deve ser adequada, necessária e dentro dos padrões de compatibilidade entre meios e fins, sob pena de revisão em sede de controle judicial. Algumas indagações acerca do tema podem guiar o estabelecimento das sanções, como por exemplo: seria de fato necessário instaurar o processo de responsabilização diante da conduta analisada? A suposta infração em tela possui relevância jurídica para movimentar a máquina pública? Os benefícios obtidos com a apuração e sanção são suficientes para justificar os seus custos? A sanção imposta é adequada, dentro da medida que o caso reclama? Esses questionamentos podem auxiliar os responsáveis pelo procedimento sancionatório a verificar se as penas aplicadas são caracterizadas por proporcionalidade e razoabilidade; caso não sejam razoáveis ou proporcionais, tem-se assim um elemento a ser utilizado como argumento recursal.

Como não poderia deixar de ser, é direito do indivíduo a necessária celeridade na tramitação do processo administrativo. Afinal, de nada adiantaria uma decisão extremamente acertada, mas emitida décadas após o cenário ensejador do procedimento. O artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 assegura a todos a duração razoável do processo judicial ou administrativo e os meios que garantam sua tramitação de forma célere (BRASIL, 1988). A instauração do processo por si só gera estresses e inconvenientes ao particular que, por vezes, tem seu destino vinculado à decisão proferida depois de anos de tramitação.

No mesmo sentido, para a Administração Pública, o processo de apuração de responsabilidade é oneroso e burocrático. Assim sendo, como consequência lógica, tem-se que a celeridade processual está intimamente conectada à eficiência administrativa: um processo

deve ser ágil, poupar custos desnecessários à Administração e que preservar os direitos e garantias do interessado. O perfeito equilíbrio entre esses elementos é dificultoso; em razão disso, no cenário concreto do procedimento sancionatório, indispensável que as garantias do particular sejam preservadas, ainda que com maiores custos e maior dispêndio de tempo, sob o risco de se infringir o texto constitucional e, assim, aproximar-se de comportamento autoritário. Frise-se que devido processo legal traduz a noção de Estado Democrático de Direito e democracia não comporta atos arbitrários e autoritários do gestor público.

Ao final da instrução processual, espera-se que a decisão a ser tomada pelo gestor seja justa, proporcional e observe todos os preceitos do devido processo legal, não cabendo dupla punição para um mesmo fato transgressor. Essa é a concepção do consagrado princípio do *non bis in idem*, o que não afasta a possibilidade de uma mesma conduta transgressora dar ensejo a duas sanções administrativas previamente estabelecidas na lei (FLEURY, 2016). De igual modo, a proibição do *bis in idem* não impede que, por um mesmo fato da vida, o transgressor possa ser punido na esfera administrativa, civil e penal.⁷

Dessa forma, não fere o princípio do *non bis in idem* a aplicação cumulativa da sanção de multa com a sanção de declaração de inidoneidade, conforme expressamente previsto no atual⁸ e no novo regime⁹ das contratações públicas, a depender da gravidade da conduta transgressora. O que tal princípio prescreve é a proibição de uma nova punição a ser aplicada pela Administração por fatos que foram devidamente apurados e culminados com a imputação ao particular de sanção pretérita. A lei, dentro dos parâmetros constitucionais, deve estipular as sanções, ainda que múltiplas, razoáveis e proporcionais à conduta, para a correta observância desse princípio.

⁷ “Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar” (BRASI, 1993, p. 43).

⁸ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

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

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.

§ 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” (*Ibidem*, P. 43-44).

⁹ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: [...]

II - multa;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 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” (BRASIL, 2021, p. 59).

Para o encerrar desta seção, essencial tratar do princípio da motivação que deve permear toda decisão da autoridade pública. Por esse princípio, o administrador tem o dever de indicar os fundamentos de fato e de direito que embasaram a tomada de determinada decisão no âmbito administrativo, demonstrando a correlação lógica entre os fatos imputados ao particular e as providências adotadas pela Administração, e não se resume à mera fundamentação legal (GROTTI, 1998). Assim como todos os outros enumerados neste trabalho, é possível inferir que tal princípio decorre do devido processo legal e é corolário do Estado Democrático de Direito, na medida em que serve de fundamento jurídico para validar a finalidade, a legalidade e a moralidade da conduta do agente público.

Dada a relevância, o princípio da motivação foi previsto expressamente no artigo 5º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, embora não se tenha dúvida de sua aplicação na égide da Lei nº 8.666/93. Inclusive, já havia previsão expressa no artigo 2º da Lei do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999), aplicável ao processo sancionador. Enfim, a motivação denota o reforço à transparência e ao controle dos atos administrativos, característica própria da democracia que a ordem constitucional tanto anseia.

Para se apresentar a estrutura do regimento legal que ordena o Direito Administrativo Sancionador – DAS, na seção a seguir serão analisadas as normas que o caracterizam. No entanto, não se passará, ainda, à análise das normas específicas do DAS nas contratações públicas, atividade essa que será realizada nos capítulos 2 e 3. Neste momento, serão analisadas somente as leis esparsas que, apesar de informadoras do processo de sanção administrativa, não estão a ela restritas, também regulando outros campos do ordenamento.

1.3 As normas aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador

Antes de se proceder à análise dos dispositivos legais presentes nas Leis de Licitações e Contratos Administrativos (tanto a Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993, quanto a nº 14.333, de 1º de abril de 2021) e à comparação entre eles, faz-se necessário apresentar, ainda que sucintamente, quais normas estão relacionadas ao Direito Administrativo Sancionador e que se mantêm mesmo com a vigência da Nova Lei de Licitações. Com isso, pretende-se fornecer, a eventual aplicador da disciplina administrativa ou particular interessado, subsídios que parametrizem a atuação da Administração Pública quando da instauração de processo administrativo sancionador. Frise-se, ainda não serão analisados os dispositivos específicos de

licitações e contratos, mas somente aqueles que estão, de algum modo, conexos ao poder sancionador da Administração Pública.

Para tanto, serão analisados os dispositivos mais relevantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), da Lei do Processo Administrativo Federal (nº 9.784/1999), da Lei do Pregão (nº 10.520/2002), da Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (nº 12.462/2011), da Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e, por fim, da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992).

Para tanto, necessário iniciar rememorando a aplicabilidade da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), que será essencial ao presente trabalho. Dada a relevância, na aplicação desse novo marco legal das contratações públicas, o legislador determinou a observância de diversos princípios norteadores da Administração Pública, bem assim das disposições contidas na LINDB¹⁰.

Conforme explícita disposição do artigo 4º da LINDB, ainda que haja omissão legislativa, o julgador não pode se omitir, devendo exarar sua decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942). Redação semelhante está prevista no artigo 140 do Código de Processo Civil, segundo a qual o juiz não pode deixar de decidir sob a alegação da existência de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico (BRASIL, 2015). Em relação à analogia, procedeu-se, na seção 1.1 deste trabalho, a aproximar o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, de maneira a ilustrar a possibilidade de se estabelecer analogias entre esses dois campos do conhecimento, na hipótese de omissão na legislação administrativa, desde que respeitando as diferenças entre seus regimes jurídicos.

Os princípios gerais do direito, sendo alguns deles responsáveis por guiar o Direito Administrativo Sancionador, foram expostos na seção 1.2, demonstrando algumas das balizas que o aplicador da lei administrativa deve ter em mente quando do estabelecimento de sanções. O único elemento faltante, para ter-se analisado por inteiro o artigo 4º da LINDB, seriam os costumes vigentes no campo da Administração Pública, o que se fará na seção 1 do capítulo 3 deste trabalho.

Prosseguindo, o artigo 5º da LINDB também é fundamental para a análise da Nova Lei de Licitações. Como disposto, o juiz deve atender aos fins sociais pretendidos pela norma e às

¹⁰ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (BRASIL, 2021, p. 05).

exigências do bem comum (BRASIL, 1942). Tratando-se de processo administrativo sancionador, o responsável por elaborar a decisão deve, primeiro, considerar qual a intenção social da Lei (sendo, no caso do Direito Administrativo, o objetivo primário a defesa da coletividade e seus interesses). Com isso, há concomitante proteção às exigências do bem comum, igualmente disposto nesse artigo 5º.

Tem-se, nesse sentido, que o ente sancionador deve sempre pautar sua atuação na defesa do bem comum, desde que respeitados as normas e os princípios constitucionais. No entanto, isso não concede a permissão de justificar eventual ação autoritária com base no interesse coletivo, motivo pelo qual exige-se alta reflexão e precisão do ente sancionador. Na hipótese de superproteção do interesse coletivo, poderia restar caracterizada a infração aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, de maneira que, na tentativa de proteger o Estado, acabaria restando caracterizada violação ao Estado Democrático de Direito.

Com essas normas gerais postas, pode-se avançar à legislação mais diretamente conectada ao DAS, trabalhando-se as leis esparsas que auxiliam a estabelecer as fundações do processo administrativo sancionador. Inicia-se esta sucinta análise, pois, com a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Em seu artigo 1º, a mencionada lei já menciona seu objetivo, que é estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, sobretudo, a proteger os direitos dos indivíduos e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (BRASIL, 1999).

Como já extensivamente colocado ao longo deste trabalho, a finalidade central do processo administrativo sancionador, bem como do Direito Administrativo em geral, é a defesa do interesse público; isso se reflete na redação desse primeiro artigo, reconhecendo-se que sua finalidade é, justamente, a proteção dos direitos dos administrados. Assim sendo, quando se pensa em sanção administrativa, tais reprimendas devem ser imputadas com propósito fulcral de defesa dos direitos coletivos, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em seguida, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 traz, explicitamente, os princípios que regem a aplicação do procedimento administrativo federal. Conforme disposição desse artigo, o poder público deve obediência aos princípios norteadores da Administração Pública, com destaque para a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL, 1999). Apesar de não inovar (já que o Direito Administrativo como um todo deve ser prioritariamente pautado nesses princípios), é didático que o legislador tenha decidido colocá-los no início da Lei, com

o fito de reforçar a base axiológica sobre a qual o processo administrativo deve se estruturar. O mesmo se aplica ao parágrafo único desse artigo¹¹, ao reiterar que a Administração Pública deve se pautar na defesa do interesse da coletividade, fazendo ecoar a redação do artigo 5º da LINDB.

Encerrando a breve análise dessa lei, menciona-se seu artigo 68, parágrafo único, único item que dispõe explicitamente sobre o processo sancionatório. De acordo com sua redação, as sanções devem ser aplicadas por autoridade competente e terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa (BRASIL, 1999). Como se percebe, a lei falhou em, ao menos, apontar parâmetros mais específicos para o processo sancionatório, as penas comináveis e os limites da atuação e da sanção administrativa, de maneira que faz necessário o estudo de outras leis esparsas e mais específicas, trabalhadas a seguir.

Começando-se com a Lei do Pregão (nº 10.520, de 17 de julho de 2002), constata-se que ela trouxe, em seu artigo 7º, disposição acerca do direito sancionatório administrativo, expondo normas de direito material e de direito processual em um único dispositivo. Como se vê por sua redação, tal regramento não diz respeito especificamente à modalidade licitatória denominada pregão, sendo desnecessária sua inserção em lei específica, como foi realizado. De qualquer forma, de acordo com o artigo 7º¹², a consequência para o particular que realizar alguma das condutas ali especificadas será o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo de multas e demais sanções previstas no edital e no contrato.

Redação bastante semelhante foi inserida no artigo 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (nº 12.462, de 4 de agosto de 2011). De igual forma à Lei do Pregão, ela possui somente um artigo condizente às sanções administrativas comináveis ao licitante ou

¹¹ “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; [...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...]

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; [...]

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; [...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” (BRASIL, 1999, p. 01)

¹² “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, 2002, p. 05).

contratado que realize alguma das condutas descritas, impedindo-o de licitar e contratar com a Administração Pública por 5 anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e demais cominações legais. Percebe-se que não há inovação quando comparado ao artigo da Lei do Pregão, mas estabelecendo, como elencado no § 2º do artigo em tela¹³, um diálogo das fontes, de modo que as sanções administrativas nela cominadas poderiam ser aplicadas também aos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993.

Já a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção abrangeram normativos mais específicas aos seus respectivos processos administrativos sancionatórios. Tratando-se dessa primeira (Lei nº 8.429/1992¹⁴), em seu artigo 12, estabeleceu-se as sanções imputáveis ao responsável por ato de improbidade, sanções essas independentes do dever de reparação integral do dano patrimonial efetivamente causado à da Administração Pública, bem como da possibilidade de responsabilização criminal, civil e administrativa prevista em legislação específica. Convém, antes de avançar ao estudo das sanções, verificar-se quais são as condutas tipificadas pela lei, nos artigos 9º, 10 e 11.

Pela redação do artigo 9º¹⁵, a Lei inicia tipificando as condutas dolosas que enriqueçam ilicitamente o responsável, realizada de qualquer forma no uso de sua função pública e importando prejuízo para o ente público. Para tal infração, cominou-se, no artigo 12, inciso I¹⁶,

¹³ “Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 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 (*Ibidem*, p. 03).

¹⁴ Com o advento da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429, de 2 de junho de 1992) sofreu diversas alterações em seu texto, inclusive no que se refere aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam dano ao erário (artigo 10) e que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11). A partir dessa mudança legislativa, danos causados por culpa simples – imprudência imperícia ou negligência não configuram mais atos de improbidade administrativa, exigindo-se a comprovação do dolo, ou seja, da vontade livre e consciente do agente público para alcançar o resultado ilícito.

¹⁵ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:” [...] (BRASIL, 1992, p. 03).

¹⁶ “Art. 12. [...]”

as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa, proibição de contratar com o poder público e/ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Como visto anteriormente, a proibição de contratar com o poder público também estava disposta na Lei do Pregão e na Lei do RDC, mas restritas ao prazo máximo de até 5 anos, que, neste artigo da Lei de Improbidade, foi estendido para até 14 anos.

Em seguida, o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa¹⁷ tipificou aquelas condutas ou omissões dolosas que, embora não ensejem o enriquecimento ilícito do autor, acabam por lesar o erário. Verifica-se, portanto, que, nesta modalidade, a infração não precisa resultar em benefício patrimonial ao agente, mas somente causar prejuízo à Administração Pública. A sanção cominada a esta infração é idêntica ao daquela aplicada à conduta descrita no artigo 9, com uma exceção: o prazo máximo para a suspensão dos direitos políticos e de impedimento de contratar com a Administração Pública é reduzido de 14 para 12 anos¹⁸. É, portanto, tipo sancionatório menos grave que o anterior.

O último tipo de conduta tipificada na Lei consta em seu artigo 11¹⁹, que descreve atos comissivos ou omissivos dolosos que se manifestem enquanto infrações aos princípios da Administração Pública, tais como honestidade, imparcialidade e legalidade. Esse rol de princípios não pode ser considerado como taxativo, mas somente exemplificativo, dado que a função pública se encontra abrangida pela principiologia administrativa e, assim sendo, herda todos os deveres oriundos da sua base axiológica.

Para essas condutas, o artigo 12, inciso III²⁰ da Lei de Improbidade determina o pagamento de multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração do agente. Ademais, seguindo

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;" (*Ibidem*, p. 07).

¹⁷ "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...]" (*Ibidem*, p. 04).

¹⁸ "Art. 12. [...]"

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;" (*Ibidem*, p. 07).

¹⁹ "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...]" (*Ibidem*, p. 05).

²⁰ "Art. 12. [...]"

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou

a mesma teleologia dos artigos anteriores, aplica-se a proibição de contratar com o poder público, desta vez pelo prazo máximo de 4 anos. É, portanto, a conduta típica menos gravosa dentre as três, para a qual não se aplica, por exemplo, a perda da função pública – o que, dependendo do nível de infração aos princípios administrativos, poderia mostrar-se necessário.

A Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013), última a ser abordada nesta seção, é a norma que mais detalhadamente tratou das condutas sancionáveis, suas respectivas penas e do processo administrativo responsável pela averiguação de eventuais irregularidades, tendo verdadeiramente criado um microsistema sancionador de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos que atentem e causem lesão à Administração Pública nacional ou estrangeira (FERREIRA, 2019). Importante notar que essa norma diz respeito especificamente à prática, por pessoas jurídicas, de atos contra a Administração Pública. Objetivou-se combater a prática de atos de corrupção das pessoas jurídicas especialmente em licitações e contratos – não tratando, portanto, da corrupção praticada por pessoa física, que já se encontra tipificada na legislação penal ordinária.

A descrição do rito do processo administrativo sancionador começa a ser exposto a partir do artigo 8º da Lei, indo até seu artigo 15. Já os artigos 10 e 11²¹ dispõem sobre como será composta a comissão de apuração e o prazo para o término da investigação. O Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022 regulamenta os dispositivos da Lei Anticorrupção e trata de maiores detalhes e aprofundamentos do processo de responsabilização. Em razão da extensão e complexidade da norma em tela, somente alguns de seus artigos pertinentes ao processo administrativo serão abordados, sem a menor pretensão de esgotar o assunto.

A disposição legal acerca das sanções aplicáveis às condutas tipificadas nessa Lei possui redação simples. Conforme se vê no artigo 6º²², a sanção administrativa cominável é, essencialmente, patrimonial. Como disposto no inciso I, tem-se a possibilidade de aplicação de

incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;” (*Ibidem*, p. 07).

²¹ “Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis. [...]”

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.” (*Ibidem*, p. 03).

²² “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória” (BRASIL, 2013, p. 02).

multa de 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício, e, conforme o inciso II, tem-se a publicação extraordinária da decisão condenatória. Por sua vez, o artigo 19²³ estabelece outras possibilidades sancionatórias, desde que realizadas por meio judicial e por iniciativa dos entes públicos e isso não configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*, conforme já debatido na seção anterior deste trabalho.

Um elemento notável dessa Lei, e que poderia estar presente nas normas já expostas, é o estabelecimento pelo legislador, no artigo 7^o²⁴, de parâmetros para a dosimetria das sanções a serem imputadas, dando maior transparência, ao particular e ao agente público, acerca do racional do processo decisório. Tais balizas, desde que efetivamente utilizadas pelo ente julgador quando da proferição da decisão e consequente sanção, permitem ao interessado verificar, com mais clareza, o ato decisório, propiciando também argumentos para eventual recurso. Verifica-se, portanto, que tal normativa concretiza o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, fornecendo parâmetros para a aplicação da penalidade.

²³ “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé” (BRASIL, 2013, p. 07-08).

²⁴ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; [...]” (BRASIL, 2013, p. 02-03).

Encerrando-se essa prévia análise, importante tratar das normas relativas ao acordo de leniência, dispostas entre os artigos 16²⁵ a 17²⁶, que pode ser visto como instrumento de fomento à capacidade investigativa do Estado em prol do interesse público (ZIMMER, 2019). Enquanto o artigo 16 trata da possibilidade da realização do acordo de leniência com pessoas jurídicas envolvidas nas infrações tipificadas na Lei Anticorrupção, o 17 dispõe sobre sua aplicabilidade às infrações dispostas na Lei de Licitações. Dada a relevância, no próximo capítulo serão aprofundados maiores detalhes deste importante mecanismo de manutenção da atividade empresarial.

Deve-se rememorar, neste ponto, que a Lei Anticorrupção tem aplicação restrita às pessoas jurídicas, não se aplicando às pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção ou de infração licitatória. Em razão disso, seria importante haver previsão, em lei específica, acerca da possibilidade de cooperação de pessoa física, envolvida nas infrações, que possa auxiliar nas investigações e no processo administrativo sancionatório. Como exemplo, tem-se a previsão da Colaboração Premiada, na Lei de Organizações Criminosas (nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), em seus artigos 3º a 7º, que possibilita a participação de pessoas físicas no procedimento investigatório, com consequentes benesses judiciais. No entanto, a Colaboração Premiada é instituto essencialmente penal e judicial, não pode ser automaticamente transladada aos processos administrativos sancionatórios – já que, conforme exposto na seção 1.1, esses dois campos possuem objetivos e regimes jurídicos diferentes.

Tendo se apresentado algumas das normas conexas às Leis de Licitações, pode-se prosseguir, no capítulo seguinte, à análise dessas normas específicas. Sendo que já foram abordadas neste capítulo, as normas esparsas não serão tratadas com maior profundidade nos

²⁵ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. [...] (*Ibidem*, p. 05-06).

²⁶ “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (*Ibidem*, p. 06).

capítulos seguintes, passando a focar-se nas normas específicas que envolvem as contratações públicas. Quando necessário, haverá menção dos institutos tratados nesta seção, mas, como posto, evitando-se digressões à legislação extravagante.

2 O DIREITO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: AVANÇOS E RETROCESSOS

Apresentados os contextos atinentes ao devido processo legal e seus elementos informadores, neste capítulo destacaremos o direito sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A fim de se compreender integralmente os avanços e retrocessos legislativos, faz-se necessário o estudo comparativo entre os dispositivos constantes no antigo regime das contratações públicas (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011) e o novo regime (Lei nº 12.462/2011). Vale registrar que essas regras da então Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos irão subsistir no ordenamento jurídico pátrio até o ano de 2034, como se verá mais adiante.

Os contratos administrativos celebrados pelo poder público gozam de prerrogativas e garantias que os distinguem do direito civil comum. No entendimento de Justen Filho (2019), em sua obra dedicada ao estudo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tal negócio jurídico se caracteriza por um regime de direito público que confere à Administração um conjunto de prerrogativas diferenciadas, comumente denominadas de ‘prerrogativas extraordinárias’ ou ‘cláusulas exorbitantes’.

Em razão desse horizonte jurídico, tem-se que as partes do contrato administrativo não estão situadas em posição de igualdade, nem tampouco de simetria em direitos e obrigações (PESTANA, 2021). Nesse contexto, ganha relevo o poder-dever da Administração em aplicar sanções à contratada pela inexecução total ou parcial do ajuste, sempre de forma motivada e garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para organização dos trabalhos, este capítulo foi dividido em 3 (três) seções, sendo que a primeira abordará os Meios Alternativos de Solução de Controvérsia previstos na nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021), bem como o Acordo de Leniência disposto na Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013). A segunda seção, por sua vez, será responsável por tratar das normas materiais do direito sancionador no âmbito das contratações públicas. Por fim, a terceira seção cuidará das normas processuais, ressaltando, ainda, as lacunas normativas existentes no novo marco legal das contratações públicas.

2.1 Os Meios Alternativos de Solução de Controvérsia e o Acordo de Leniência

A Constituição da República de 1988 assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²⁷. O consagrado princípio da inafastabilidade de jurisdição, contudo, não atribui ao Poder Judiciário a exclusividade ou monopólio de acesso à justiça. Por essa razão é que o legislador trouxe uma nova dinâmica no atual Código de Processo Civil: tal lei admite, expressamente, determina que o Estado promova a solução consensual dos conflitos, e exige de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o estímulo à utilização de conciliação, mediação e outros métodos consensuais, ora no curso do processo judicial, ora no âmbito administrativo²⁸. Daí a ideia de justiça multiportas: para além do Poder Judiciário, o legislador colocou à disposição do interessado várias formas de se fazer justiça.

Não é de hoje que a Administração Pública utiliza os Meios Alternativos de Solução de Controvérsias (MASC), inclusive em âmbito administrativo. Apenas a título exemplificativo, citam-se a Lei nº 11.079/2004 (Lei da Parceria Público-Privado) e a Lei nº 11.196/2005 (alterou a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – nº 8.987/95), que possibilitaram a previsão mecanismos privados de solução de controvérsias, inclusive arbitragem, nos contratos de parceria público-privada e nos de concessão de serviços públicos, respectivamente; a Lei nº 13.129/2015 (alterou a Lei de Arbitragem – nº 9.307/96), que permitiu a arbitragem na administração pública direta e indireta em conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis; a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), que permitiu aos entes da federação a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos; e o atual CPC (Lei nº 13.105/2015, artigo 3º, § 2º c/c artigo 174), que criou para o Estado o dever de promover a solução consensual de conflitos, inclusive mediante a criação de câmaras de mediação e conciliação.

De igual modo, em âmbito regulamentar há diversas normas que admitem a utilização dos MASC pela Administração Pública. É o caso do Ato Regimental nº 05/2007 da AGU, que

²⁷ “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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988, p. 04).

²⁸ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015, p. 01).

cria a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF; da Resolução nº 125/2010 – CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário; do Decreto nº 10.025/2019, que prevê a arbitragem nos contratos de infraestrutura; e da Resolução nº 697/2020 do STF, que dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal.

As Cortes superiores também reconhecem a utilização dos MASC pela Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em mais de uma oportunidade se manifestou pelo cabimento do juízo arbitral nos contratos celebrados pelo Poder Público (ex.: REsp 612.439/RS, SEGUNDA TURMA, DJ 14/09/2006, p. 299; REsp 606.345/RS, SEGUNDA TURMA, DJ 08/06/2007, p. 240; e MS 11.308/DF, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008). Nessa mesma linha é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), no precedente do AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382.

Mesmo diante de decisões das Cortes Superiores e de tantas normas prevendo a utilização dos MASC (em especial da arbitragem) pelos órgãos e entidades da Administração Pública, havia controvérsias sobre sua utilização no curso das licitações e contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93. Isso porque essa Lei não continha dispositivo expresso autorizando o gestor a se valer desses mecanismos na composição dos conflitos oriundos das contratações públicas. Calcado nessa premissa de uma interpretação mais restritiva, o Tribunal de Contas da União – TCU por mais de uma vez se manifestou pela ilegalidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos, ante a falta de amparo legal.

Inicialmente, essa proibição veio por meio da Decisão 286/1993-Plenário, proferida pela Corte de Contas em sede de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia. Naquela oportunidade, o TCU se manifestou no sentido de que:

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros) (TCU, Decisão 286/1993, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, DOU 04/08/1993 – p. 05).

Mais adiante, agora no bojo do Acórdão nº 584/2003-Segunda Câmara, a Corte de Contas decidiu que “não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos

princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade” (TCU, 2003, p. 20). Esse mesmo assunto foi revisitado na análise do recurso interposto contra essa decisão. Na oportunidade, o TCU reiterou seu entendimento por meio do Acórdão nº 537/2006-Segunda Câmara, “no sentido de que não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos” (TCU, 2006, p. 15).

Com o advento da nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos esse paradigma foi alterado, levando ao entendimento de que a insegurança jurídica que se operou pelas decisões do TCU deveria, portanto, ser afastada. O legislador expressamente previu a utilização dos MASC nos contratos administrativos, sobretudo a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputa e a arbitragem²⁹. Ademais, houve previsão de utilização da mediação, da conciliação ou do comitê de resolução de conflitos na definição quanto à necessidade de rescisão consensual dos contratos, desde que haja interesse da Administração³⁰. Além disso, a extinção do contrato também pode se operar por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral³¹.

Estabelece o artigo 151 da nova Lei que, nos contratos regidos por ela, poderão ser utilizados esses mecanismos de solução de contendas, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (BRASIL, 2021). Observa-se que o legislador deixou aberta a possibilidade de utilização de outros métodos na solução dos conflitos, pois o vocábulo “notadamente” denota a ideia de “em especial”, “especialmente”, “sobretudo”, mas não de “somente” ou “exclusivamente”. Interessante observar que a nova Lei admite a utilização dos MASC inclusive em contratos em andamento, conforme expressamente previsto no artigo 153. Nesse caso, tendo em vista que a autonomia de vontade é marca central dos

²⁹ “Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias” (BRASIL, 2021, p. 58).

³⁰ “Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: [...]

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração” (*Ibidem*, p. 54).

³¹ “Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: [...]

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial” (*Ibidem*, p. 55).

MASC, infere-se que esse aditamento só pode ocorrer por acordo entre o contratado e a Administração.

Merece destaque a preocupação do legislador quanto à natureza da controvérsia que admite a utilização dos MASC. Pela dicção do parágrafo único do artigo 150 a celeuma deve se restringir a direitos patrimoniais disponíveis. Por outro lado, ao exemplificar o que seriam esses direitos, o parágrafo único desse dispositivo menciona questões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações assumidas e a cálculos de. Com efeito, entende-se que a utilização dos MASC abarcará a maioria das controvérsias eventualmente surgidas na execução do contrato administrativo, haja vista estarem relacionadas com descumprimento de obrigações e discussão acerca do cabimento de repactuação, reajuste ou revisão dos preços.

O atual Código de Processo Civil traz uma distinção entre os clássicos métodos autocompositivos. A conciliação teria cabimento nos casos em que não exista vínculo anterior entre as partes e o conciliador poderá propor solução ao conflito³². Já a mediação seria utilizada nos casos em que houver vínculo anterior entre os envolvidos e o mediador terá o papel de auxiliar as partes com objetivo de restabelecer a comunicação entre eles. Nesse caso, o mediador não tem a função de propor a solução para o caso, mas de auxiliar as partes no processo de compreender a questão conflituosa e de identificar a solução consensual mais adequada³³.

Na prática seria possível pensar numa hipótese de mediação, por exemplo, no curso do acompanhamento e fiscalização do contrato, diante de uma divergência de posicionamento entre o fiscal e a contratada, para se evitar a instauração de processo apuratório. Nesse caso, o mediador teria o papel de auxiliar e aproximar as partes, com o objetivo de restabelecer a comunicação entre eles, identificando a solução consensual mais adequada ao caso sob discussão. Já a conciliação, por sua vez, poderia ser utilizada nas demandas surgidas no transcorrer da licitação, pois ainda não se estabeleceu vínculo entre a Administração e os licitantes. Seja como for, por aplicação analógica do CPC, seria incumbência do agente público

³² “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...]”

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem’ (BRASIL, 2015, p. 27).

³³ “Art. 165. [...] § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (*Ibidem*, p. 27).

promover a autocomposição, desde que observada a livre autonomia dos interessados³⁴, não sendo, portanto, uma imposição estatal.

A arbitragem como meio de solução de controvérsia envolvendo a Administração Pública ganhou relevo com o advento da Lei nº 13.139/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para prever expressamente essa possibilidade. Mas o assunto ainda é polêmico, sobretudo em razão da definição do objeto em discussão, que deve ser sempre um direito patrimonial disponível. Por essa razão, a convenção de arbitragem ganha relevância porque a Administração não pode adotar providências sem coerências e inconsistentes e com falta de planejamento (JUSTINO; FAIWICHOW, 2019). Ademais, estabelece a nova Lei Geral de Licitações que a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade³⁵, reproduzindo o que já havia prescrito a Lei de Arbitragem³⁶ e afasta alegações de subjetividade na decisão do árbitro.

A lei de Arbitragem é uma norma federal e, por essa razão, cabe ao STJ unificar sua interpretação³⁷, e decidir em caso de conflito de competência entre a jurisdição arbitral e a judiciária³⁸. Nesse contexto, essa Corte Superior firmou o entendimento da convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ademais, ficou esclarecido que a Administração Pública “ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica”³⁹.

³⁴ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...]

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (*Ibidem*, p. 22-28).

³⁵ “Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade” (BRASIL, 2021, p. 58).

³⁶ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...]

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996, p. 01).

³⁷ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (BRASIL, 1988, p. 64).

³⁸ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

I - processar e julgar, originariamente:

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;” (*Ibidem*, p. 63-64).

³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. EDcl no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 - RJ (2015/0076635-2). Rel. Min. Regina Helena Costa. Publicado no Diário de Justiça em: 18 out. 2018.

Por sua vez, o comitê de resolução de disputa ainda é uma novidade e a nova Lei não traz qualquer dispositivo conceituando esse instituto. Também conhecido como *dispute boards*, foi utilizado pela primeira vez no bojo da execução da segunda etapa do Túnel Eisenhower, em 1975, no estado americano do Colorado (WALD, 2004). Trata-se de mecanismo de resolução de conflito sem força jurisdicional, desenvolvido por engenheiros que buscavam minimizar os gastos com processos judiciais ou juízo arbitral em decorrência de problemas surgidos no curso dos contratos da construção civil internacional (SALLA, 2019).

No Brasil, os *dispute boards* foram empregados, pioneiramente e com sucesso, ainda em 2003, para resolver contendas envolvendo a construção da linha 4 – Amarela do metrô de São Paulo, por imposição do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, que financiara a obra do governo estadual paulista (JOBIM; RICARDINO; CAMARGO, 2016). Em âmbito normativo, o Município de São Paulo saiu na frente ao editar a primeira lei que regulamenta a criação e instalação dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas nos contratos administrativos continuados celebrados pela capital paulista (BRASIL, 2018)⁴⁰. Importante notar que essa Lei da Prefeitura de São Paulo admite a utilização dos *dispute boards* para os contratos continuados celebrados com a Administração, não se limitando aos contratos de obras públicas.

Para os contratos de obras públicas, os comitês são formados, geralmente, em número de 3 (três) profissionais especialistas, isentos e independentes, podendo ser 2 (dois) engenheiros e 1 (um) advogado, não obstante admita-se outra formatação. Esses profissionais terão inteiro conhecimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes e irão acompanhar a execução da obra durante todas as fases, com objetivo de implementar a cultura de prevenção do litígio. Ademais, esses comitês podem atuar de forma revisional, adjudicatária ou mista: o comitê revisor auxilia as partes a chegarem na composição do problema, enquanto o de adjudicação emite recomendações vinculantes entre as partes; já o misto assume as duas funções, ou seja, orienta e emite decisões vinculativas (TRINDADE; SALIBA JÚNIOR; NEVES; SOARES, 2016).

A previsão expressa de utilização dos comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) afasta eventual questionamento sobre ofensa ao princípio da legalidade. Inclusive, foi com

⁴⁰ BRASIL. Lei Município de São Paulo nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Diário Oficial da Cidade, São Paulo/SP, 23 fev. 2018. Disponível em: <<http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>>. Acesso em: 17 ou. 2022.

fundamente nessa premissa que o TCU, em recente julgado⁴¹, determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que adotasse as medidas necessárias para que a aplicação dos referidos comitês somente ocorra após a edição de regulamentação. Referido julgado analisou os termos do processo de desestatização para acompanhar a outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR153/TO/GO e BR-080/414/GO.

Não se pode olvidar a complexidade de execução de uma obra, sobretudo as de médio e grande porte. Por mais bem planejada e projetada que seja, há uma grande probabilidade de surgirem “rusgas” no curso de sua execução, e isso ganha mais relevo ainda nas obras conduzidas pelo poder público. Embora seja um instituto relativamente novo em nosso país, percebe-se que a utilização dos comitês de resolução de disputa tende a ser cada vez mais demandada, uma vez que os resultados são muito promissores. Pelo menos em tese, os profissionais que compõem esses comitês possuem a expertise técnica e o conhecimento jurídico necessários para evitar a judicialização ou instituição do juízo arbitral para resolver as demandas oriundas desses grandes contratos. Com isso, ganham não só as partes contratantes, mas também o empreendimento a ser executado.

Do exposto, infere-se que a possibilidade de utilização dos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias oriundas dos contratos administrativos pode ser dividida em dois momentos distintos: antes e depois da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Da insegurança jurídica surgida com decisões defensivas do TCU, a nova Lei traz um capítulo expresso permitindo o uso dos MASC nas contratações, além de admitir aditamento contratual para sua utilização.

Isso tudo tende a contribuir com a pacificação social, economia processual e celeridade nas decisões, aumentando a eficiência administrativa, em conformidade com os princípios norteadores da Administração Pública previstos na Carta Maior⁴². Como resultado, todos saem ganhando, e não apenas pela otimização de tempo, recursos financeiros e esforços das partes em abrir mão de uma disputa judicial, como também pela ideia de preservação de cooperação entre as partes, algo fundamental para pôr fim à contenda, o que não deveria ser esquecido pelo poder público (JUSTINO; RAZZINI, 2020).

⁴¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - Acórdão 4037/2020 (Plenário). Rel. Min. Benjamin Zymler. Processo de desestatização para acompanhar a concessão das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A.; Ministério da Infraestrutura. Sessão extraordinária: 8 dez. 2020.

⁴² “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” (BRASIL, 1988, p. 24).

Realizada a análise dos MASC na nova Lei de Licitações, passemos aos apontamentos referentes ao Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção. De início, vale registrar que não é objeto do presente estudo a análise aprofundada dos dispositivos da Lei nº 12.846/2013, mas apenas pontuar os aspectos mais relevantes, o que já foi feito na seção 3 do primeiro capítulo deste trabalho. Por outro lado, admitindo que o Acordo de Leniência pode ser entendido como instrumento capaz de pôr fim a controvérsia em decorrência de infrações praticadas no bojo das contratações públicas, entende-se pertinente o esboço de breves considerações sobre o assunto.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos elenca os tipos sancionatórios passíveis de serem aplicados às empresas em seu artigo 162 – multa moratória –, e nos incisos I a IV do artigo 156 – advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade. Percebe-se, portanto, que essas sanções são semelhantes ao que já existia no artigo 86 e artigo 87, incisos I II e IV da Lei nº 8.666/93 e no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002. Infere-se que o legislador tipificou as sanções numa escala de gravidade da conduta. Com isso, para transgressões disciplinares leves, é possível aplicar advertência; para as médias, multas; já as graves, o impedimento de licitar e contratar; enquanto às gravíssimas, caberia a declaração de inidoneidade.

Observa-se a existência de diálogo das fontes entre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei Anticorrupção. Nesse sentido, estabelece o artigo 155, inciso XII do novo marco legal das contratações públicas que o licitante ou contratado será responsabilizado por praticar ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira, conforme previsto no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013. Além disso, o artigo 150 da nova Lei de Licitações determina que as infrações nela previstas e que também sejam tipificadas como atos lesivos à Administração Pública serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, de acordo com o rito processual e a autoridade competente definidos na referida Lei Anticorrupção.

A 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. Essa norma ficou conhecida no nosso ordenamento jurídico como Lei Anticorrupção e trata da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção praticados pelos seus dirigentes ou administradores em face da Administração Pública. A atual regulamentação e detalhamento dessa foi disciplinada pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

O legislador estabeleceu diversas condutas que constituem atos lesivos à Administração Pública nos incisos do artigo 5º dessa Lei. Entre eles, destacam-se a promessa ou oferecimento

de vantagem indevida, a fraude à licitação e o obstáculo à atividade de investigação ou fiscalização. Como consequência, a pessoa jurídica pode ser punida com fundamento nessa Lei, mediante a aplicação de severas multas, que podem chegar a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo apuratório, além de publicação da decisão condenatória⁴³. Isso tudo sem prejuízo de aplicação de demais sanções previstas na legislação própria de licitações e contratos⁴⁴, a exemplo de uma declaração de inidoneidade.

O acordo de leniência está disciplinado entre os artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção e no Capítulo IV (artigos 32 a 55) do Decreto regulamentar. Trata-se de procedimento que possibilita a cooperação das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção com determinada investigação administrativa. Em outras palavras, a pessoa jurídica admite a participação em certa infração e se compromete a cooperar com a investigação promovida pelo poder público, com o objetivo de obter determinados benefícios legais.

Por se tratar de um acordo, acredita-se que as partes envolvidas terão benefícios decorrentes de sua celebração: pelo lado do governo, a Administração terá o benefício de acesso a provas e documentos para elucidação dos fatos que dificilmente teria na ausência do acordo, bem como a cessação das atividades infratoras, além da confissão e da cooperação da pessoa jurídica envolvida no ilícito⁴⁵; já a pessoa jurídica se beneficiaria com a diminuição da multa, que pode chegar a 2/3, a permissão para continuar recebendo incentivos, benefícios e

⁴³ “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória” (BRASIL, 2013, p. 02).

⁴⁴ “Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992” (*Ibidem*, p. 09).

⁴⁵ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento” (*Ibidem*, p. 05).

empréstimos do poder público e a isenção ou atenuação das sanções impeditivas de direito de participar de licitações ou celebrar contratos com o poder público⁴⁶.

Vale ressaltar que tais benefícios não isentam a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado ao erário⁴⁷. O acordo de leniência, portanto, pode ser visto como instrumento de fomento à capacidade investigativa do Estado em prol do interesse público. E, como tal, merece prosperar a tese de que serve como mecanismos de desenvolvimento econômico, sobretudo para as grandes corporações que empregam milhares de pessoas, recolhem cifras significativas em tributos e contribuem com a geração de renda para a nação (ZIMMER, 2019).

Estabelece a Constituição Federal de 1988 que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos existência digna⁴⁸. Ademais, a Carta Política garante a todos o livre exercício da atividade econômica, admitida autorização do poder pública apenas nos casos previstos na lei⁴⁹. O desenvolvimento econômico de uma nação depende de políticas públicas que incentivem a participação da iniciativa privada na economia, seja por meio dos negócios estabelecidos com os particulares, seja por meio das contratações públicas.

Com efeito, é possível concluir que as compras públicas se inserem no contexto de desenvolvimento nacional sustentável, princípio expresso arrolado entre tantos outros no artigo 5º da nova Lei⁵⁰. Ocorre, no entanto, que contratar com o governo é uma atividade tecnicamente complexa: requer profissionalismo e expertise dos empresários, sobretudo para mitigar os riscos da atividade econômica. Entre os riscos envolvidos, há a possibilidade de a empresa ser

⁴⁶ “Art. 16. [...] §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (*Ibidem*, p. 05-06).

⁴⁷ “Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: [...]

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado” (*Ibidem*, p. 02-03).

⁴⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988, p. 101).

⁴⁹ “Art. 170. [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (*Ibidem*, p. 102).

⁵⁰ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (*Ibidem*, p. 01).

sancionada por transgressão disciplinar praticada no curso das licitações ou na execução contratual.

Sendo a empresa uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços⁵¹, o legislador deu especial atenção para sua preservação. Inclusive, o artigo 47 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, estabelece que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Infere-se, portanto, que o acordo de leniência encontra sua razão de existência nessa mesma fonte: trata-se de procedimento investigativo em que a pessoa jurídica colabora com o poder público no bojo das investigações e, em troca, recebe incentivos para manutenção da atividade empresarial e desenvolvimento econômico.

O empresário e os administradores da empresa têm o poder-dever de harmonizar as atividades empresariais segundo o interesse da sociedade, mediante a observância de determinados deveres positivos e negativos e isso constitui a função social da empresa (JUSTEN FILHO, 2010). A exploração da atividade econômica pelo mercado capitalista tem por objetivo central a aferição de lucro, mas isso não pode ocorrer calcado em atos de corrupção, o que justifica a necessidade de tipificação de condutas e de previsão de severas sanções para os infratores. Por outro lado, a celebração do acordo de leniência contribui para a preservação da atividade empresarial, solidifica sua função social e acarreta, por conseguinte, o desenvolvimento econômico da nação.

Para além disso, vale registrar que a celebração de Acordo de Leniência terá impacto direto e imediato em eventual processo de responsabilização instaurado no curso de licitações e contratos. Isso porque o artigo 158, § 4º, inciso II da nova Lei de Licitações estabelece a suspensão do prazo prescricional na ocorrência de celebração desse ajuste. Por essa razão, deve a autoridade competente verificar a ocorrência dessa prejudicial nos autos do processo apuratório.

Feitas essas considerações sobre o Acordo de Leniência, passemos à análise das normas materiais sancionadoras previstas na nova Lei de Licitações.

⁵¹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002, p. 69).

2.2 As normas materiais do direito sancionador na nova Lei de Licitações

Depois de longo período de tramitação nas Casas do Congresso Nacional, em 1º de abril de 2021 finalmente foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021). Ao analisar os dispositivos desse novo marco legal das contratações públicas, observa-se a intenção do legislador em compilar, num único texto legal, as regras existentes no bojo da então Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), da Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), além de importantes decisões do Tribunal de Contas da União – TCU.

Vale notar que a nova Lei entrou em vigor na data de sua publicação (1º de abril de 2021), mas houve previsão expressa de convivência harmônica entre o antigo e o novo regime. Com efeito, durante um prazo de 2 (dois) anos, a contar da publicação dessa Lei, o gestor terá a opção de escolher licitar ou contratar diretamente de acordo com suas regras, ou da legislação antiga. Nesse caso, a escolha deve constar expressamente no instrumento convocatório ou no aviso de contratação direta, sendo vedada a aplicação cumulativa de ambos os regimes⁵². Interessante previsão legislativa, pois facultará ao gestor promover a migração para o novo regime de forma paulatina, mitigando a possibilidade de erros.

Ademais, observa-se que o contrato resultante da licitação ou da contratação direta segue as regras do regime escolhido pela Administração (seja do regime antigo, seja do novo), inclusive quanto à duração e alterações⁵³. Como consectário lógico-legal, as regras relativas às sanções administrativas caminham na mesma trilha: licitações e contratos pelo novo regime implicam novas regras de sanções, nos termos da Lei nº 14.133/2021; de outro modo, se a escolha foi o regime antigo, este irá disciplinar as regras punitivas em conformidade com o previsto na legislação antiga (Lei nº 8.666/93, Lei do Pregão ou Lei do RDC).

Em decorrência da possibilidade de licitações e contratos regidos pelas normas do antigo regime, é possível vislumbrar a aplicação de regras sancionatórias até o ano de 2034. Para tanto, basta imaginar um contrato de prestação de serviços continuados celebrado no ano de 2023, com vigência inicial de 12 (doze) meses: nesse caso, admitidas as prorrogações legais, referido

⁵² “Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso” (BRASIL, 2021, p. 68).

⁵³ “Art. 191. [...] Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência” (*Ibidem*, p. 68).

ajuste pode vigorar até o ano de 2029⁵⁴; soma-se a isso o prazo prescricional de 5 (cinco) que a Administração teria para instaurar o processo de responsabilização, teríamos, portanto, a possibilidade de aplicação do direito sancionador do regime antigo até o ano de 2034. Por essa razão, sempre que necessária à melhor compreensão da temática, serão delimitadas comparações entre o novo e o antigo regime sancionatório das contratações públicas.

Pode-se inferir que o direito sancionador na legislação anterior é deveras confuso e desorganizado. Na Lei do Pregão, por exemplo, num mesmo dispositivo há previsão de condutas transgressoras (não celebrar o contrato, apresentar documentação falsa etc.) e de consequências (sanção de impedimento de licitar e contratar e descredenciamento de sistemas). A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dedicou um capítulo exclusivo ao direito sancionador das contratações públicas. Trata-se do Capítulo I do Título IV denominado “Das infrações e Sanções Administrativas”. Nesse ponto, digno notar que o legislador demonstra preocupação com a temática e busca sistematizar os dispositivos desse assunto que é da mais alta relevância.

Os incisos I a XII do artigo 155 da nova Lei trazem as condutas passíveis de responsabilização do licitante ou contratado⁵⁵. Acertadamente, a nova Lei antevê condutas transgressoras que possam ocorrer durante a realização das licitações (incisos IV, V e XI), no curso da execução contratual (incisos I, II, III e VII), entre a licitação e a celebração do ajuste (inciso VI) e, ainda, comuns à licitações e a contratos (incisos VIII, IX e X). Ademais, é previsto também como causa de responsabilização a prática de atos lesivos à Administração Pública

⁵⁴ “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

[...]

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses” (BRASIL, 1993, p. 36).

⁵⁵ “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” (BRASIL, 2021, p. 58-59).

nacional ou estrangeira tipificados nos incisos I a V do artigo 5º da Lei Anticorrupção⁵⁶. Nesse aspecto, a nova legislação é mais cuidadosa e organizada, diferentemente do regime antigo.

Constitui infração administrativa passível de responsabilidade do licitante as condutas de deixar de entregar documentos exigidos no certame, entregar documentos ou declarações falsos, não manter a proposta apresentada no certame sem justa causa, frustrar os objetivos da licitação, fraudar o certame ou comportar-se de modo inidôneo. Por sua vez, o contratado pode ser punido por dar causa à inexecução parcial ou total do contrato, ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto do contrato sem motivo justo, prestar declaração falsa ou praticar fraude durante a execução contratual. Ademais, a lei prevê punição para a recusa injustificada para celebração do contrato ou a não entrega de documentação exigida, quando o licitante vencedor do certame for convocado dentro do prazo de validade de sua proposta.

Sobre as consequências da transgressão administrativa, ou seja, as reprimendas pelo comportamento reprovável (as sanções em espécie), essas foram disciplinadas no artigo 156, incisos I a IV. Trata-se das sanções de advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Para além disso, o artigo 162 dispõe acerca do cabimento da multa moratória no caso de cumprimento tardio de obrigações assumidas pela empresa.

⁵⁶ “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, 2013, p. 01-02).

Chama a atenção o fato de a multa moratória ter sido deslocada para o artigo 162⁵⁷, como se não fizesse parte das sanções administrativas. Segundo o parágrafo único desse dispositivo legal, é possível a conversão da multa moratória em compensatória com a aplicação cumulada de outras sanções previstas na lei, sem prejuízo da valoração de conveniência e oportunidade administrativa em rescindir unilateralmente o contrato. Nesse sentido, percebe-se que a multa prevista no inciso II do artigo 156 é do tipo compensatória ou contratual e tem cabimento no caso de descumprimento de obrigações assumidas, enquanto a do artigo 162 é do tipo moratória e será cabível quando houver o cumprimento de obrigações, mas fora do prazo.

Ainda sobre a multa do artigo 156, inciso II, a nova Lei estipula a necessidade de sua previsão no edital e no contrato e delimita o percentual entre 0,5% (meio por cento) e 30% (trinta por cento), cuja base de cálculo será o valor do contrato. Esses limites percentuais são inovação do novo regime das contratações públicas e isso traz mais segurança jurídica às partes envolvidas no negócio. Outra novidade sobre as multas é a forma de cobrança. Pelo regime antigo, havia previsão da seguinte ordem⁵⁸: *i*) abater da garantia eventualmente prestada; *ii*) compensar de eventuais créditos em favor da empresa; e *iii*) cobrar judicialmente. Agora, no novo regime, primeiro haverá compensação com eventuais créditos da empresa, ficando a possibilidade de abater da garantia prestada para segundo plano, e, por último, a cobrança judicial⁵⁹. Sem dúvida isso traz mais celeridade e eficiência ao processo de execução.

Em relação à advertência nenhuma novidade quanto à reprimenda propriamente dita. A princípio, trata-se de reprodução do que vinha sendo praticado nas contratações públicas: uma sanção de natureza leve, para transgressões de igual modo leves. Por outro lado, a empresa que já tenha sido punida com advertência pode ter sua situação agravada na fase de dosimetria da sanção numa eventual nova apuração de responsabilidade. Isso porque a nova Lei de Licitações prevê que na aplicação das sanções serão consideradas, entre outras coisas⁶⁰, as situações

⁵⁷ “Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato” (BRASIL, 2021, p. 60).

⁵⁸ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

§ 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” (BRASIL, 1993, p. 44).

⁵⁹ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: [...]

§ 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, 2021, p. 59-60).

⁶⁰ “Art. 156. [...] § 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;

agravantes ou atenuantes. Logo, entende-se que a reincidência na transgressão às normas, por mais leve que seja, é uma situação agravante a ser considerada na aplicação de nova penalidade.

Além de circunstâncias agravantes e atenuantes, outros fatores deverão ser considerados na fase de dosimetria da sanção administrativa, conforme expressamente previsto nos incisos do § 1º do artigo 156. Nesse caso, a Administração deve observar a natureza e a gravidade da infração, as características do caso concreto e eventuais danos causados ao poder público. Ademais, a implantação ou até mesmo o aperfeiçoamento de programas de integridade, a partir de normas orientadoras de órgãos de controle, deverão ser considerados nessa importante fase do processo sancionador, e tudo isso constitui novidade trazida pela nova Lei de Licitações, tendo em vista que o antigo regime não dispunha sobre o assunto.

As grandes mudanças em relação às sanções em espécie ficaram por conta das penalidades restritivas de direito. Agora, em circunstância de transgressões de natureza grave, o licitante ou contratado poderá ser punido com impedimento de licitar e contratar por prazo de até 3 (três) anos – cujos efeitos alcançam todos os órgãos e entidades da Administração Pública do ente federativo que tiver aplicado a sanção (artigo 156, III c/c § 4º). Ao passo que, caso a transgressão seja de natureza gravíssima, a punição será de declaração de inidoneidade para licitar e contratar pelo prazo mínimo de 3 (três) e máximo de 6 (seis) anos – e, nesse caso, alcançará toda a Administração Públicas dos entes federados (artigo 156, IV c/c § 5º). Para entender esses avanços legislativos, necessário contextualizar como as sanções impeditivas de direito estão disciplinadas no regime anterior.

As sanções restritivas de direito da Lei nº 8.666/93 estão tipificadas nos incisos III e IV do artigo 87. Trata-se das sanções de suspensão temporária de participar de licitações e celebrar contratos com a Administração pelo prazo de até 2 anos e de declaração de inidoneidade com toda a Administração Pública, respectivamente. Adicionalmente, o artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 dispõe acerca da sanção de impedimento de licitar e contratar com o ente federado pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo de multas previstas no edital e no contrato e outras cominações legais.

A sanção estabelecida no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 é a mais severa prevista nessa norma. Ao ser punido com fundamento nessa reprimenda, a contratada ficará impedida de licitar e contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade

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” (*Ibidem*, p. 59).

que aplicou a penalidade. Essa reabilitação será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo mínimo de 2 anos de sua aplicação (§ 3º do artigo 87).

Administração Pública é conceituada pela Lei como 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 (artigo 6º, inciso XI, Lei nº 8.666/93). Infere-se, portanto, que essa sanção tem o potencial de pôr fim ao objetivo social da organização, caso o negócio principal da empresa seja executar contratos com o governo. Por essa razão, o legislador atribuiu a competência exclusiva para sua aplicação ao do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso⁶¹.

Já a sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 suspende o direito de o infrator participar de licitações e celebrar contratos com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos. Vale dizer, no entanto, que o alcance e extensão dos efeitos dessa sanção há muito é motivo de divergência de entendimento entre o Tribunal de Contas da União – TCU e o Superior Tribunal de Justiça – STJ. O TCU entende que o fornecedor punido com fundamento nesse dispositivo legal fica impedido de participar de licitações ou celebrar contratos apenas com o órgão ou entidade que aplicou a sanção, conforme disposto no Acórdão nº 504/2015 – Plenário⁶². Ou seja, por essa interpretação, essa sanção tem seus efeitos restritos ao órgão sancionador. Já o STJ entende que o sancionado estaria com o direito suspenso de licitar ou contratar em qualquer órgão ou entidade de quaisquer dos entes federados⁶³. Nos termos da jurisprudência dessa Corte, essa sanção suspende temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração em âmbito nacional⁶⁴.

Depreende-se que o legislador optou por diferenciar as sanções de acordo com a gravidade da conduta transgressora. Por essa razão o alcance da sanção prevista no inciso III

⁶¹ “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: [...]”

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso” (BRASIL. 1993, p. 42-43).

⁶² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão 504/2015 (Plenário). Rel. Min. Weder de Oliveira. Entidade: Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades (CGRL/MCid). Interessados: Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades (CGRL/MCid) e 3R Locação de Veículos e Turismo Ltda. DOU de 11 mar. 2015.

⁶³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso Especial nº 174.274/SP. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19 out. 2004. Publicado no Diário de Justiça em: 22 nov. 2004.

⁶⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Mandado de Segurança nº 19.657/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. Primeira Sessão. Julgado em 14 ago. 2013. Publicado no Diário de Justiça em 23 ago. 2013.

do artigo 87 deve ser mais restrito que o previsto no inciso IV do mesmo dispositivo legal. Do contrário, não faria sentido prever dispositivos legais distintos para a mesma sanção.

Inclusive, o vocábulo “Administração” mencionado no inciso III foi conceituado como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; já “Administração Pública” do inciso IV é 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 (Artigo 6º, incisos XI e XII).

O artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, a seu turno, trata do impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. Diversas são as condutas ensejadoras dessa sanção, como deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida na licitação, desistência de proposta, recusa injustificada para celebrar o contrato, retardamento do objeto contratual, fraudar ou falhar na sua execução, comportamento inidôneo ou a prática de fraude fiscal. Como consequência dessa sanção, o transgressor será, ainda, descredenciado do Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores mantidos pelos demais entes federados. Sanção semelhante à do *caput* do artigo 7º da Lei do Pregão está disciplinada no artigo 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011).

Quanto à abrangência, o transgressor punido com fundamento na sanção da Lei do Pregão (ou na Lei do RDC) ficará impedido de licitar e celebrar contrato com ente federado a que integra o órgão ou entidade sancionador (União, ou Estados, ou Distrito Federal, ou Município). Por isso, infere-se que essa sanção é mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública (artigo 87, IV, Lei 8.666/93), e mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e de contratar com a Administração (artigo 87, III, Lei 8.666/93), conforme decidido pelo TCU⁶⁵.

Na nova Lei, houve uma aparente fusão entre a sanção prevista no artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 (suspensão do direito de licitar e contratar por até 2 anos) com a sanção da Lei do Pregão e do RDC (impedimento do direito de licitar e contratar com o ente federado por até 5 anos), com os devidos e necessários ajustes. Prevista no artigo 156, inciso III, o sancionado fica impedido de licitar e contratar com a administração direta e indireta do ente federado do

⁶⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão nº 2530/2015 (Plenário). Rel. Bruno Dantas. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Diretoria Regional - Minas Gerais (ECT/DR/MG). DOU de 22 out. 2015.

órgão ou entidade que aplicou a sanção, por prazo máximo de 3 anos. Essa sanção possui, portanto, abrangência semelhante à Lei do Pregão e do RDC (alcança todo o ente federado), mas com um prazo menor. Ao não prever a sanção de suspensão do direito de participar de licitações e de celebrar contratos, tal como previsto na Lei nº 8.666/93, o legislador pôs fim à divergência de entendimento entre o TCU e o STJ acerca da extensão dos efeitos dessa sanção, ressaltando um cenário de segurança jurídica aos envolvidos.

A sanção de declaração de inidoneidade é a mais grave prevista na legislação vigente, e isso vale para o antigo e para o novo regime das contratações públicas. Ao ser punido com fundamento nessa reprimenda, a contratada ficará impedida de licitar e contratar com a Administração Pública direta e indireta de todos os entes da federação. Infere-se, portanto, que se trata de infração gravíssima, cuja consequência tem o potencial de pôr fim ao objetivo social da organização, caso o negócio principal da empresa seja executar objetos para o governo.

Ainda sobre a sanção de inidoneidade, a nova Lei de Licitações trouxe algumas diferenças em relação ao que previa a Lei nº 8.666/93. Nesta, os efeitos da sanção subsistem enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Essa reabilitação será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo mínimo de 2 anos de sua aplicação (§ 3º do artigo 87).

Já a nova Lei estabelece o prazo mínimo de 3 e máximo de 6 anos, admitida a reabilitação do apenado nos termos previstos no artigo 163. A reabilitação é o instituto jurídico que tem por objetivo cessar os efeitos das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade. Para tanto, o legislador exigiu o cumprimento de uma série de requisitos⁶⁶ que podem até mesmo inviabilizar sua efetivação. Além disso, caso a infração se refira às condutas descritas nos incisos III e XII do artigo 155 (apresentação de declaração ou documentos falsos e prática de atos lesivos à Administração previstos na Lei Anticorrupção), a

⁶⁶ “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, 2021, P. 66).

reabilitação do apenado fica condicionada à implantação ou ao aperfeiçoamento de programa de integridade.

De uma leitura um pouco mais atenta acerca dos requisitos obrigatórios da reabilitação, é possível aferir que a aplicação desse instituto só faria sentido depois de analisado o tempo da sanção imposta: no caso da sanção de impedimento de licitar e contratar por prazo de até 1 ano, melhor para o apenado cumprir a reprimenda sem falar em reabilitação; o mesmo ocorre no caso da sanção de declaração de inidoneidade por prazo de até 3 anos. Em ambos os casos, o sancionado estaria apto a celebrar contratos ou participar de licitações após o transcurso dos mencionados prazos, sem a necessidade de cumprimento dos requisitos da reabilitação (a exemplo de reparação integral do dano causado ao erário e pagamento de multa), o que pode desestimular o uso desse instituto.

O legislador optou por manter na nova Lei a possibilidade de cumulação de sanções, tal como previsto no regime anterior⁶⁷. Nesse sentido, a depender da gravidade da conduta transgressora e após o cotejo dos elementos essenciais da dosimetria, o infrator pode ser punido com a sanção de advertência, ou de impedimento de licitar e contratar, ou com a declaração de inidoneidade, cumulativamente com a sanção de multa tipificada no inciso II do artigo 156 advertência. Vale ressaltar que essa possibilidade de cumulação das sanções foi opção do Legislativo e se trata de política de prevenção aos ilícitos administrativos, não se constituindo, portanto, afronta ao princípio do *non bis in idem*, conforme visto na seção 2 do capítulo 1 (quando tratamos dos elementos informados do devido processo legal).

Ainda sobre a cumulação de sanções, entende-se não ser possível a aplicação conjunta da multa moratória do artigo 162 com a multa compensatória do artigo 156 para uma mesma sanção transgressora. Isso porque a multa de mora terá cabimento para as situações em que houver o cumprimento tardio da obrigação, enquanto a multa compensatória terá cabimento para situações em que a contratada não cumprir obrigações assumidas na relação contratual. Dessa forma, possível defender pela impossibilidade de cumulação das sanções pecuniárias, porque o que justifica a aplicação de uma exclui o da outra: ou a empresa cumpriu a obrigação fora do prazo, ou não a cumpriu – não sendo possível ocorrer os dois fatos ao mesmo tempo. Nesse caso, o legislador admitiu a conversão da multa de mora em compensatória com a

⁶⁷ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]”

§ 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” (BRASIL, 1993, p. 43-44).

cumulação das demais sanções previstas na lei, sem prejuízo da rescisão do contrato (artigo 162, parágrafo único).

O termo inicial da contagem do prazo da pretensão punitiva da Administração também sofreu alterações. Vale lembrar que o regime anterior não tratava desse assunto. Ou seja, nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei do Pregão, nem a Lei do RDC continham dispositivos sobre prescrição. Por essa razão, aplica-se, por analogia, o prazo de 5 anos, a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

A nova Lei disciplina expressamente o assunto da prescrição no § 4º do artigo 158, estabelecendo que a Administração tem o prazo de 5 anos para instauração do processo punitivo, contados da ciência da infração pela Administração⁶⁸. Em seguida, o inciso I do citado dispositivo estabelece que a instauração do processo de responsabilização para aplicação das sanções de impedimento de licitar e de declaração de inidoneidade são causas de interrupção da prescrição. Por fim, os incisos II e III definem que a prescrição será suspensa em decorrência da celebração do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção ou por decisão judicial que prejudique a conclusão do processo apuratório.

Por fim, outra novidade trazida pela nova Lei de Licitações que merece destaque é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, hipótese prevista no artigo 160. Referido instituto terá cabimento quando a pessoa jurídica for utilizada com abuso de direito ou para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações, e ainda quando houver confusão patrimonial. Nesses casos, serão estendidos os efeitos da sanção imposta à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poder de administração, bem como à eventual pessoa jurídica sucessora ou do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

Embora não houvesse previsão expressa na Lei nº 8.666/93, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo já estava prevista no artigo

⁶⁸ “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. [...]

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa” (BRASIL, 2021, p. 60).

14 da Lei Anticorrupção⁶⁹, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁷⁰, e sobretudo na jurisprudência do TCU. Há diversos julgados⁷¹ em que a Corte de Contas admite a desconsideração da personalidade jurídica para estender efeitos da sanção restritiva de direito de participar de licitação e celebrar contratos a outras empresas posteriormente constituídas com o intuito de fraudar a licitação – o que ficou conhecido como ocorrência impeditiva indireta.

Segundo o TCU, essa fraude decorre do fato de criação de nova pessoa jurídica (com identidade de sócios, objeto social similar, transferência de acervo técnico ou humano etc.) com objetivo de burlar a sanção anteriormente imposta a outra sociedade que praticara infração administrativa. Como resultado, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica, para extensão dos efeitos da sanção imposta a essa nova pessoa jurídica, de modo que ela também ficaria impedida de licitar e contratar com o governo, observado o contraditório e a ampla defesa. A previsão expressa desse instituto na nova Lei de Licitações afasta eventuais discussões sobre sua aplicabilidade, mitiga a incidência de fraude à licitação e traz segurança jurídica para todos os envolvidos.

Pelo exposto, é possível constatar que houve avanços significativos das normas materiais do DAS na nova Lei de Licitações. Destacam-se a previsão de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias na resolução de questões patrimoniais, a consolidação dos tipos sancionatórios, inclusive com a exclusão da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar prevista no artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93, além das regras mais claras sobre a dosimetria da pena, desconsideração da personalidade jurídica e reabilitação do apenado. Tudo isso tende a contribuir com a desejada segurança jurídica que deve permear a relação entre a Administração Pública e o indivíduo que com o Estado pretende contratar.

Abordadas as normas materiais do direito sancionador nas contratações públicas, destacando-se os avanços previstos na nova Lei de Licitações e os comparando ao regime anterior, na próxima seção serão avaliadas as normas processuais.

⁶⁹ “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 2013, p. 04).

⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15166/BA. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Data de Julgamento 07 ago. 2003. Publicado no Diário de Justiça em: 08 set. 2003.

⁷¹ Por exemplo, Acórdãos nº 928/2008-Plenário; nº 2.218/2011-Primeira Câmara; nº 1.986/2013-Plenário; nº 1.987/2013-Plenário; nº 2.593/2013-Plenário; nº 1.831/2014-Plenário; nº 2.115/2015-Plenário.

2.3 As normas processuais do direito sancionador na nova Lei de Licitações

Na primeira seção do primeiro capítulo deste trabalho, enfatizou-se que os elementos informadores do devido processo legal são características marcante do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a pretensão punitiva do Estado – seja no âmbito judicial, ou na seara administrativa – deve observar ritos, formas e procedimentos bem ordenados na aplicação do direito material, a fim de que o processo seja o instrumento de respeito aos direitos e garantias dos indivíduos previstos na Constituição Federal. Nesta seção analisaremos os aspectos mais relevantes do direito processual previsto na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021), comparando-os, quando necessário para a melhor compreensão do assunto, com as normas do antigo regime das contratações públicas.

A Lei Geral de Licitações (8.666/93) foi bastante sucinta ao dispor sobre o rito apuratório necessário à aplicação de sanções administrativas. Em síntese, impôs a necessidade de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se, ainda, prévia defesa e acesso a recursos administrativos, conforme se depreende do §2º do artigo 86 e §§ 2º e 3º do artigo 87. Em razão de tal peculiaridade, a Administração Pública não se obriga a seguir ritualística rígida e fechada, desde que sejam observados, de forma plena, os ditames do contraditório e da ampla defesa – ganhando relevo, assim, o princípio do formalismo moderado.

De igual modo, observa-se que a nova Lei de Licitações foi bastante sutil (para dizer o mínimo) e perdeu a oportunidade de corrigir as lacunas do regime anterior em relação às normas do processo sancionatório. Apenas para as sanções impeditivas de direito (impedimento de licitar e declaração de inidoneidade – artigo 156, incisos III e IV, respectivamente) é que foi prevista a instauração de processo de responsabilização a ser conduzido por comissão composta por 2 (dois) servidores estáveis⁷². Dessa forma, a rigor não há previsão de processo de responsabilização para as sanções de advertência ou de multas, o que pode soar flagrante desrespeito ao devido processo legal.

Por sua vez, ao fazer uma correlação entre a infração praticada e a sanção a ser imposta, o legislador procura trazer regras claras e objetivas para o processo, vislumbrando segurança jurídica para as partes envolvidas. No entanto, percebe-se que seria possível limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, haja vista a fluidez das normas sancionadoras que

⁷² “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, 2021, p. 60).

possibilitam a aplicação de mais de uma sanção para a mesma infração. E isso ocorre em todas as hipóteses previstas na norma, como se passa a demonstrar.

A primeira parte do § 2º do artigo 156⁷³ estabelece que a sanção de advertência será aplicada exclusivamente para os casos de inexecução parcial do contrato – infração capitulada no artigo 155, inciso I. Se essa fosse a norma estabelecida, teriam-se regras claras e objetivas e consequente limitação da discricionariedade administrativa. Ocorre que a parte final do mencionado dispositivo permite a aplicação de penalidade mais grave para a infração de inexecução parcial do contrato, exigindo apenas justificativa.

A mesma situação é verificada na correlação entre as infrações previstas nos incisos II a VII do artigo 155⁷⁴ e a sanção de impedimento de licitar e contratar. Assim, ao cometer a infração de “dar causa à inexecução total do contrato” (artigo 155, III), por exemplo, o contratado pode ser punido com essa sanção (impedimento de licitar e contratar), mas a norma admite a aplicação de penalidade mais grave – declaração de inidoneidade (artigo 156, § 4º). Percebe-se, portanto, fluidez e discricionariedade demasiada à disposição do gestor público e consequente insegurança jurídica para as partes do processo.

Ademais, nesse novo marco legal das contratações públicas, o direito de defesa na sanção de advertência parece não existir (ao menos nada foi previsto). Importante mencionar que a advertência prevista no artigo 156, inciso I da nova Lei é uma sanção administrativa e não se confunde com a atividade típica de fiscalização de contrato. O artigo 117 esclarece que a execução do objeto contratual será acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais de contrato, agente público formalmente designado para essa finalidade.

No curso da fiscalização, são inerentes à própria atividade as “advertências”, notificações e determinações para a regularização de falhas ou defeitos verificados, servindo de alerta ao contratado sobre determinada providência (MACHADO, 2014). Por sua vez, caso a

⁷³ “Art. 156. [...]”

§ 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” (*idem*, p. 59).

⁷⁴ “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

[...]

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;” (*Ibidem*, p. 58).

atividade de fiscalização não seja capaz de resolver os problemas apontados, deve o agente público levar as informações a seus superiores para que sejam tomadas as medidas pertinentes. Como resultado, será possível instaurar o devido processo legal de responsabilização e aplicação da sanção cabível, podendo ser inclusive a advertência.

Importante frisar que a reincidência é uma circunstância agravante e fator a ser observado na dosimetria da pena, conforme expressamente previsto no § 1º, inciso III, artigo 156 da nova Lei. Por essa razão, entende-se que até mesmo para aplicação da sanção de advertência o acusado terá o direito de se defender com todos os meios admitidos no ordenamento jurídico, muito embora a nova Lei não traga nenhuma menção a respeito. Já na sanção de multa esse direito foi bastante mitigado, pois a norma prevê que será facultada defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação⁷⁵. Depreende-se, portanto, que não haveria defesa prévia ou alegações finais, em patente contrariedade com os princípios fundamentais arrolados na Carta Política.

Ademais, a nova Lei não prevê a necessidade de instauração de processo de responsabilização quando da aplicação da sanção de multa, repetindo a mesma falha da sanção de advertência. Não parece razoável impedir o exercício do contraditório e da ampla defesa do interessado, com a possibilidade de participar ativamente do processo, se a decisão final puder comprometer seu patrimônio em patamar de até 30 (trinta) por cento do valor contrato, como é o caso da multa compensatória⁷⁶. Interessante notar que a multa do artigo 156, inciso II, poderá ser aplicada por quaisquer das infrações enumeradas no artigo 155, ampliando sobremaneira a discricionariedade administrativa.

Ainda mais displicente é a dinâmica processual da multa moratória prevista no artigo 162. Nesse caso, o legislador se limitou a informar a natureza dessa reprimenda, que tem fundamento no atraso injustificado na execução do contrato, além de admitir sua conversão em multa compensatória com aplicação cumulada das outras sanções previstas na Lei, bem como a promoção da extinção unilateral do contrato. Para a multa de mora a nova Lei não prevê a instauração do processo de responsabilização e nem a possibilidade de defesa do acusado, seja

⁷⁵ “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” (*Ibidem*, p. 60).

⁷⁶ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: [...]

§ 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 lícito ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei” (*Ibidem*, p. 59).

no início, seja no curso da instrução processual, o que exige do aplicador uma interpretação sistemática de seus dispositivos com as normas do texto constitucional.

A instauração do processo responsabilização é exigida apenas para as sanções de impedimento de licitar e contratar e para a declaração de inidoneidade. Segundo o artigo 158 da nova Lei, esse processo será conduzido por comissão composta por 2 ou mais servidores estáveis. Já para os órgãos ou entidades da Administração Pública que não possuem quadro de servidores estatutários, o § 1º desse artigo exige que a comissão seja formada por 2 ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, e preferencialmente com ao menos 3 (três) anos de tempo de serviço.

Digno de nota a preocupação do legislador com a composição dos membros da comissão do processo de responsabilização. A norma exige servidores oriundos de cargo público efetivo e que já tenha passado pelo estágio probatório, ou empregados públicos dos quadros permanentes com o mínimo de 3 (três) anos de tempo de serviço, não sendo possível, em tese, comissão formada por servidores ou empregados públicos cuja investidura não observou as regras do concurso público previsto na Constituição da República⁷⁷. Infere-se que essa exigência visa a mitigar a influência do gestor sobre os membros da comissão, tendo em vista que servidores estáveis gozam de estabilidade no serviço público e os empregados públicos não podem ser demitidos sem justa causa.

Instaurado o processo, por razões de economia processual, entende-se prudente verificar se ocorreu a prescrição da pretensão punitiva da Administração. Conforme visto na seção anterior, a prescrição é o instituto jurídico que impede a Administração de aplicar sanção ao acusado em razão do esgotamento de lapso temporal. O § 4º do artigo 158 informa que a prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração. De uma leitura mais atenta sobre referido dispositivo, surgem algumas dúvidas de ordem prática, a saber: o termo inicial da contagem do prazo prescricional é da ciência da infração ou da ciência dos fatos imputados? Quem seria a “Administração”?

Entende-se que a interpretação mais sensata é no sentido de que o prazo prescricional começa a fluir a partir do momento em que se teve ciência dos fatos imputados, tendo em vista

⁷⁷ “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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (BRASIL, 1988, p. 24).

que apenas com o desenrolar do devido processo legal será possível afirmar com grau de certeza e objetividade a existência de uma infração administrativa. Antes disso o que se tem é a alegação de conduta supostamente infracional, a qual será valorada no processo de responsabilização em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa do acusado. Ao final do processo, é possível até mesmo que a documentação probatória carreada aos autos demonstre a inocência do acusado, situação que exigirá o arquivamento do feito.

Por sua vez, importante delimitar qual seria o agente público competente para ter ciência dos fatos supostamente infracionais de modo a deflagrar o termo inicial da contagem da prescrição. Em tese, os fatos imputados ao acusado são de conhecimento da fiscalização contratual, ou seja, de um ou mais agentes públicos representantes da Administração formalmente designados para acompanhar e fiscalizar o contrato (artigo 117). Por outro lado, a fiscalização não tem competência para instaurar processo de responsabilização, mas deve levar ao conhecimento da autoridade superior, em tempo hábil para adoção das medidas pertinentes, situações que demandar providências ou decisões que ultrapassem suas atribuições (§ 2º, artigo 117).

Essa omissão legislativa acerca do termo inicial da contagem do prazo prescricional pode gerar discussões de ambos os lados envolvidos no processo. Pelo lado do acusado, melhor seria suscitar que o início do prazo ocorreu com a ciência da suposta infração por parte da fiscalização do contrato, independente do conhecimento de seus superiores. Por sua vez, para a Administração mais cômodo sustentar que o prazo prescricional começa a correr com a ciência da autoridade superior, aquele dotado de poder decisório.

A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar terá cabimento por prática de infrações previstas nos incisos II a VII do artigo 155. São hipóteses de: inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração; inexecução total do contrato; deixar de entregar documento; desistência imotivada de proposta; recusa em celebrar o contrato; e atraso injustificado na execução ou entrega do objeto. Para esses casos, o apenado tem suspenso o direito de participar de procedimentos licitatórios ou de celebrar contratos com órgãos e entidades do ente federado que tiver aplicado a sanção, pelo prazo de até 3 (três) anos. Além disso, se houver justificativa, o legislador permite a imposição de penalidade mais grave (declaração de inidoneidade), ampliando, mais uma vez, a discricionariedade administrativa.

A sanção de declaração de inidoneidade poderá ser aplicada pelas mesmas infrações previstas para a sanção de impedimento de licitar, desde que devidamente justificado. No mais, a declaração de inidoneidade terá cabimento para as infrações previstas nos incisos VIII a XII do artigo 155 e impedirá o responsável de participar de licitações ou de celebrar contratos em

toda a Administração Pública de todos os entes federados, por prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis). Trata-se de sanção gravíssima para combater infrações de alta reprovabilidade, como é o caso de apresentação de documentos falsos, fraude à licitação ou à execução contratual, comportamento inidôneo, prática de ilícitos com objetivo de frustrar os objetivos da licitação e prática de atos anticorrupção.

No curso de processo de responsabilização para as sanções restritivas de direito, a nova Lei prevê a possibilidade de o acusado apresentar defesa escrita no prazo de 15 (quinze) dias úteis da intimação, e de especificar provas que pretenda produzir (artigo 158). A comissão deve se manifestar sobre o pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas indispensáveis ao deslinde do caso, podendo indeferir, com a devida motivação, aquelas julgadas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas. Se deferido, o licitante ou contratado terá o direito de apresentar alegações finais, no prazo de 15 (quinze) dias úteis da intimação (§§ 2º e 3º, artigo 158).

A sanção de declaração de inidoneidade é a única tipificada na nova Lei em que o legislador delimitou a competência para sua aplicação. Nesse sentido, o § 6º do artigo 156 procura corrigir impropriedades da Lei nº 8.666/93, segundo a qual tal incumbência competiria, exclusivamente, ao Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal⁷⁸, restringindo apenas ao Poder Executivo dos entes da federação. Agora, no novo marco legal das contratações públicas a aplicação dessa sanção compete, com exclusividade⁷⁹: a) no âmbito do Poder executivo, aos Ministros de Estado, Secretários Estaduais ou Municipais, e às autoridades máximas das autarquias e fundações públicas; b) no âmbito dos demais Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública, às autoridades de nível hierárquico equivalente às enumeradas no Poder Executivo, cuja definição exata será tratada em regulamento.

⁷⁸ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...]

§ 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” (BRASIL, 1993, p. 43-44).

⁷⁹ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: [...]

§ 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” (BRASIL, 2021, p. 59).

Por sua vez, a nova Lei não definiu a competência para aplicação das demais sanções nela previstas – advertência, multas moratória e compensatória e impedimento de licitar. Essa mesma situação também está presente no regime antigo, pois não há previsão de competência para aplicação dessas sanções na Lei nº 8.666/93, nem tampouco na Lei do Pregão ou na Lei do RDC. Outro ponto digno de nota é que a nova Lei não prevê manifestação obrigatória do órgão de assessoramento jurídico acerca da regularidade da condução do processo sancionador, repetindo a mesma falha do regime anterior.

A apreciação jurídica tem por finalidade o controle prévio de legalidade da instrução processual e deve avaliar todos os elementos indispensáveis da instrução com a exposição dos pressupostos fáticos e de direito levados em consideração. Dessa forma, a manifestação da assessoria jurídica tem por objetivo subsidiar a tomada de decisão do gestor no processo de responsabilização, pois lastreada em análise que atesta o cumprimento do devido processo legal, a harmonia com o ordenamento jurídico e a adesão à jurisprudência dos tribunais pátrios. Por essa razão, entende-se que a participação do órgão de assessoramento no processo apuratório seria indispensável, mas não foi assim estabelecido na nova Lei de Licitações.

Do ato que decide por aplicar sanção de advertência, de multa compensatória ou de impedimento de licitar e contratar cabe recurso, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação (artigo 166). Em razão da natureza de recurso hierárquico, o inconformismo será dirigido à autoridade que aplicou a sanção, a fim de que seja possível a reconsideração da decisão no prazo máximo de 5 (cinco) dias, ou, motivadamente, fazer os autos subir devidamente instruídos à autoridade superior, para decisão final no prazo máximo de 20 (vinte dias) úteis do recebimento do processo (parágrafo único, artigo 166). Vale mencionar que a nova Lei não prevê recurso da decisão que aplicar a sanção de multa moratória tipificada no 162, o que denota mais uma lacuna normativa.

Por sua vez, caberá pedido de reconsideração da aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, a ser protocolado no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis da intimação da decisão sancionatória. Nesse caso, por se tratar de pedido de reconsideração, a decisão final deve ser proferida no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis pela mesma autoridade que aplicou a sanção, não havendo previsão de reanálise por autoridade superior. Vale ressaltar que o duplo grau de jurisdição não possui *status* de garantia constitucional, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF. DEVIDO PROCESSO LEGAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO. JURISDIÇÃO - DUPLO GRAU – INEXIGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. Ag. Reg. em AI nº 210.048-0/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ, 4 de dezembro de 1998).

Interposto o recurso hierárquico ou formulado o pedido de reconsideração em face de ato que aplicou sanção, enquanto não sobrevier decisão final da autoridade competente, ficam suspensos os efeitos da decisão combatida (artigo 168). Nesse caso, a nova Lei prevê a participação obrigatória do órgão de assessoramento jurídico na fase recursal, diferente do que ocorre na fase da primeira decisão. Com efeito, o parágrafo único do citado artigo prescreve que a decisão recursal será amparada por auxílio da assessoria jurídica, a qual irá dirimir dúvidas e subsidiar a tomada de decisão do gestor.

Observa-se que a dinâmica recursal sofreu singelas alterações ao se comparar os dois regimes de contratações públicas, mormente relativas a prazo e efeitos. No caso da Lei nº 8.666/93, o assunto está disciplinado no artigo 109⁸⁰ e prevê a possibilidade de recurso hierárquico no prazo máximo de 5 dias úteis da intimação da decisão - para as sanções de advertência, multa e suspensão do direito de licitar e contratar, e pedido de reconsideração no prazo de 10 dias úteis – para a declaração de inidoneidade, cuja decisão deve ser proferida no prazo 5 dias úteis. Nesse caso, o recurso interposto não possui eficácia suspensiva, nem exige a manifestação do órgão de assessoramento jurídico, ao contrário do que prevê a nova Lei.

Para finalizar esta seção, vale mencionar que o artigo 161 da nova Lei prevê que órgãos e entidades da Administração Pública de todos os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios) deverão, no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis da aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados referentes a sanções por eles aplicadas. Isso será possível por meio de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), ambos instituídos pelo Executivo federal. De acordo com o artigo 174, § 3º, inciso V, esses sistemas poderão ser acessados pelo

⁸⁰ “Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

(...)

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

(...)

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade” (BRASIL, 1993, p. 40-41).

Portal Nacional de Contratações Públicas⁸¹, ferramenta de governança, transparência e controle que tem a pretensão de centralizar todos os atos referentes a licitações e contratos administrativos dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Com isso, neste capítulo foram abordados os aspectos mais relevantes do Direito Sancionador na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Em relação às normas de direito material, forçoso reconhecer avanços significativos, com destaque para: possibilidade de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias e de desconsideração da personalidade jurídica; regras mais claras e objetivas acerca da dosimetria da pena; extinção da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar; e delineados contornos sobre a reabilitação do apenado.

Por sua vez, em relação às regras do direito processual, ainda podem-se constatar diversas lacunas ou contradições indesejadas ao processo e à segurança jurídica que podem comprometer o devido processo legal - objeto do problema de pesquisa. Isso posto, o próximo capítulo cuidará da possibilidade do preenchimento desses vazios legislativos a partir de meios

⁸¹ “Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:
 I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
 II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.
 (...)
 § 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:
 I - planos de contratação anuais;
 II - catálogos eletrônicos de padronização;
 III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
 IV - atas de registro de preços;
 V - contratos e termos aditivos;
 VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.
 § 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:
 I - sistema de registro cadastral unificado;
 II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
 III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;
 IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
 V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
 VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
 a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;
 b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do caput do art. 19 desta Lei;
 c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;
 d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração” (BRASIL, 2021, p. 69-70).

adequados de colmatação normativa, associados à interpretação conforme a Constituição, para fins de confirmar ou refutar a hipótese da pesquisa.

3 AS LACUNAS DO PROCESSO SANCIONADOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

O primeiro capítulo da presente dissertação voltou-se para a importância do devido processo legal no contexto do Estado Democrático de Direito. Nessa oportunidade foram delimitados os elementos informadores em conjunto com as normas aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador – DAS. Prosseguiu-se no segundo capítulo para o estudo dos avanços e retrocessos do DAS na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, comparando-o com o disposto no regime anterior. Iniciou-se com os detalhes dos meios alternativos de solução de controvérsia e da possibilidade de celebração do acordo de leniência, ao passo que a análise das normas materiais e processuais ficaram para as seções posteriores.

Agora, neste terceiro e último capítulo, serão elaboradas breves anotações conceituais acerca do método de interpretação conforme a Constituição e dos institutos integrativos - analogia, costumes e princípios gerais do direito. Em seguida, será realizado o apontamento das lacunas processuais constatadas na nova Lei de Licitações, demonstrando como a existência desses fatores podem inviabilizar a concretude do devido processo legal. Por fim, será analisada a viabilidade do preenchimento de tais lacunas com os citados métodos clássicos de integração normativa associados à utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição e se essas possíveis soluções seriam adequadas e suficientes para resolver a problemática em questão, hipótese do presente trabalho.

3.1 A interpretação conforme a Constituição e a integração normativa

Inicialmente importa esclarecer que o presente trabalho não tem a pretensão de maiores aprofundamentos nem tampouco esgotar o assunto relacionado às formas de interpretação constitucional e aos métodos de integração normativa, mas apenas tecer breves considerações a respeito da temática. Esses apontamentos conceituais são importantes, haja visto ser com base em tais técnicas que se pretende a resolução do problema apresentado na presente pesquisa. Para tal, será verificada a possibilidade de utilizar analogias, princípios gerais do direito e costumes associados à interpretação dos dispositivos processuais da nova Lei de Licitações em conformidade com a supremacia da Constituição, a fim de suprir as lacunas verificadas na última seção do capítulo anterior.

No âmbito da interpretação constitucional, há diversos métodos que são utilizados por intérpretes ou aplicadores do direito, a fim de concretizar os princípios constitucionais e solucionar os casos concretos. A maioria desses métodos, como visto em Mendes, Coelho e Branco (2009), entendem a Constituição como um conjunto de normas abertas e incompletas que necessitam de interpretação – partindo do pressuposto de que a lei não se faz no vácuo, mas se concretiza na materialidade. Entendida essa proposta abertura da Constituição, é importante frisar que, ainda que exista certa liberdade hermenêutica, toda e qualquer interpretação, para que seja válida, precisa ir ao encontro dos princípios fundamentais da Lei Maior, os quais são fundamentos indispensáveis para a concretude do devido processo legal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Na difícil atividade de entender o real alcance do comando legal, é possível vislumbrar mais de uma resposta ou solução para o mesmo problema posto à análise, sendo que algumas tendem para a constitucionalidade e outras para um cenário de inconstitucionalidade. Nesse caso, deve o intérprete ou aplicador do direito se valer do método ou princípio de interpretação conforme a Constituição, para decidir qual a resposta mais adequada ao caso concreto. Para Lenza (2012), esse princípio possui algumas dimensões a serem observadas, com destaque para a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Mendes⁸², citado por Friede (2017), esclarece que, ao adotar uma interpretação conforme a Constituição restringindo o sentido de determinada expressão literal ou preenchendo uma lacuna contida na norma ordinária, não afirma diretamente a ilegitimidade da lei. Nessa mesma linha, Barroso (1996) descreve a interpretação conforme a Constituição como uma forma de interpretar a norma jurídica de modo a mantê-la em consonância com a Carta Política, sendo que tal interpretação tenta encontrar o real sentido possível do texto legislativo. Por essa razão, a interpretação da lei em conformidade com a Constituição não é mera prescrição hermenêutica, mas também um mecanismo de controle de constitucionalidade, na medida em que se declara ilegítima certa leitura de uma norma jurídica.

A interpretação conforme a Constituição pode ser percebida, portanto, como forma de limitar os métodos hermenêuticos existentes, uma vez que tem como maior princípio a supremacia da Constituição (SICCA, 1999). Daí a relevância desse princípio para a pesquisa da presente dissertação: diante das lacunas existentes no processo sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos, busca-se verificar se a utilização de métodos de integração normativa

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE (Plenário). Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 20 mar. 2014. Publicado no Diário de Justiça em: 22 out. 2014.

(analogia, costumes e princípios gerais do direito), associados a uma interpretação conforme a Constituição, são adequados e suficientes para preenchimento desses hiatos legislativos, a fim de concretizar o devido processo legal consagrado como garantia constitucional.

A norma jurídica não consegue prever todas as situações possíveis e imagináveis de convivência humana, não sendo razoável imaginar que, para cada fato da vida, haveria uma lei disciplinando a matéria e dando a devida solução. Quando não há lei prévia a tratar de um fato concreto e existente, decorre-se uma lacuna, situação que exige do aplicador do direito o uso de métodos para o preenchimento desse vazio. Vale lembrar que o ordenamento jurídico pátrio não permite que o magistrado se abstenha de julgar determinado caso alegando omissão ou lacuna legislativa, pois no direito brasileiro vige o princípio da *Vedação ao Non Liquet*⁸³, previsto no artigo 140 do CPC⁸⁴, conceito relacionado à integração normativa (FERREIRA, 2014). Como visto, essa ideia está reproduzida no artigo 4º da LINDB, segundo o qual deve o juiz se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito para suprir omissão legal.

Nader (2014) define o costume como uma prática gerada pelas forças sociais de forma espontânea, sendo este considerado uma norma, mas que não é oficialmente validado. Ainda de acordo com o autor, o costume é gerado a partir das necessidades sociais de resoluções de conflitos de forma prática, à luz de uma visão coletiva e natural de justiça. Uma vez que não haja uma lei ou norma oficial vigente para um caso concreto, as partes envolvidas se valem do bom-senso para chegar a uma solução que, por ser racional e ajustar com o bem comum, acaba por servir de modelo para casos semelhantes que possam vir a ocorrer.

A partir dessa premissa básica, é possível imaginar que os costumes são práticas utilizadas pela sociedade de forma oral, enquanto a lei assume a forma escrita. Ferreira (2014) traz o costume como uma prática considerada obrigatória, reiterada ao longo do tempo e que apresenta dois elementos que o compõem: o uso contínuo (elemento objetivo) e a crença generalizada de sua obrigatoriedade (elemento subjetivo). Nesse sentido, infere-se que os costumes são diferentes da ideia de praxe administrativa, que se vale apenas do elemento objetivo e não pode ser usada como método de integração normativa.

Apesar de os costumes serem entendidos como uma expressão legítima do ordenamento jurídico, ele não possui a segurança jurídica do Direito codificado, sobretudo quando o assunto é o direito sancionador, e pode até mesmo está carregado de questões morais e religiosas. Por

⁸³ *Vedação ao Non Liquet*: “vedação de não julgar”.

⁸⁴ “Art. 140 O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. (BRASIL, 2015, p. 23).

sua vez, a norma escrita define padrões de comportamento que alcançam a todos, independente de cultura e tradição. Ainda assim, o Direito Costumeiro tem seu valor para o Direito brasileiro e é forma de integração normativa que pode ser aplicada em quase todas as áreas do saber jurídico, com a exceção do Direito Penal, por conta do *princípio da reserva legal*⁸⁵ (NADER, 2014).

Já a analogia, ainda de acordo com Nader (2014) é o instituto jurídico consistente em se aplicar, a uma hipótese não prevista na lei, a solução apresentada para uma outra hipótese fundamentalmente semelhante à não prevista. Essa ferramenta de interpretação expansiva não é entendida como uma fonte formal, conforme os entendimentos do autor em tela, pois não cria normas jurídicas, apenas conduz o intérprete às normas já existentes a fim de solucionar o caso concreto. Como se verá mais à frente, a analogia será de grande valia para a integração das lacunas das normas processuais da nova Lei de Licitações.

Ferreira (2014) relembra a máxima de que casos similares devem ser decididos de forma similares. Portanto, o uso da analogia está restrito para estender um preceito legal a casos que não foram previstos no texto da lei, mas que, em razão de suas características semelhantes, merece igual tratamento. A analogia tem por fundamento evitar contradições, dada a máxima anteriormente citada, uma vez que permite a harmonia entre casos semelhantes, excluindo a possibilidade de tratamentos diferentes entre estes e impedindo, assim, a injustiça. Essa metodologia, importante frisar, não é ilimitada. Em relação ao Direito Penal e ao Direito Tributário, a analogia só pode ser aplicada *in bonam partem* (em favor da parte), ou seja, não cabendo seu uso de forma discriminada e prejudicial, principalmente para aplicação de penas (FERREIRA, 2014).

Por sua vez, os princípios gerais do direito têm aplicação no ato de elaboração das leis e no momento de aplicação do Direito no caso de lacunas existentes. Ainda que não estejam escritos, os princípios gerais são as regras que servem como mandamentos, informam e dão suporte ao ordenamento jurídico, utilizados como base para a criação e integração das normas, respaldados pelo ideal de justiça (PAIVA, 2013). Esses princípios norteiam o roteiro da autoridade competente por criar e aplicar as leis, uma vez que este tipo de ato exige definição prévia de propósitos e planejamento.

Dos três métodos de integração normativa existentes, a utilização dos princípios gerais do direito enquanto integração normativa fica em último lugar. Assim, sua utilização depende de ausência de solução prevista na lei e da impossibilidade de uso de analogia e de costumes

⁸⁵ Enunciado por Feuerbach: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia* (não há crime, não há pena, sem lei anterior)”. In: NADER, P. Introdução ao estudo do Direito. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

que preenchem devidamente determinada lacuna (NADER, 2014). No caso, ganha relevo o princípio do devido processo legal, objeto do primeiro capítulo desta dissertação e que, em si, abrange diversos outros princípios que são indispensáveis para sua concretude.

No âmbito das integrações normativas é essencial observar se o cenário em tela reúne justificativas e previsões para a utilização do método. Isso porque, como já mencionado, não são todas as áreas do Direito e nem todos os casos que permitem o uso de ferramentas de interpretações expansivas. No mais, não é prudente, tampouco legalmente aceitável, o uso irrestrito e impensado das modalidades da colmatação normativa, principalmente quando o objetivo é a concretude do devido processo legal em normas sancionadoras.

Dito isso, no próximo item será analisada a confirmação ou refutação da hipótese objeto da presente pesquisa: os métodos tradicionais de integração normativa presentes no ordenamento jurídico, associados à técnica de interpretação conforme a Constituição, seriam adequados e suficientes para preencher as lacunas existentes na nova Lei de Licitações, viabilizando a concretude do devido processo legal.

3.2 O preenchimento das lacunas do processo sancionador na nova Lei de Licitações: viabilidade do devido processo legal?

Conforme dissertado no capítulo anterior, a nova Lei de Licitações prevê expressamente a possibilidade de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias (MASC), notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (artigo 151). Vale ressaltar que essa regra não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁸⁶, pois traduz a noção de justiça multiportas: para além do Poder Judiciário, o legislador coloca à disposição do interessado outras formas de acesso à justiça, fomenta a eficiência e celeridade na tramitação do feito e colabora para desafogar o Poder Judiciário. Ademais, a nova Lei supre lacuna existente na legislação anterior (Lei nº 8.666/93) e afasta alegações de falta de amparo legal para utilização dos MASC nos contratos administrativos, conforme decisões do Tribunal de Contas da União – TCU⁸⁷.

⁸⁶ “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988, p. 04).

⁸⁷ Exemplos: Decisão 286/1993-Plenário; Acórdãos nº 584/2003-Segunda Câmara; nº 537/2006-Segunda Câmara.

Até aqui percebe-se que as regras de direito material sancionador parecem bem resolvidas, mas não se pode dizer o mesmo quanto às regras processuais, pois o novo marco legal das contratações públicas não cuidou do assunto com a devida cautela. Nesse sentido, são ausentes dispositivos fixando regras sobre atos e fases do rito processual que possam promover a necessária segurança jurídica, a exemplo de: *i*) qual a autoridade competente para instauração do processo?; *ii*) qual o ato instaurador?; *iii*) o processo de responsabilização é dispensável para as sanções de advertência e de multas?; *iv*) quem conduz o processo?; *v*) qual o tempo de duração do processo?; *vi*) quem é competente para a decidir o processo no caso de sanções de advertência, multas e impedimento de licitar e contratar?; e *vii*) a partir de quando a sanção imposta surte seus efeitos?

Vejamos, portanto, se a utilização de métodos clássicos de integração (analogia e princípios gerais do direito) associados à técnica de interpretação normativa conforme à Constituição são adequados e suficientes para responder as perguntas acima.

i) Qual a autoridade competente para instauração do processo?

Inicialmente, convém esclarecer que a nova Lei de Licitações define o rito procedimental e a competência para o processo sancionador instaurado apenas com a finalidade de apurar infrações nela previstas que também são tipificadas como atos lesivos à Administração Pública (artigo 155, XII). Conforme redação do artigo 159, nessa situação os atos serão apurados e julgados conjuntamente, observados o rito e a competência previstos na Lei Anticorrupção. Dessa forma, a competência para instauração e para julgamento do processo de responsabilização será do Ministro de Estado – no caso de órgão da administração direta federal – ou da autoridade máxima da entidade que sofreu o ato lesivo, e aplica-se o rito previsto no Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022⁸⁸. Remanescem, portanto, as dúvidas acerca do rito e da competência para as demais infrações previstas nos incisos I a XI do artigo 155.

Competência é elemento do ato administrativo da mais alta relevância, e se trata do conjunto de atribuições e responsabilidades conferidas pela lei ao agente público responsável pela prática de determinados atos administrativos. Inclusive, o artigo 11 da Lei do 9.784/99 determina que a competência é irrenunciável e exercida pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, embora sejam possíveis os casos de delegação e avocação previstos no ordenamento jurídico.

⁸⁸ Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

De acordo com Marrara (2010), a competência é elemento do ato administrativo que está relacionado à medida de ação e omissão do agente público. Nesse contexto, para além da capacidade de exercer seu ofício enquanto representante do ente público, o indivíduo deve estar imbuído do poder-dever que lhe é outorgado pela legislação para a prática de determinado ato. O autor ainda frisa que, ao contrário do direito privado em que a competência existe como regra, no direito público a competência deve direta ou indiretamente decorrer do ordenamento jurídico, sob pena de ser considerada inexistente.

A competência para a prática de atos administrativos é, portanto, expressão do princípio da legalidade, na medida em que orienta e delimita o proceder dos agentes e dos órgãos administrativos. Como visto, esse princípio condiciona a atuação do agente, que somente pode fazer ou não fazer algo amparado em autorização legal. Ao contrário do particular, que pode fazer qualquer coisa que não esteja proibida em lei. Disso decorre a inferência de que todo agente público precisa de competência para prática de atos administrativos, cuja definição será explicitada em comandos legais, sob pena de abrir margem à discussão quanto à declaração de nulidade do ato.

O artigo 17 da citada Lei do Processo Administrativo⁸⁹, por sua vez, esclarece que na ausência de definição de competência legal específica o processo deve se iniciar perante a autoridade de menor grau hierárquico para a tomada de decisão. A teleologia por trás desse comando normativo é possibilitar, em momento posterior, a apreciação de determinada decisão por outra autoridade hierarquicamente superior, por meio de eventual recurso interposto. É a ideia do consagrado princípio do duplo grau de jurisdição que, como decidido pelo STF, não é obrigatório no direito administrativo brasileiro.

Ante a ausência de regra específica, entende-se cabível aplicar por analogia o artigo 17 da Lei nº 9.74/99 como método de integração normativa. Como resultado, entende-se que, **na nova Lei de Licitações, a competência para instaurar o processo de responsabilização será da autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório.** O cargo ocupado por essa autoridade pode variar de órgão para órgão ou de entidade para entidade, a depender da estrutura orgânica de cada unidade administrativa, sendo desejável que regulamento interno disponha sobre a matéria.

Definida a competência para instauração do processo, segue-se para a segunda indagação:

⁸⁹ “Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir” (BRASIL, 1999, p. 3).

ii) Qual o ato instaurador do processo?

Para responder essa pergunta, necessário entender como a notícia de suposta infração chega ao conhecimento da autoridade competente. Consoante expressa previsão do artigo 37, inciso XXI, da CF/88, regra geral as contratações públicas são precedidas de procedimento licitatório, ressalvados os casos de contratações diretas definidos na legislação ordinária. Como resultado, as infrações administrativas podem ocorrer no curso das licitações ou na fase de execução contratual, sendo que, em ambos os casos, essa notícia precisa chegar ao conhecimento da autoridade competente para instaurar o processo de responsabilização.

No caso de infrações praticadas por licitantes, caberá ao responsável pela condução do certame levar essas informações ao conhecimento de seus superiores, para que sejam tomadas as medidas cabíveis. Nessa hipótese, se a licitação tiver por objeto a contratação de bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no instrumento convocatório por meio de especificações usuais do mercado, tal atribuição será da competência do pregoeiro (artigo 8º, § 5º c/c artigo 28, inciso I). Para os demais casos, a condução da licitação será da incumbência da comissão ou do agente de contratação (artigo 6º, incisos L e LX).

A nova Lei prevê diversas hipóteses de infrações passíveis de ocorrer no curso das licitações, a exemplo de deixar de entregar documentos exigidos para o certame. A título exemplificativo, citam-se as condutas de desistência de proposta, apresentação de documentos falsos, prática de fraude à licitação ou de ilícitos com objetivo de frustrar os objetivos do certame (artigo 155, incisos IV, V, VIII, IX e XI). Nesses casos, deve o responsável pela condução da licitação elaborar relatório circunstanciado no qual conste a notícia das supostas infrações e enviar os autos devidamente instruídos ao conhecimento da autoridade competente, sugerindo a instauração do processo de responsabilização.

Por sua vez, no curso da execução do objeto, infere-se que as infrações praticadas possam ser identificadas com mais facilidade pelos fiscais do contrato. Trata-se de representantes da Administração especificamente designados para acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pela empresa contratada (artigo 117). A inexecução parcial ou total do contrato, o atraso da execução ou da entrega do objeto e a prática de atos lesivos à Administração Pública são hipóteses de infrações previstas na norma na fase de execução contratual (artigo 155, incisos I, II, III, VII e XII). Não sendo cumpridas as determinações da fiscalização para regularização de faltas verificadas, e esgotadas todas as medidas admitidas em direito para composição do problema, caberá ao fiscal instruir os autos

e levar ao conhecimento de seus superiores, para a adoção de medidas convenientes (§§ 1º e 2º do artigo 117).

Para além dos relatórios dos responsáveis pela condução das licitações ou dos representantes da Administração designados para acompanhar e fiscalizar os contratos, qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado tem legitimidade para representar acerca de irregularidade na aplicação da lei, inclusive perante os órgãos de controle interno e tribunais de contas (artigo 170, § 4º). Nessa mesma linha, a Constituição da República assegura a todos, independente do pagamento de taxas, o direito de petição à Administração Pública, em defesa de direitos ou contra ilegalidades e abuso de poder (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”). Trata-se de mecanismo de controle e transparência como meio de proteção ao erário, corolário do Estado Democrático de Direito.

Diante da informação de suposta prática de infrações perpetradas por licitantes ou por contratadas, entende-se prudente e desejável que a autoridade competente realize o exame de admissibilidade acerca da notícia de fato. A apuração de responsabilidade não pode ser vista como uma obrigação inquestionável do gestor, já que nem todas as notícias podem ser consideradas infrações disciplinares conforme definidas na norma. Por outro lado, em perfeita harmonia com o princípio do *in dubio pro societate*, aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, na dúvida deve a autoridade competente instaurar o processo, para que sejam apurados os fatos imputados e, se for o caso, aplicada a sanção cabível.

A intenção do juízo de admissibilidade é evitar a instauração de processo sem o mínimo de plausibilidade da notícia de suposta infração, carentes de objeto, improcedentes ou inoportunas, ou até mesmo com algum aspecto prejudicial que impossibilite seu curso. A título exemplificativo, podemos pensar na notícia apresentada pelo fiscal de contratos de que “a empresa não está cumprindo suas obrigações”. Veja que, nesse caso, trata-se de uma informação genérica e obscura, pois a deflagração de processo de responsabilização exige indícios razoáveis de prática de infração administrativa praticada pela empresa contratada, de forma clara e objetiva.

Ademais, neste momento verifica-se oportuno examinar a ocorrência duas situações que possam impactar diretamente no bom andamento do processo: eventual celebração de Acordo de Leniência e a eleição da via arbitral para solução de conflitos. Como visto, a primeira hipótese é causa de suspensão do prazo prescricional (artigo 158, § 4º, inciso II, nova Lei de Licitações); já a segunda impede que a controvérsia seja resolvida pela via administrativa, tendo em vista que a competência da jurisdição arbitral possui preferência até mesmo sobre a judicial – princípio competência-competência (artigo 8º, parágrafo único, Lei da Arbitragem).

Embora não haja previsão expressa na nova Lei de Licitações, nem tampouco no regime da Lei nº 8.666/93, **o juízo de admissibilidade é disciplinado no artigo 3º do citado Decreto nº 11.129/2022, cujas regras poderiam ser utilizadas aqui de forma analógica.** Ao final dessa reflexão cognitiva, a autoridade competente terá condições de se manifestar acerca da instauração do processo de responsabilização, ou do arquivamento da matéria, ou até mesmo da abertura de investigação preliminar. Neste último caso, tal procedimento teria por objetivo identificar indícios de autoria e materialidade de infração supostamente praticada por licitante ou contratado em face da Administração.

Realizado o juízo de admissibilidade da notícia de fato ou denúncia e presentes os elementos indispensáveis de materialidade e autoria, caberá à autoridade competente instaurar o processo de responsabilização. A forma do ato instaurador não encontra resposta no Direito Administrativo Sancionador das contratações públicas – seja no regime da Lei nº 8.666/93, seja no da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021. A definição desse ato é importante para se deflagrar o início do feito e principalmente para interromper a prescrição.

Como visto, na nova Lei de Licitações o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, a contar da ciência da infração. A título exemplificativo, imaginemos que houve uma infração no curso da execução de determinado contrato celebrado com prazo de vigência de 2 (dois) anos, mas a Administração só teve ciência do ato infracional 8 (oito) anos depois, ou seja, com contrato extinto por decurso de prazo. Por essa regra de prescrição, a Administração poderá instaurar o devido processo legal administrativo, se observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos do conhecimento da infração, independente da extinção do negócio jurídico, daí a importância de se definir o ato instaurador.

No silêncio da Lei acerca da forma do ato de instauração do processo, entende-se possível vislumbrar qualquer ato decisório admitido em direito, tais como Despacho, Resolução ou Portaria. Nesse ponto, vale lembrar que o artigo 22 da Lei nº 9784/99 estabelece que os atos do processo não exigem forma determinada, exceto se houver determinação legal em sentido oposto. Como resultado, por aplicação analógica desse dispositivo é possível inferir que **o ato instaurador do processo de responsabilização pode assumir qualquer forma admitida em direito**, desde que nele conste expressamente a informação de sua finalidade: instaurar o processo de apuração de responsabilidade em face do licitante ou do contratado que supostamente praticou infração administrativa.

Dito isso, surge a próxima pergunta:

iii) O processo de responsabilização é dispensável para as sanções de advertência e de multas?

No Estado Democrático de Direito o processo acusatório é entendido como meio de garantia para o exercício do contraditório e da ampla defesa do acusado, como observado ao longo desse trabalho. Nesse sentido, as perguntas que ficam são as seguintes: no ato da instauração do processo de responsabilização é possível antever com a certeza, prudência e cautela que o caso exige qual sanção será imposta? Apenas com a notícia ou informação de que houve suposta prática de conduta infracional por parte de licitante ou de contratada, terá a autoridade competente condições de concluir qual sanção será aplicada?

Para responder essas indagações, importante rememorar que a nova Lei de Licitações enumerou as infrações passíveis de responsabilização no artigo 155, arrolando diversas condutas transgressoras. Já no artigo 156 foram tipificadas as sanções a serem impostas aos licitantes ou contratados, após verificação de subsunção do fato à norma, podendo ser desde uma simples advertência – para as transgressões leves, até mesmo uma declaração de inidoneidade, para as infrações gravíssimas. Por fim, nos §§ 2º a 5º desse artigo o legislador procurou correlacionar a infração praticada com a sanção a ser imposta, sem, contudo, limitar a discricionariedade da Administração.

Nesse sentido, o § 2º do artigo 156 estabelece que será aplicada a sanção de advertência exclusivamente quando a conduta transgressora for “a inexecução parcial do contrato”, mas admite a aplicação de outra penalidade mais grave, com as devidas justificativas. Na teoria, o instrumento contratual é celebrado para ser executado na sua plenitude pelas partes, nos exatos termos do que foi estabelecido em suas cláusulas e observadas a normas legais aplicáveis (artigo 155). Por outro lado, na prática diversas circunstâncias podem ocorrer e caracterizar a inexecução parcial do contrato, situação em que se observa descumprimento de obrigações assumidas, mas ainda factível levar a termo a execução do objeto contratual.

Para ilustrar a possibilidade de aplicação da sanção de advertência, imaginemos que o contratado tenha se omitido a apresentar determinado documento exigido em cláusula contratual. Nessa situação, após valoração de conveniência e oportunidade administrativa, seria possível pensar na manutenção do contrato, a fim de ter seu objeto executado, muito embora tenha ocorrido a inexecução parcial por parte da empresa. Como consequência, o infrator poderia ser punido com a sanção de advertência. Porém a norma também admite a aplicação de penalidade mais grave, desde que devidamente motivado e observado o devido processo legal.

A partir desse raciocínio, é razoável inferir que a sanção a ser imposta por descumprimento de obrigações contratuais deve ser auferida após o transcurso do processo apuratório, não sendo possível a fixação da penalidade com a simples notícia de suposta infração praticada. Pensar de modo diverso é o mesmo que admitir condenações antecipadas, característica de modelos inquisitoriais e Estados tirânicos. Somente ao final da instrução probatória mediante a garantia do contraditório e da ampla defesa é que será possível definir, de forma clara e objetiva, se será o caso de aplicação de sanção – podendo até mesmo se comprovar a inocência do acusado e ensejar o arquivamento do feito.

Como resultado, a partir de uma interpretação conforme à Constituição acerca dos dispositivos da nova Lei que tratam do processo sancionador para os casos de advertência e de multa, entende-se que será necessário instaurar processo de responsabilização para apuração de quaisquer fatos caracterizados como infrações administrativas, independente da sanção a ser imposta, observados os elementos informadores do devido processo legal.

Pois bem, definida a autoridade competente para instaurar o processo, o ato instaurador e a necessidade de processo de responsabilização para aplicação de quaisquer das sanções tipificadas na norma, passemos à próxima pergunta:

iv) Quem conduz o processo?

Como visto no tópico anterior, embora a nova Lei de Licitações preveja a necessidade de instauração de responsabilização apenas para as sanções restritivas de direito – impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade (artigo 158), entende-se que essa regra vale para toda e qualquer sanção. Admitindo essa premissa, a condução do processo fica a cargo da comissão a que alude o citado dispositivo: no caso de órgãos com quadro de servidores estatutários, serão ao menos 2 (dois) servidores estáveis; já para os demais órgãos e entidades da administração com quadro de empregados públicos, de igual modo serão ao menos 2 (dois) do quadro permanente e com o mínimo de 3 (três) anos de tempo de serviço.

Essa comissão pode assumir o caráter de unidade permanente ou temporária. Desejável que fosse do tipo permanente – ou seja, previamente constituída antes da ocorrência da suposta infração – pois estaria em perfeita harmonia com a teleologia do princípio do juízo natural ou da vedação de juízo ou tribunal de exceção (CF/88, artigo 5º, inciso XXXVII). Por outro lado, admite-se a criação de comissão específica para apuração de fatos determinados e cujas atribuições de seus membros estarão adstritas à duração do processo apuratório.

Independente do modelo da comissão, deve-se observar a imparcialidade de seus membros. A Lei 9.784/99 dedicou o capítulo VII para tratar das hipóteses de impedimento e suspeição do agente público⁹⁰. Assim, fica impedido de compor a comissão do processo de responsabilização o fiscal do contrato que levou ao conhecimento da autoridade superior a notícia de suposta infração, porque tem interesse direto na matéria. Por sua vez, é suspeito o servidor que tenha relação de amizade íntima com parente até o terceiro grau do acusado.

Nessa mesma linha, o artigo 7º da nova Lei de Licitações elenca os requisitos a serem preenchidos pelos agentes públicos no desempenho de suas funções. Entre eles, o inciso III veda que o servidor seja cônjuge ou companheiro dos licitantes e das contratadas, impedindo também que com estes possuam vínculo de parentesco até o terceiro grau, colateral ou por afinidade. O mesmo dispositivo veda também que o agente possua vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil com o licitante ou contratado.

Por fim, importante salientar que os membros da comissão do processo de responsabilização deverão possuir capacitação e conhecimento adequados para o desempenho de suas funções. Não à toa, a nova Lei de Licitações determina que a autoridade competente dos órgãos e entidades da Administração deverá promover a gestão por competência dos agentes públicos no desempenho de suas funções essenciais (artigo 7º). Ademais, o § 1º desse dispositivo exige observância ao princípio de segregação de funções, ou seja, proíbe que um mesmo servidor seja designado simultaneamente para o desempenho de funções mais suscetíveis a riscos.

Dessa forma, a partir de uma interpretação conforme à Constituição, entende-se que a competência para condução do processo de responsabilização será da mesma comissão a que alude o artigo 158 da nova Lei, independente da sanção a ser imposta.

Devidamente instaurado e definida a competência para sua condução, agora analisa-se o tempo de duração do processo.

⁹⁰ “Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo” (BRASIL, 1999, p. 04-05).

v) Qual o tempo de duração do processo?

Antes de perquirir o tempo de duração do processo, importante observar que a comissão encarregada de conduzir os trabalhos poderia, logo no início dos trabalhos, propor medidas composição do problema, com o objetivo de pôr fim à contenda. Isso é norma fundamental prevista no § 2º do artigo 3º do Código de Processo Civil, segundo a qual o Estado tem o dever de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Nesse caso, embora instaurado o processo, entende-se cabível a tentativa de conciliação ou a mediação, como meio alternativo de solução de controvérsia, conforme previsto no artigo 151 da nova Lei de Licitações.

Restando infrutíferas as tentativas de conciliação ou mediação, o processo segue seu curso normal até sua conclusão. O novo marco legal das contratações públicas não estabelece o prazo razoável de duração do processo de responsabilização, mas isso não pode ser entendido como autorização para instruções com tempo ilimitado. A própria Constituição da República em seu artigo 5º inciso LXXVIII assegura a todos o prazo razoável de duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, e isso se aplica ao âmbito judicial, como também no administrativo.

A morosidade na conclusão do processo pode, inclusive, ter repercussão no prazo prescricional, instituto que tem por objetivo consolidar os efeitos jurídicos em razão do passar do tempo. De acordo com a Lei nº 9.873/99, em processo pendente de julgamento ou despacho por prazo superior a 3 (três) anos, incide a prescrição. Entende-se que essa regra possa ser utilizada de forma analógica no âmbito da nova Lei de licitações, mas se trata de tempo de prescrição dentro do processo, remanescendo a dúvida quanto a seu prazo de duração.

O regime disciplinar contido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁹¹ traz regras claras e objetivas quanto ao tempo de duração do processo instaurado em face de servidor público federal. No caso, a norma prevê o prazo máximo de 140 dias – considerando 120 dias para a conclusão dos trabalhos da comissão processante, contados do ato de instauração, acrescidos 20 dias para a decisão da autoridade competente (artigo 142, §§ 3º e 4º c/c 152 c/c 167). Transcorrido o prazo máximo de duração do processo administrativo em questão, o prazo prescricional volta a correr, conforme entendimento pacífico do STJ (MS nº 8.418/DF) e do STF (RMS nº 23.436/DF).

⁹¹ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

No caso das contratações públicas, o assunto é tratado de forma ainda obscura pelo já citado Decreto 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção. A regra estabelecida no § 4º, artigo 5º desse normativo delimita o prazo de conclusão dos trabalhos da comissão em 180 dias, admitida prorrogação – podendo chegar então a 360 dias. Concluídos os trabalhos da comissão, a norma ainda prevê 10 (dez) dias para alegações finais da pessoa jurídica processada, bem como análise de regularidade e de mérito da controladoria da unidade, e igualmente manifestação do órgão de assessoramento jurídico, sem definição de prazo. Depois disso, os autos vão para decisão da autoridade competente, mas o normativo não define em que prazo o ato deve ser exarado.

Por sua vez, a citada Lei do Processo Administrativo (nº 9.784/99) trata do dever de decidir no capítulo XI. O artigo 48 esclarece que a decisão em processos instaurados e sobre solicitações e reclamações não é uma mera faculdade administrativa, mas sim um dever da autoridade competente, pois consagra a utilidade do direito de petição prevista no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, CF/88. Em seguida, o artigo 49 deixa claro que a Administração tem o prazo de 30 dias, admitida prorrogação por igual período - chegando a 60 dias, desde que devidamente motivada, a contar da conclusão da instrução, para decidir os processos administrativos.

Dessa forma, a partir de uma interpretação conforme a Constituição e aplicação analógica dos artigos 142, §§ 3º e 4º, 152 e 167 da Lei nº 8.112/90 c/c artigos 4º e 5º do Decreto nº 11.129/2022 c/c artigo 49 da Lei nº 9.784/99 é possível solucionar a questão analisada. Nesse caso, infere-se que o prazo razoável de duração do processo sancionador na nova Lei de Licitações é de 420 dias. Isso considerando o prazo ordinário de 180 para conclusão da instrução somado aos 180 da prorrogação, acrescido o prazo inicial de 30 dias para decisão mais 30 dias da prorrogação.

Ademais, em conformidade com a citadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o esgotamento desse prazo não tem o condão de anular ou impedir a decisão no processo. Por outro lado, começa a fluir novamente por inteiro o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o que pode prejudicar a pretensão punitiva da Administração. Nesse caso, a inércia do agente público na conclusão do processo pode caracterizar erro grosseiro e sujeitar a responsabilidade pessoal de quem deu causa (artigo 28, LINDB).

Por fim, há de se atentar para o fato de que a prescrição só se interrompe uma única vez para o mesmo fundamento, a teor do que dispõe o artigo 202 do Código Civil. Com efeito, instaurado o processo de responsabilização, o prazo prescricional é interrompido, ou seja, fica “zerado” como se nunca tivesse fluído. Por sua vez, passado o prazo máximo de duração do

processo (para fins deste trabalho, 420 dias), o prazo prescricional volta a fluir novamente e não poderá mais ser interrompido, já que referido instituto tem por objetivo conferir certeza às relações jurídicas, na busca da pacificação social e da segurança jurídica.

Concluída a instrução, agora cabe-nos verificar qual a autoridade competente para decisão do processo.

vi) Quem é competente para a decidir o processo no caso de sanções de advertência, multas e impedimento de licitar e contratar?

Como visto no início deste capítulo, a nova Lei de Licitações não define a autoridade competente para instaurar o processo de responsabilização. Depois de uma interpretação conforme a Constituição e aplicação analógica dos dispositivos da Lei do Processo Administrativo, foi possível inferir que essa atribuição incumbe à autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório no órgão ou entidade onde ocorreu a suposta infração. Interessante notar que essa competência se refere ao ato de instauração do processo, o que não significa, necessariamente, q atribuição de competência para decidi-lo.

Instauração e decisão são institutos jurídicos distintos que se inserem em fases distintas do processo. Pelo ato de instauração, a autoridade competente deflaga a apuração de reponsabilidade do licitante ou do contratado que supostamente praticaram infração administrativa, com o objeto de apuração da verdade dos fatos. Por sua vez, o ato de decidir está na outra extremidade – após concluída a instrução – e visa a pôr fim ao processo que outrora foi instaurado, em conformidade com a documentação probatória carreada aos autos e mediante decisão motivada.

Vale rememorar que a nova Lei de Licitações delimitou a competência para decidir o processo apenas quando a sanção a ser imposta for a declaração de inidoneidade. No caso do Poder Executivo, para os órgãos despersonalizados a competência será do titular da pasta ministerial ou dos secretários estaduais ou municipais, conforme o caso. Já para as autarquias ou fundação públicas, terá competência a autoridade máxima dessas entidades (artigo 156, § 6º, I). Em relação aos demais poderes da República (Judiciário e Legislativo), ao Ministério Público à Defensoria Pública, o inciso II prescreve que essa competência será da autoridade de nível hierárquico equivalente às mencionadas no inciso anterior.

Não se pode olvidar a evolução legislativa em relação à previsão de competência para a aplicação da sanção de inidoneidade. Por outro lado, ainda remanescem dúvidas que poderiam ser sanadas, como por exemplo: no âmbito do Judiciário federal, qual seria a autoridade

equivalente a um Ministro de Estado ou presidente de uma autarquia: o Desembargador presidente do Tribunal, o Juiz titular de determinada Vara ou Seção judiciária ou o Diretor-Geral? No âmbito do Ministério Público da União, quem seria a autoridade competente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade por infração praticada num contrato gerido por uma Procuradoria Regional do Trabalho: o Procurador-Chefe, o Procurador-Geral do Trabalho ou o Procurador-Geral da República? Para esclarecer essas indagações, a nova Lei estabelece que regulamento irá dispor sobre a matéria.

Por sua vez, a nova Lei não definiu a competência para aplicação das demais sanções nela previstas – advertência, multas moratória e compensatória e impedimento de licitar e contratar com o ente federado por até 3 anos (artigo 156, incisos I, II e III). Essa lacuna legislativa também está presente no regime antigo, pois não há previsão de competência para aplicação dessas sanções na Lei nº 8.666/93, nem tampouco na Lei do Pregão ou na Lei do RDC. Como resultado, observa-se que não há uniformidade de procedimento, de modo que a competência para aplicação de sanções pode variar de órgão para órgão e de entidade para entidade nas diversas unidades administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, trazendo insegurança jurídica para todos os envolvidos.

Em nosso sentir, deve ser afastada qualquer possibilidade de atribuição da competência para aplicar sanção aos responsáveis pela condução do procedimento licitatório e aos fiscais e gestores dos contratos. Primeiro porque, não raro, o processo de responsabilização é instaurado em razão de notícia de suposta infração levada ao conhecimento da autoridade superior por esses agentes públicos, o que os torna impedido de atuar no processo⁹². Segundo porque essa competência não consta entre o rol de atribuições desses importantes atores da cadeia de compra.

Vale rememorar que a competência dos fiscais de contratos se relaciona com o acompanhamento e fiscalização do objeto, cabendo-lhes anotar em registro próprio todas as ocorrências verificadas e determinar a correção de falhas ou erros, e levar ao conhecimento de seus superiores as situações que demandam a tomada de decisões (artigo 117, §§ 1º e 2º). Já os pregoeiros ou comissão e agente de contratação têm por competência a prática de atos relacionados ao bom andamento do certame até a sua efetiva homologação (artigo 8º). Como resultado, resta afastada a possibilidade de atribuir aos fiscais de contratos ou responsáveis por condução da licitação a competência para decidir o processo de responsabilização, pois não há consequente respaldo no princípio da legalidade.

⁹² Para maiores detalhes sobre os casos de impedimento e suspeição do agente público, ver item iv) deste capítulo, onde foram delimitados os indivíduos passíveis de conduzir o processo.

Ainda no regime antigo das contratações públicas esse assunto foi enfrentado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Orientação Normativa nº 48. Na oportunidade ficou consignado que – à exceção da sanção de declaração de inidoneidade – a competência para aplicar as sanções de advertência, multas, suspensão do direito de licitar (Lei nº 8.666/93 artigo 87, incisos I, II e III) e de impedimento de licitar e contratar (Lei nº 10.52/2002, artigo 7º) é da autoridade responsável para celebrar o contrato ou de outra definida em regimento. Nesse caso, caberia ao ordenador de despesas tal incumbência, pois se trata da autoridade responsável por empenhar despesas e autorizar pagamentos, suprimento e dispêndio de recursos públicos (Decreto-Lei nº 200/67, artigo 80, § 1º).

Por todo o exposto, diante da ausência de regra específica definindo o assunto, possível aplicar por analogia o artigo 17 da Lei nº 9.784/99 como método de integração normativa, assim como sugerido no caso de autoridade competente para instaurar o processo. Dessa forma, **a competência para decidir o processo de responsabilização, exceto no caso de sanção de declaração de inidoneidade, será da autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório.** Dessa decisão caberá recurso hierárquico, nos termos dissertados neste trabalho, findo o qual a sanção imposta poderá surtir seus efeitos, objeto do próximo tópico.

vii) A partir de quando a sanção imposta surte seus efeitos?

Decididos eventuais recursos interpostos, agora resta saber a partir de quando a sanção aplicada começa a surtir seus efeitos, assunto sem resposta no antigo regime e na nova Lei de Licitações. Para os casos de sanções restritivas de direito, certamente a definição do termo inicial da contagem do prazo da reprimenda imposta é fundamental para compreender o tempo de suspensão do direito de licitar e contratar com o poder público. No caso das sanções de advertência e de multas é importante definir o tempo a partir do qual correm os efeitos da sanção, pois isso terá efeitos na dosimetria de eventual nova penalidade.

Vimos que a nova Lei de Licitações considera as circunstâncias agravantes na dosimetria da pena e a reincidência é fato de agravamento da situação do acusado, e isso vale para todas as sanções impostas, inclusive a advertência (artigo 156, § 1º, inciso III). Ademais, no caso de sanção de multa e a partir dos efeitos da decisão, se houver recusa de pagamento espontâneo, deve a Administração promover sua execução – com a possibilidade de compensação de eventual crédito em favor da sancionada, desconto da garantia prestada ou cobrança judicialmente (artigo 156, § 8º).

Ademais, as penalidades restritivas de direitos surtem efeitos sobre eventuais contratos administrativos vigentes, mas celebrados em momento anterior à sanção aplicada. A partir de uma leitura do artigo 54, inciso XIII da Lei nº 8.666/93⁹³ ou do artigo 92, inciso XVI da nova Lei de Licitações⁹⁴, seria juridicamente plausível defender que a aplicação dessas sanções implicaria a rescisão do contrato. Referidos dispositivos determinam que é obrigação da contratada manter, durante a vigência do ajuste, todas as condições de habilitação no certame. Se, durante a execução contratual, a contratada perder a qualificação de habilitação, estaria prejudicada, então, a manutenção do contrato.

Por outro lado, melhor sustentar que as sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade produzem efeitos prospectivos, para o futuro - *ex nunc*, e não para o passado ou retroativo - *ex tunc*. Essa conclusão é amparada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ (MS 14002/DF)⁹⁵ e do Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão 2183/2019-Plenário)⁹⁶. Dessa forma, firmou-se o entendimento segundo o qual essas sanções não possuem o condão de anular contratos ou demais ajustes celebrados anteriormente à aplicação da punição, nem tampouco acarretam-lhes automaticamente a rescisão.

Ainda de acordo com citados precedentes, a rescisão dos contratos em curso em decorrência de aplicação de sanção restritiva de direito deve passar por uma valoração de conveniência e oportunidade administrativa, sobretudo porque essa medida não pode acarretar maiores prejuízos à Administração. Basta imaginar um contrato de prestação de serviços continuados e essenciais, no qual a signatária venha a sofrer uma sanção de impedimento de licitar e contratar. Nesse caso, a rescisão automática do contrato poderá impactar diretamente no bom andamento das atividades administrativas, acarretando prejuízos indesejáveis ao interesse público.

A nova Lei de Licitações determina que todos os órgãos e entidades da Administração Pública deverão informar e manter atualizados os dados referentes às sanções por eles aplicadas.

⁹³ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação” (BRASIL, 1993, p. 27).

⁹⁴ “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, 2021, p. 47-48).

⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Mandado de Segurança nº 14002/DF. Rel. Min. Teori Alvinio Zavaski. Primeira Seção. Julgado em 28 out. 2009. Publicado no Diário de Justiça em: 06 nov. 2009.

⁹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão nº 2183/2019 (Plenário). Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman. Entidade: Instituto Rio Branco - MRE. DOU de 23 set. 2019.

Essa informação deve ocorrer no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis da aplicação da sanção, com a finalidade de dar publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), ambos instituídos pelo Executivo federal (artigo 161). Esses sistemas poderão ser acessados pelo Portal Nacional de Contratações Públicas, ferramenta de governança, transparência e controle dos atos referentes a licitações e contratos administrativos (artigo 174, § 3º, inciso V).

Por sua vez, no regime da Lei nº 8.666/93, as sanções impostas por órgãos, autarquias e fundações públicas do Poder Executivo federal, inclusive impedimento de licitar e de contratar com o ente federado tipificada na Lei do Pregão, deverão ser registradas e publicadas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf⁹⁷. Ademais, poderão utilizar o bando de dados do Sicaf qualquer órgão ou entidade dos demais poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante adesão⁹⁸. É com base nas informações constantes no Sicaf que a Administração coleta informações acerca de ocorrências impeditivas de participar de procedimentos licitatórios e de celebrar contratos dos interessados em contratar com o poder público.

Na nova Lei, o Sicaf será uma dentre várias funcionalidades oferecidas pelo Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP (artigo 174, § 3º, inciso I). Vale reiterar que esse Portal tem a pretensão de reunir todas as informações relacionadas a licitações e contratos administrativos de todos os órgãos e entidades de toda a federação brasileira. Por essa razão, embora a falta de previsão expressa, infere-se os efeitos da sanção imposta começam a fluir do registro no sistema de registro unificado de fornecedores. A partir desse registro, observam-se três consequências: *i*) agrava a situação do acusado numa próxima infração; *ii*) deflagram os meios de execução da multa, no caso de recusa de pagamento espontâneo; *iii*) no caso de

⁹⁷ “Art. 32. O órgão ou entidade integrante do Sisg, ou que aderiu ao Siasg, responsável pela aplicação de sanção administrativa, prevista na legislação de licitações e contratos, deverá registrar a ocorrência no Sicaf.

(...)

Art. 34. São sanções passíveis de registro no Sicaf, além de outras que a lei possa prever:

I - advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso I, do art. 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o art. 86 e o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso II do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

III - suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso III do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

IV - declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002” (BRASIL, 2018, p. 13-14).

⁹⁸ “Art. 56. A Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia poderá ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante celebração de termo de acesso” (BRASIL, 2019, p. 15).

sanções restritivas de direito: *a)* impede o apenado de participar de licitações e de celebrar contratos, pelo tempo da sanção; e *b)* prejudica a manutenção de contratos celebrados antes da sanção imposta.

Pelo acima explanado, verifica-se a confirmação da hipótese de pesquisa da presente dissertação: a utilização dos métodos de integração normativa, associados à interpretação conforme a Constituição, são adequados e suficientes para preencher as lacunas do direito processual sancionador da nova Lei de Licitações, viabilizando a concretude do devido processo legal. Ademais, considerando os tópicos dissertados neste último capítulo, seria possível sugerir o seguinte rito processual:

1. Exercício do juízo de admissibilidade

Justificativa: verificar a presença de materialidade do fato supostamente infracional e indícios de autoria da licitante ou do contratado, evitando a deflagração de processos sem justa causa ou com falta de objeto. Nesse momento, oportuno verificar a ocorrência de prescrição ou eleição da via arbitral para dirimir a controvérsia – hipóteses prejudiciais ao bom andamento do processo, além de eventual celebração de Acordo de Leniência, hipótese que suspenderia o prazo prescricional.

Competência: autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório, preferencialmente definido em regulamento interno.

Referência: aplicação analógica do artigo 17 da nº Lei 9.784/99 e do artigo 3º do Decreto nº 11.129/2022; artigo 158, § 4º, inciso II c/ artigo 151 da Lei nº 14.133/2021; artigo 8º, parágrafo único da Lei 9.307/96.

2. Instauração do processo apuratório

Justificativa: presentes indícios de prática infracional e autoria, cabe ao gestor público instaurar o devido processo de apuração de responsabilidade em face do infrator. Na eventualidade de dúvidas, deve a autoridade competente instaurar o processo, pois aplica-se o princípio do *in dubio pro societate*. Ademais, o ato instaurador poderá assumir qualquer forma admitida em Direito, desde que nele conste sua finalidade.

Competência: autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório, preferencialmente definido em regulamento interno.

Referência: aplicação analógica do artigo do artigo 17 c/c artigo 22 da Lei nº 9.784/99; artigo 155 da Lei nº 14.133/2021.

3. Condução do processo

Justificativa: após a instauração do processo, os autos serão encaminhados à comissão encarregada de conduzir os trabalhos. Para os fins desta pesquisa acadêmica, qualquer que seja a sanção a ser aplicada, entende-se que o processo deve ser conduzido pela comissão a que alude o artigo 158 da nova Lei de Licitações, garantindo-se o contraditório e ampla defesa do acusado e sua participação efetiva no processo, a fim de influenciar na decisão final.

Competência: comissão formada por ao menos 2 (dois) servidores estáveis, no caso de órgãos com quadro de estatutários; já para os demais órgãos e entidades da administração com quadro de empregados públicos, de igual modo serão ao menos 2 (dois), do quadro permanente e com o mínimo de 3 (três) anos de tempo de serviço.

Referência: interpretação conforme a Constituição do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021.

4. Instrução do processo

Justificativa: a comissão responsável pela condução do processo deve a todo tempo realizar atividades destinadas a elucidação dos fatos, a fim de subsidiar a tomada de decisão da autoridade competente. Nessa fase processual, admite-se todas as provas lícitas que possam trazer à luz a verdade material e a participação do acusado é indispensável.

Competência: comissão encarregada de conduzir o processo ou do próprio órgão em que ele foi instaurado.

Referência: interpretação analógica do artigo 29 da Lei nº 9784/99 c/c artigo 158 da Lei nº 14.133/2021.

5. Decisão do processo

Justificativa: após a correta instrução do processo, deve a comissão elaborar relatório conclusivo e encaminhar os autos para a decisão da autoridade competente, oportunizando a manifestação do acusado, em sede de alegações finais. A fim de subsidiar a tomada de decisão do gestor, prudente e desejável a manifestação do órgão de assessoramento jurídico, que avaliará o cumprimento do devido processo legal. Por fim, necessário observar o prazo razoável de duração do processo, o qual, para os efeitos deste trabalho, é de 420 dias – contados da instauração até o ato decisório, sob pena de voltar a fluir novamente o prazo prescricional.

Competência: a) sanção de declaração de inidoneidade: no caso do Poder Executivo, para os órgãos despersonalizados a competência será do titular da pasta ministerial ou dos secretários estaduais ou municipais, conforme o caso; já para as autarquias ou fundação públicas, será competente a autoridade máxima dessas entidades. Em relação aos demais poderes da República (Judiciário e Legislativo), ao Ministério Público e à Defensoria Pública, essa competência será da autoridade de nível hierárquico equivalente às mencionadas no inciso anterior; e b) sanções de advertência, multas moratória e compensatória e impedimento de licitar e contratar, a decisão do processo caberá à autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório, preferencialmente definido em regulamento interno.

Referência: aplicação analógica dos artigos 17 e 49 da Lei nº 9.784/99 e do artigo 5º do Decreto nº 11.129/2022; artigo 156, § 6º, incisos I e II da Lei nº 14.133/2021; artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88.

6. Fase recursal

Justificativa: Da decisão que aplicar quaisquer das sanções previstas na norma, caberá interposição de recurso à autoridade competente, no prazo de 15 dias úteis da intimação da decisão. No caso de sanção de declaração de inidoneidade, será pedido de reconsideração à mesma autoridade que decidiu o processo; já para as demais sanções, trata-se de recurso hierárquico. Em ambos os casos, o recurso terá efeito suspensivo, exige manifestação obrigatória do órgão de assessoramento jurídico e a decisão final deve ser proferida no prazo de 20 dias úteis.

Competência: no caso de declaração de inidoneidade, será a mesma autoridade recorrida, por meio de pedido de reconsideração; para as sanções de advertência, multas moratória e compensatória e impedimento de licitar e contratar, será da autoridade superior àquela que proferiu a decisão recorrida.

Referência: Interpretação conforme a Constituição dos artigos 166, 167 e 168 da Lei nº 14.133/2021.

7. Publicação da decisão

Justificativa: Decididos os recursos eventualmente interpostos, deve a Administração promover a publicação da decisão no sistema de registro cadastral unificado de fornecedores. O propósito da publicação é possibilitar o início dos efeitos da sanção imposta e dar a devida publicidade ao ato. No caso de advertência, o efeito prático é constar como hipótese de situação agravante numa nova punição; já para as multas, corre o prazo de execução da reprimenda pecuniária; por fim, no caso de declaração de inidoneidade ou impedimento de licitar e contratar, a sanção imposta impede temporariamente o apenado de participar de procedimentos licitatórios e de celebrar contratos com o poder público, além de prejudicar eventuais contratos anteriormente celebrados e ainda vigentes.

Competência: trata-se de ato de mero expediente que será ultimado por qualquer agente público que receber essa atribuição.

Referência: princípio da hierarquia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de mais de uma década tramitando nas Casas do Legislativo nacional, em 1º de abril de 2021 foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021). Trata-se de um compilado das normas existentes no regime da Lei Geral de Licitações (nº 8.666/93), da Lei do Pregão (nº 10.520/2002), da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (nº 12.462/2011) e de decisões consolidadas do Tribunal de Contas da União – TCU. A fim de conceder aos gestores públicos um prazo de transição, será possível a escolha do regime a disciplinar as licitações publicadas e os contratos celebrados até 1º de abril de 2023, quando ocorrerá a revogação das citadas Leis.

Diversas regras sobre o direito processual sancionador estão ausentes na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, repetindo as mesmas falhas da Lei nº 8.666/93. A despeito da importância da temática, de uma leitura das normas processuais desse novo marco legal das contratações públicas, verificam-se lacunas normativas que podem comprometer o devido processo legal. Estão ausentes, por exemplo, dispositivos que tratam do regime de competência para instaurar, conduzir e decidir o processo, do ato instaurador e do tempo de duração.

Diante desse problema de pesquisa apresentado, o objetivo principal da presente Dissertação foi avaliar se a utilização dos clássicos métodos de integração normativa previstos no ordenamento jurídico pátrio, associada à uma interpretação conforme a Constituição das normas processuais sancionadoras da nova Lei de Licitações, seriam adequados e suficientes para preencher o vazio legislativo constatado. Para tanto, buscou-se examinar os elementos informadores do devido processo legal do Direito Administrativo Sancionador no Estado Democrático de Direito, abordar as normas materiais e processuais do direito sancionador previsto na nova Lei de Licitações e identificar as lacunas normativas existentes.

Na primeira parte do presente trabalho, dissertou-se sobre o Direito Administrativo Sancionador – DAS na Democracia e sobre os elementos informadores do devido processo legal. Como resultado, constatou-se que o DAS tem passado por relevantes transformações ao longo do tempo, sobretudo com a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Inicialmente, esse ramo do direito público era caracterizado pelo sistema monárquico-absolutista, no qual todo o poder pertencia ao soberano e em favor dele era exercido. Essa ruptura foi marcada pelas revoluções iluministas e introduziu uma nova concepção da ordem jurídica, cuja característica principal é a limitação do poder estatal segundo os contornos da lei, materializada pelo Estado de Direito.

A partir de então ganha relevo a clássica separação dos poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário, e a submissão de todos, inclusive do governante, aos limites estabelecidos pela norma jurídica. No caso brasileiro, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem-se a consolidação do Direito Administrativo Sancionador dentro dos contornos de Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo. Nesse sentido, inconcebível imaginar o exercício do poder punitivo estatal fora dos limites delineados pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Maior.

No segundo capítulo, buscou-se ressaltar os avanços e retrocessos do DAS na nova Lei de Licitações. Sempre que necessário para melhor compreensão da matéria, foram realizadas comparações com as normas constantes no regime da Lei nº 8.666/93, aí incluído a Lei do Pregão (nº 10.520/2022) e a Lei do RDC (12.462/2011). Logo de início destacou-se o aperfeiçoamento legislativo ao prever a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias – em especial conciliação, mediação, comitê de resolução de disputa e arbitragem, para resolver questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

Em seguida, constatou-se significativo aprimoramento das normas de direito material. Nesse caso, digno destacar a preocupação do legislador em consolidar os tipos sancionatórios, inclusive com a exclusão da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar prevista no artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93, além de disciplinar regras mais claras e objetivas sobre a dosimetria da pena, a desconsideração da personalidade jurídica e a reabilitação do apenado. Por outro lado, verificou-se que as normas de direito processual ainda continuam confusas, omissas ou contraditórias, problema da presente pesquisa, o que pode gerar insegurança jurídica às partes do processo.

O terceiro e último capítulo buscou destacar a problemática das lacunas processuais sancionadoras na nova Lei de Licitações e verificar se a interpretação de seus dispositivos conforme à Constituição e a utilização de analogias, princípios gerais do direito e costumes seriam adequados e suficientes para resolver o citado problema, hipótese da presente pesquisa. No início, de forma breve e objetiva foram contextualizados os métodos de integração normativa existentes e a importância da interpretação conforme a Constituição na Democracia. Em seguida, a partir da aplicação desses métodos nas lacunas identificadas, constataram-se, em síntese, os principais achados da pesquisa:

- i) qual a autoridade competente para instaurar o processo de responsabilização? A autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório, por aplicação analógica do artigo 17 da Lei nº 9.784/99;

- ii) qual o ato instaurador do processo? Esse ato pode assumir qualquer forma admitida em direito (Portaria, Resolução Instrução Normativa etc.), desse que nele conste expressamente a informação de sua finalidade: instaurar o processo de responsabilização. Aplicação analógica do artigo 22 da Lei nº 9784/99;
- iii) o processo de responsabilização é dispensável para as sanções de advertência e de multas? A partir de uma interpretação conforme a Constituição e dos princípios corolários do devido processo legal, a resposta só pode ser negativa;
- iv) quem conduz o processo de responsabilização? Por uma interpretação conforme a Constituição, independente da sanção a ser imposta, compete à comissão a que alude o artigo 158 da nova Lei de Licitações: para órgãos com quadro de servidores estatutários, será formada por ao menos 2 (dois) servidores estáveis; já para os demais órgãos e entidades da administração com quadro de empregados públicos, ao menos 2 (dois) do quadro permanente e com o mínimo de 3 (três) anos de tempo de serviço;
- v) qual o tempo de duração do processo? 420 dias é o prazo razoável e limite de duração do processo, nos termos da interpretação conforme a Constituição e aplicação analógica dos artigos 142, §§ 3º e 4º, 152 e 167 da Lei nº 8.112/90 c/c artigos 4º e 5º do Decreto nº 11.129/2022 c/c artigo 49 da Lei nº 9.784/99;
- vi) quem é competente para decidir o processo de responsabilização no caso de sanções de advertência, multas e impedimento de licitar e contratar? A autoridade de menor grau hierárquico com poder decisório. Aplicação analógica do artigo 17 da Lei nº 9.784/99; e
- vii) A partir de quando a sanção imposta surte seus efeitos? A partir do registro no sistema de registro unificado de fornecedores. Interpretação conforme a Constituição do 174, § 3º, inciso I da nova Lei de Licitações.

Observa-se, portanto, a confirmação da hipótese da presente pesquisa. Vale dizer, cada uma das omissões legislativas constatadas nas normas processuais da nova Lei de Licitações foi especificada, individualmente analisada e devidamente preenchida, a partir de uma

interpretação conforme a Constituição e valendo-se de métodos clássicos de integração normativa, viabilizando a concretude do devido processo legal. Ademais, foi possível sugerir o rito do processo de responsabilização. Como resultado, acredita-se que este estudo possa servir de caminho para que os diversos órgãos e entidades da Administração Pública uniformizem procedimentos e se inspirem na edição de regulamentos sobre o DAS nas contratações públicas, trazendo luz para o caminho que as partes devem percorrer para o exercício dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, conforme previsto na Constituição Federal.

Por fim, dada a complexidade, extensão e dinamismo da matéria, não é pretensão desta pesquisa que o assunto se esgote em si mesma. Pelo contrário, como indicação de estudos futuros, sugere-se aprofundar a discussão acerca dos seguintes pontos: o arcabouço normativo citado na presente pesquisa se insere num contexto de microssistema do DAS? Seria viável pensar numa alteração legislativa para suprir as lacunas aqui encontradas de modo que as normas sobre o DAS nas contratações públicas fossem unificadas em todos os entes da federação?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, M. S. *In dubio pro societate e a decisão de recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Escola de Direito e Administração Pública, Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2020.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 12 jul. 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018. Estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-3-de-26-de-abril-de-2018>>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei Município de São Paulo nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. **Diário Oficial da Cidade**, São Paulo/SP, 23 fev. 2018. Disponível em: <<http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 18 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/L8112compilado.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do artigo 37 da Constituição

Federal; e dá outras providências (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 02 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 29 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/19784.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 23 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 5 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>> Acesso em: 04 fev. 2022.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 fev. 2022.

CÂNDIDO, D. C. **Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DI PIETRO, M. S. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, S.; DALLARI, A. A. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, D. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, F. G. B. de C. Dos métodos de integração normativa e a superação parcial do artigo 4º da LINDB. **Revista Jus Navigandi**, ano 19, n. 3837. Teresina, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26203>>. Acesso em: 19 out. 2022.

FERREIRA, G. C. **Responsabilização sancionadora da pessoa jurídica: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

FIGUEIREDO, L. V. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209, pp. 7-18. Rio de Janeiro, 1997. DOI: <<https://doi.org/10.12660/rda.v209.1997.47039>>. Acesso em: 16 out. 2022.

FILHO, E. T. **A função Social da Empresa**. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. Ano I, Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais – RT, 2010.

FLEURY, F. B. C. **As infrações e sanções administrativas aplicáveis a licitações e contratos (Lei 8.666/93, 10.520/2002 e Lei 12.846/13)**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

FRIEDE, R. Princípios de interpretação constitucional. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, vol.12, n.3, pp. 1209-1226, 3º quadrimestre de 2017. Itajaí, 2017. DOI: <<https://doi.org/10.14210/rdp.v12n3.p1209-1226>>. Acesso em: 19 out. 2022.

GONÇALVES, B.; GRILO, R. C. G. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no regime democrático da Constituição de 1988. **Revista Estudos Internacionais - REI**, vol. 7, n. 2, pp. 467-478, mai./ago. Rio de Janeiro, 2021. DOI: <<https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.636>>. Acesso em: 16 out. 2022.

GROTTI, D. A. M. Devido processo legal e o procedimento administrativo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, vol. 6, n. 22, pp. 118-28, jan./mar. São Paulo, 1998. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1998;1000542625>>. Acesso em: 16 out. 2022.

GUARDIA, G. E. R. S. Princípios processuais no Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 109, pp. 773-797, jan./dez. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

GUIMARÃES, P. B. V.; FREITAS, M. K. de L. A constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro sob uma visão neoconstitucionalista. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, vol. 11, n. 2, pp. 279-295. Natal, 2019. DOI: <<https://doi.org/10.21680/1982-310X.2018v11n2ID15398>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

JOBIM, J. P.; RICARDINO, R.; CAMARGO, R. A. **A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo**. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. Comitê de resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura. São Paulo: Pini, 2016. pp. 169-191.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTINO, G. de O.; FAIWICHOW, F. E. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTINO, G. de O.; RAZZINI, F. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/oliveira-razzini-busca-desjudicializacao-litigios-publicos>>. Acesso em: 17 out. 2020.

KFOURI, G. S. Formação e evolução do instituto da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 2, n. 2, pp. 1-23. Curitiba, 2007. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/95>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, F. M. **As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

MARRARA, T. As fontes do Direito Administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 1, n. 1, pp. 23-51. São Paulo, 2014. DOI: <<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i1p23-51>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MARRARA, T. Competência, delegação e avocação na Lei de Processo Administrativo (LPA). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, vol. 8, n. 29, p. 29-50, abr./jun. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/6182>>. Acesso em: 27 out. 2022.

MARRARA, T. Princípios do processo administrativo. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 7, n. 1, pp. 85-116. São Paulo, 2020. DOI: <<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i1p85;116>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERCADO, F. G. G. de. *Sanciones administrativas: garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Granada: Comares, 2004.

MOREIRA NETO, D. de F.; GARCIA, F. A. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, vol. 11, n. 43, pp. 9-28, out./dez. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/70271>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MUNHOZ, R. M. de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

NADER, P. **Introdução ao estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

OLIVEIRA, R. F. de; SOUZA, T. L. S. e. O princípio da insignificância no Direito Administrativo Sancionador. **Revista do Direito**, vol. 3, n. 62, pp. 154-170, dez. Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14269>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

OLIVEIRA, J. R. P; GROTTI, D. A. M. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público – IP**, ano 22, n. 120, pp. 83-126, mar./abr. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAIVA, E. de. **A. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. In: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Curso de Constitucional: normatividade jurídica. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. pp. 51-60.

PESTANA, Marcio. A exorbitância nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, vol. 1, n. 1, pp. 141-162. São Paulo, 2021. DOI: <<https://doi.org/10.48143/rdai/01.mp>>. Acesso em: 16 out. 2022.

SALLA, R. M. **Aplicação dos Dispute Boards ao Mercado Imobiliário**. In: ARAUJO, P. D. R. de (coord.). Arbitragem, Mediação e Dispute Boards no mercado imobiliário. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 201-211.

SICCA, G. dos S. A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 143, p. 19-34. Brasília, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/500/r143-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y#:~:text=A%20Verfassungskonforme%20Auslegungjustifica%2D%20se%20como,ao%20controle%20dos%20demais%20ppoderes.>>. Acesso em: 19 out. 2022.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, pp. 607-630, jan./jun. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **EDcl no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519 - RJ (2015/0076635-2)**. Rel. Min. Regina Helena Costa. Publicado no Diário de Justiça em: 18 out. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Mandado de Segurança nº 8.418/DF. Rel. Min. Gilson Dipp. Terceira Seção. Julgado em 28 mai. 2003. Publicado no Diário de Justiça em: 9 jun. 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso Especial nº 174.274/SP**. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19 out. 2004. Publicado no Diário de Justiça em: 22 nov. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso Especial nº 1.197.406/MS**. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Publicado no Diário de Justiça em: 22 ago. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15166/BA**. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em: 07 ago. 2003. Publicado no Diário de Justiça em: 08 set. 2003

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Mandado de Segurança nº 19.657/DF**. Rel. Min. Eliana Calmon. Primeira Sessão. Julgado em 14 ago. 2013. Publicado no Diário de Justiça em 23 ago. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Agravo de Instrumento nº 529.733-1-RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Publicado no Diário de Justiça em: 01 dez. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Agravo Regimental em Agravos de Instrumento nº 210.048-0/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Entidade: Emicol Eletro Eletrônica Ltda e União Federal. Publicado no Diário de Justiça em: 4 de dezembro de 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23.436/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 24 ago. 1999. Publicado no Diário de Justiça em: 15 de outubro de 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Reclamação 4.335 Acre (Plenário)**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 20 mar. 2014. Publicado no Diário de Justiça em: 22 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Súmula Vinculante nº 5**. Aprovado em: 07 mai. 2008. Publicado no Diário de Justiça em: 16 mai. 2008.

TEPEDINO, G. **Normas Constitucionais e experiência de Direito Civil na experiência brasileira**. In: TEPEDINO, G. Temas de Direito Civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 21-46.

TEUTÔNIO, P. J. F. *et al.* A dupla faceta do devido processo legal e as novas demandas sociais. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, vol. 5, n. 1, pp. 17-46, jan./dez. Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1063>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

THEODORO JÚNIOR, H. O Procedimento Administrativo no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 35, pp. 189-195. Belo Horizonte, 1995. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1478>>. Acesso em: 16 out. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão 0584/2003**. Segunda Turma. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE, Dep. Fed. João Paulo Cunha, Dep. Fed. Fernando Ferro, Dep. Fed. Walter Pinheiro e Dep. Fed. Eustáquio Luciano Zica. Julgado em 10/04/2003, DOU de 28 abr. 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão 537/05**. Segunda Câmara. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE. Interessados: Federação Nacional dos Engenheiros – FNE; Nordeste Generation Ltda.; Geradora Brasileira de Energia Ltda. – Gebra; Breitener Energética S.A.; Proteus Power Brasil Ltda.; Termocabo Ltda.; Termoelétrica Potiguar S.A. – TEP; Parnamirim Energia S.A.; Destilaria JB Ltda.; Ceará Geradora de Energia S.A. – CGE; Enguia Gen BA Ltda.; Enguia Gen CE Ltda.; Enguia Gen PI Ltda.; Giasa S.A.; Termoelétrica Itaenga Ltda.; Empresa de Energia Elétrica do Brasil Ltda. – Engebra; CumMin.s Brasil Ltda.; e Companhia Energética de Petrolina. DOU de 17 mar. 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão nº 2183/2019 (Plenário)**. Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman. Entidade: Instituto Rio Branco - MRE. DOU de 23 set. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão 4037/2020 (Plenário)**. Rel. Min. Benjamin Zymler. Processo de desestatização para acompanhar a concessão das rodovias BR-

163/MT/PA e BR-230/PA. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A.; Ministério da Infraestrutura. Sessão extraordinária: 8 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão 504/2015 (Plenário)**. Rel. Min. Weder de Oliveira. Entidade: Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades (CGRL/MCid). Interessados: Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades (CGRL/MCid) e 3R Locação de Veículos e Turismo Ltda. DOU de 11 mar. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão nº 2530/2015 (Plenário)**. Rel. Bruno Dantas. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Diretoria Regional - Minas Gerais (ECT/DR/MG). DOU de 22 out. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Decisão 286/1993 (Plenário)**. Rel. Min. Homero Santos. Interessado: Dep. Fed. Paulino Cícero, Min. de Estado de Minas e Energia. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. DOU de 04 ago. 1993.

VITORELLI, E. O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. **Rev. Fac. Direito UFMG**, vol. 72, p. 187-217, jan./jun. Belo Horizonte, 2018. DOI: <10.12818/P.0304-2340.2018v72p187>. Acesso em: 04 fev. 2022.

TRINDADE, B. R.; SALIBA JÚNIOR, C. C.; NEVES, F. B.; SOARES, P. S. C. **Conhecimento e Aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em Obras de Médio e Grande Portes**. In: Comitê de Resolução de Disputas – CRD – nos Contratos de Construção e Infraestrutura (uma abordagem prática sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil. Bernardo Ramos Trindade (Org.). São Paulo: Pini, 2016. pP. 38-39.

WALD, A. *Dispute resolution boards*. Imprensa: São Paulo, 2004.

ZIMMER, A. **Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.