

RAFAEL ALVES DE MENEZES

DIREITO CONTRATUAL DAS OBRAS PÚBLICAS

2ª EDIÇÃO

revista, atualizada
e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PENALIDADES E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

9.1. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A prerrogativa de a Administração Pública aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste encontra previsão legal no art. 104, inciso IV, da Lei nº 14.133/21, conferindo o poder-dever de “apurar eventuais práticas sancionáveis e aplicar as punições exigíveis, no interesse do serviço público, resguardando sempre a prévia defesa do contratado, que deverá ser ampla, com possibilidade de produção de prova”¹.

Nesse contexto, surge o poder disciplinar contratual da Administração Pública, que deu origem ao Direito Administrativo Sancionador, encarregado de apurar e aplicar as sanções administrativas, o qual tem por finalidade primordial aplicar a sanção administrativa e punir o infrator, além do escopo disciplinar ou pedagógico².

A Corte de Contas Federal aponta que o “o fiscal do ajuste deve realizar o fiel registro de todas as ocorrências relevantes observadas e a Administração não pode se furtar ao direito-dever de aplicar as sanções administrativas previstas, quando for o caso”³.

1. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op. Cit.*, 2019, p. 860-861.

2. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 2ª ed. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 101.

3. TCU, Acórdão nº 6462/2011-Primeira Câmara, Relator Walton Alencar Rodrigues.

A sanção administrativa tem duas finalidades, a de caráter educativo, que tem o intuito de demonstrar às licitantes/contratadas que as condutas praticadas não são toleradas pela Administração, bem como de caráter repressivo, com o caráter de retribuição pela conduta praticada.

É nítido que as sanções administrativas possuem também caráter punitivo e, por tal motivo, o exercício do poder punitivo pela Administração Pública deve se submeter às mesmas balizas que guiam a aplicação do direito penal, encontrando fundamento e limite na sistemática constitucional.

Corroborando ao exposto, confira-se a posição do doutrinador Gustavo Binenbojm:

É assim que se alcançou consenso no sentido de que o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no âmbito do Direito Penal. Tudo isso a partir da cláusula do Estado democrático de direito e dos seus diversos desdobramentos no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Nesse sentido, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIII, LIV e LV), destacam-se: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (arts. 5.º, II e XXXIX, e 37, caput); os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5.º, caput, XXXIX e XL); os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5.º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5.º, XLVI); e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1.º e 5.º, LIV).⁴

O Superior Tribunal de Justiça também adota o mesmo entendimento, concluindo que “à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana”⁵. Há também outro precedente aplicando a retroatividade da lei sancionadora mais benéfica ao acusado ao direito administrativo sancionador⁶.

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, entendeu que “na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores

4. BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

5. STJ, ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24559, Processo nº 2007.01.65377-1, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 01/02/2010.

6. STJ, ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 37031, Processo nº 2012.00.16741-5, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/02/2018.

axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado”⁷.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV, estabeleceu o princípio do devido processo legal, de importância ímpar no Estado Democrático de Direito e no Direito Administrativo Sancionador, que dispõe que “ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”, sendo interpretado em duas óticas: formal e material.

No âmbito formal, o devido processo legal refere-se aos procedimentos e ritos que devem ser observados durante o processo de persecução sancionatória, que impõe inclusive a necessidade de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, enquanto na ótica material o devido processo legal considera a justiça, a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões e atos praticados pelo Estado.

É essencial também respeitar o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, devendo recair sobre a Administração Pública o ônus probatório da ocorrência do ilícito⁸. A atividade fiscalizatória possui relevância ímpar na aplicação do poder disciplinar contratual, que é o poder de a Administração Pública aplicar sanções administrativas aos contratados pela prática de infrações contratuais e legais.

As aferições, afirmações e constatações lançadas pela fiscalização possuem presunção relativa de veracidade, só podendo ser desconsideradas pela entidade contratante se houver justificativa plausível, conforme posição do Tribunal de Contas da União:

[...]

No caso de contratação de empresa para supervisão de obras, os apontamentos elaborados pela supervisora possuem presunção relativa de veracidade, só podendo ser desconsiderados pela entidade contratante se houver justificativa plausível para tanto, mesmo cabendo a esta última a elaboração dos Boletins de Medição dos serviços prestados e a autorização dos correspondentes pagamentos.⁹

Nesse caso, a decorrência lógica do fato de que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, no âmbito sancionatório, é a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar contratual, a fim de que seja demonstrada a eventual ilegalidade das constatações alcançadas pelo agente público.

7. STF, Rcl 41.557, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/03/2021.

8. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205.

9. TCU, Acórdão nº 1081/2015-Segunda Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer.

Em igual sentido, vejamos a lição de Marçal Justen Filho:

A presunção de legitimidade é relativa, o que equivale a uma inversão do ônus da prova. Significa, portanto, que a Administração Pública não tem necessidade de provar que o conteúdo do ato é legítimo, cabendo ao terceiro o ônus de provar ser ele ilegítimo.¹⁰

Após a constatação do fiscal do contrato, a instauração do processo administrativo é essencial para garantir que todas as alegações e constatações sejam devidamente verificadas e que o direito ao contraditório e à ampla defesa sejam assegurados ao contratado. Durante o processo, a Administração Pública avaliará as evidências apresentadas pelo fiscal, em conjunto com outras provas e argumentos que possam ser fornecidos pelo contratado.

A Administração Pública, após a condução do devido processo legal no âmbito do processo sancionador, formará sua convicção sobre a necessidade de aplicação de penalidade. Nesse contexto, caso sejam apresentadas provas suficientes que justifiquem a imposição da penalidade, será desconstituída a presunção de inocência¹¹.

Também é essencial a observância do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito sancionador, tanto na vertente da cominação da pena como na aplicação da penalidade.

Na vertente da cominação da pena, o princípio da proporcionalidade exige que a lei, contrato ou edital preveja sanções que sejam adequadas e proporcionais à gravidade da infração. Já na vertente da aplicação da pena, o princípio da proporcionalidade exige que as autoridades aplicadoras da penalidade ajustem a pena ao caso concreto.

A aferição da obediência à proporcionalidade ocorre pela verificação dos três requisitos seguintes: (i) adequação do ato para alcançar o desejado com a medida; (ii) necessidade ou exigibilidade, que irá aferir se a medida é excessiva ou não, além de que a adoção de outras menos gravosas teria o condão de atingir a mesma finalidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que envolve a apuração da razoabilidade da sanção aplicada.

A Lei nº 14.133/21 instituiu alguns balizadores a serem considerados na aplicação das sanções que objetivam justamente a observância da proporcionalidade: I – a natureza e a gravidade da infração cometida; II – as peculiaridades

10. JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 308.

11. NIEBUHR, Pedro; DE ROLT, Amanda Pauli. O ônus da prova da acusação nos processos administrativos sancionadores: a prevalência do princípio da presunção de inocência frente à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance n. 22. Ano 6, p.185-197. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./set.2022.

do caso concreto; III – as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV – os danos que dela provierem para a Administração Pública; V – a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (art. 156, § 1º).

Ronny Charles Lopes de Torres ressalta a necessidade de observância do art. 156, § 1º, com avaliação dos balizadores citados, sob pena de nulidade da aplicação da sanção, em respeito ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais estabelecidas em favor do particular:

Segundo o § 1º do art. 156, alguns aspectos deverão ser considerados na aplicação das sanções, entre eles: a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Trata-se de um dever legal. Caso a aplicação da sanção não avalie esses elementos, poderá ser anulada pelo Judiciário. Enquanto manifestação de uma prerrogativa extraordinária e também do poder disciplinar da administração, o exercício da competência sancionatória se submete rigorosamente ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais estabelecidas em favor do particular.¹²

Vale dizer que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) incluiu, na raiz do regime jurídico do direito administrativo, o dever de interpretação pragmática, contextual e consequente de todas as normas sobre gestão pública. Os seis parâmetros definidos pelo § 2º do art. 22 para a dosimetria do sancionamento (natureza, gravidade, danos, agravantes, atenuantes e antecedentes) são de aplicação compulsória a todas as normas sancionatórias de direito administrativo, exigindo do intérprete uma análise minudente que contemple, inclusive, o princípio da proporcionalidade.

Vejamos trecho das lições:

[...] a aplicação da sanção requer do intérprete uma avaliação pormenorizada das condições objetivas e subjetivas para calibrar a resposta da administração pública de maneira adequada e pertinente. [...] Ao inverso do que pode parecer, há espaço reduzido para a discricionariedade administrativa. Existe um equilíbrio ótimo, que deve ser necessariamente alcançado entre a conduta produzida e o sancionamento incidente. Será possível de reforma o sancionamento aplicado em desconformidade com o efeito proporcional pretendido pela adoção dos parâmetros da dosimetria.¹³

12. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op. Cit.*, 2021, p. 772.

13. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Dosimetria do Sancionamento*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada. Decreto-Lei n. 4.567, de 4 de setembro de 1942. V.2. São Paulo: Quartier Latim, 2019. P. 205-206.

Nessa linha, decidiu-se que não deve ser responsabilizado o agente pela conduta que, diante de circunstâncias excepcionais devidamente demonstradas, “embora em desconformidade com a norma, tenha se dado num contexto de inexigibilidade de conduta diversa (art. 22 da LINDB), removendo-se, assim, o pressupostos da culpabilidade, necessário à imposição da sanção”¹⁴.

A jurisprudência firmada pelo TCU, com base no art. 22 da LINDB, reconheceu que é possível afastar a responsabilização de agentes públicos quando ausente o pressuposto da culpabilidade, quando a atuação do gestor ocorrer em situações de crise, que podem demandar medidas urgentes e atípicas, em ambiente de incerteza e contextos adversos.

Quando o *quantum* imposto se mostrar irrisório ou exorbitante no caso concreto, ou seja, em descompasso com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a revisão da penalidade se mostra cabível:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA PREVISTA EM EDITAL DE LICITAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. CONSTATAÇÃO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ, via de regra, reputa incabível na via especial a revisão do valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de multa, ante a impossibilidade de análise de fatos e provas, conforme a Súmula 7 do STJ. 2. Em caráter excepcional, admite-se a alteração da penalidade quando o quantum imposto se mostrar irrisório ou exorbitante, ou seja, em descompasso com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp 1.859.535/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 26/06/2020). 3. Hipótese em que a sanção imposta à licitante pela não apresentação de um único documento relativo à habilitação (certidão de falência e concordata), a despeito de prevista no edital, foi aplicada em montante manifestamente excessivo (10% do valor estimado para a contratação – R\$ 1.334.150,00), pois, conforme historiado na sentença, além de não ter sido “praticado nenhum ato desonesto ou inidôneo que pudesse macular ou procrastinar o certame em prejuízo da Administração”, o preceito editalício impõe a mesma sanção para situações “totalmente discrepantes” e sem nenhuma gradação quando prevê que “o licitante que entregar documentação falsa ou que se comportar de modo inidôneo será punido com a mesma sanção que aquele que deixar de entregar um único documento.” 4. Manutenção da decisão agravada que acolheu o apelo especial para restabelecer a sentença, na qual a multa foi reduzida para 1% do valor efetivamente contratado (R\$ 9.985,50 – nove mil, novecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos). 5. Agravo desprovido.¹⁵

Para casos que possuam certa gravidade, como o atraso injustificado na execução de obras públicas, a Corte de Contas Federal considerou que

14. TCU, Acórdão nº 886/2025-Plenário, Revisor Minsitro Bruno Dantas.

15. STJ, AgInt no AREsp 1456402 ES 2019/0052774-5, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 08.03.2021, 1ª Turma, DJe 17.03.2021.

havia sido adotadas medidas de baixa produtividade, que surtiram pouco ou nenhum efeito, visto que, no caso concreto, houve a aplicação apenas da penalidade de advertência:

[...]

Por ocasião da fiscalização, foi apontada a inadequação das providências adotadas pela Petrobras para sanar interferências que estavam a provocar atrasos na obra, a qual já se encontrava em significativo descompasso com o cronograma previsto e que, por estar inserida no caminho crítico de partida do Comperj, poderia retardar substancialmente o início da operação de todo o Complexo, causando prejuízos milionários aos cofres da estatal. Não obstante a fiscalização da companhia continuamente alertar para a baixa produtividade da empresa contratada, foram efetuadas à construtora apenas advertências, que pouco ou nenhum efeito surtiram.

[...].¹⁶

No caso de existirem parcelas já cumpridas do contrato e o inadimplemento for parcial, o Superior Tribunal de Justiça adotou a tese de que é necessário considerar a extensão do cumprimento das obrigações contratuais na aferição da aplicação das penalidades, consagrando a necessidade de análise da noção de adimplemento substancial, que é a aferição do cumprimento das obrigações contratuais por uma das partes, mesmo que não tenha sido realizado de maneira completamente fiel ao que foi inicialmente acordado¹⁷.

Da mesma forma, a aplicação do princípio da insignificância também pode ser considerada ao avaliar a natureza e a gravidade da infração cometida, a fim de evitar a aplicação de sanções para infrações de mínima gravidade, que não causam danos significativos à Administração Pública ou à ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui jurisprudência consolidada de que o princípio da insignificância, também chamado de “princípio da bagatela” incide quando se encontram presentes, cumulativamente, as seguintes circunstâncias objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada¹⁸.

No Acórdão nº 3.437/2013-Plenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) também manifestou-se no sentido da aplicabilidade do princípio da bagatela, quando se encontrem presentes, cumulativamente, as mesmas circunstâncias objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculo-

16. TCU, Acórdão nº 981/2017-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes.

17. STJ, REsp 914087/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ. 29.10.2007.

18. STF, HC 123.199-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/03/2017.

sidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O TCU também já aplicou expressamente o princípio da insignificância nos casos de débitos de baixa materialidade, quando presentes os requisitos acima citados, considerando o custo do controle e o atendimento aos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual:

É possível aplicar o princípio da insignificância para afastar débito de baixa materialidade, diante da mínima ofensividade da conduta do responsável e da inexpressividade da lesão jurídica provocada, levando-se em consideração o custo do controle e o atendimento aos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual.¹⁹

Quanto às disposições sancionatórias da Nova Lei de Licitações, é certo que o regime sancionatório das empresas contratadas é mais benéfico do que previsto nas Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, pois a dosimetria das penas é menor (artigo 156, § 1º, da Lei nº 14.133/21) e há a consagração da prescrição da pretensão punitiva (artigo 158, § 4º, da Lei nº 14.133/21).

Numa visão garantista, seria possível sustentar a aplicação da retroação do regime sancionatório da Lei nº 14.133/21 para os contratos regidos pelas legislações anteriores, com fundamento no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988 da Constituição Federal, pois “a expressão ‘lei penal’ contida no dispositivo constitucional refere-se a ‘lei sancionadora em geral’, devendo ser aplicada, com cautela, a todo e qualquer ramo do direito”²⁰.

Todavia, como já exposto no Capítulo 1, no item 1.6, a Orientação Normativa nº 78/2023, da Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi adotada no sentido oposto, prevendo que “o regime jurídico das sanções previstas na Lei nº 14.133, de 2021 não é aplicável aos contratos firmados com base na legislação anterior, nem alterará as sanções já aplicadas ou a serem aplicadas com fundamento na legislação anterior, em respeito à proteção do ato jurídico perfeito”.

9.2. TIPOS DE SANÇÕES E PENALIDADES

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções ao contratado no caso de inexecução total ou parcial do ajuste ou descumprimento de cláusulas contratuais, desde que haja a observância do devido processo legal,

19. TCU, Acórdão 2716/2024-Segunda Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

20. PEDRA, Anderson Sant’Ana. A Nova Lei de Licitação e a (Im)possibilidade de Conjugação dos Regimes Sancionatórios à Luz do Direito Administrativo Sancionador. 2024. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2024/04/nova-lei-de-licitacoes-e-a-retroatividade-benigna-impossibilidade-de-conjugacao-de-regimes-sancionatorios-Anderson-S-Pedra.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2024.

do direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme previsto nas hipóteses do art. 155 da Lei nº 14.133/21.

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.

O art. 156 da Lei nº 14.133/21 especifica as sanções administrativas, as quais serão aplicáveis à luz do princípio da proporcionalidade, considerando a gravidade da infração contratual praticada, sendo a advertência aplicável às infrações mais leves e a declaração de inidoneidade às mais graves:

- (i) advertência;
- (ii) multa;
- (iii) impedimento de licitar e contratar;
- (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

A Lei nº 14.133/2021 introduziu uma sistemática clara e específica para a aplicação de sanções administrativas, determinando quais condutas são puníveis e quais sanções correspondem a cada tipo de infração, resultando em uma maior clareza e previsibilidade no regime sancionatório.

Viviane Mafissoni comenta a sistemática adotada pelo novo regime:

[...] os parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 156 trazem uma singularidade no sentido de vincular determinada infração ao tipo de sanção a aplicar. Isso

proporciona mais clareza a Administração, auxiliando sobre qual a sanção aplicar diante do cometimento de determinadas infrações por licitantes e contratados. Contudo, a norma deixa de especificamente vincular a sanção de multa a algum tipo determinado de infração, destacando que esta poderá ser aplicada a todas as infrações do art. 155, inclusive de forma cumulativa com as demais previstas (§ 7º do art. 156), regra já prevista nas normas vigentes.²¹

A sanção de advertência será aplicada exclusivamente pela infração administrativa de “dar causa à inexecução parcial do contrato”, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave (art. 156, § 2º).

Já a sanção de multa deverá ser calculada na forma do edital ou do contrato e não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 (art. 156, § 3º).

A sanção de “impedimento de licitar e contratar” será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas de “dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo”, “dar causa à inexecução total do contrato”, “deixar de entregar a documentação exigida para o certame”, “não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado”, “não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta” e “ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado”, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave (art. 156, § 4º).

A sanção de “impedimento de licitar e contratar” impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

A sanção “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos “apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato”, “fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato”, “comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza”, “praticar atos ilícitos

21. MAFISSONI, Viviane. Infrações e sanções na nova Lei de Licitações: as inovações, 2023. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/infracoes-e-sancoes-na-nova-lei-de-licitacoes-as-inovacoes/>. Acesso em: 11 de agosto de 2024.

com vistas a frustrar os objetivos da licitação”, “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013” (art. 156, § 5º).

Além dessas, caso seja justificada a imposição de penalidade mais grave que a de “impedimento de licitar e contratar”, será possível aplicar a pena de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” para as infrações previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII, que inicialmente eram previstas cominadas para a sanção de “impedimento de licitar e contratar”.

A sanção “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal (art. 161, *caput*).

Há também obrigação estabelecida no art. 161, parágrafo único, de o Poder Executivo regulamentar a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Por fim, previamente à celebração dos contratos administrativos, para fins de aferição de eventuais sanções administrativas aplicadas, é imprescindível a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), desenvolvido pela Controladoria-Geral da União, em atenção ao disposto no art. 23 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), também estabelecido no art. 161 da Lei nº 14.133/21, conforme determinação expressa do art. 91, § 4º, da Nova Lei de Licitações.

9.3. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

O art. 156, § 6º, da Lei nº 14.133/21, dispõe que a sanção “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras quanto à competência para a aplicação: 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.

Com exceção da citada sanção, a qual possui disposição expressa acerca da autoridade competente, as demais podem ser aplicadas por outras autoridades, conforme os atos normativos de regulamentação da competência do órgão.

O art. 17 da Lei nº 9.784/99 informa que “inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”. Ronny Charles Lopes de Torres sustenta que a atribuição para decisão e aplicação de sanções é do ordenador de despesas ou gestor do contrato²².

Nesse sentido, cito a Orientação Normativa AGU nº 48/14: “É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nºs 10.520, de 2002, e 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento”.

9.4. PROCESSO SANCIONADOR

Os arts. 157 e 158 dispõem que, na aplicação da sanção de multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação, enquanto para aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade é necessária a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta por 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.

No caso de órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado por servidores estatutários, a comissão referida será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade (art. 158, § 1º).

Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação (art. 158, § 2º).

22. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op. Cit.*, 2019, p. 872.

Vale dizer também que serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas (art. 158, § 3º).

É possível perceber que não há menção específica na Lei nº 14.133/21 sobre a necessidade de um processo formal para a aplicação da penalidade de advertência, aplicável para os casos de inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, diferentemente das sanções de multa, impedimento de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade.

Portanto, apesar de a aplicação da advertência ser mais simplificada em razão da própria infração que se objetiva punir, é imprescindível que haja a observância do devido processo legal e também a abertura de oportunidade para o exercício do contraditório e ampla defesa.

Propõe-se, portanto, uma interpretação conforme a Constituição do art. 157 da Lei nº 14.133/21 a fim de que a faculdade de defesa do interessado e a possibilidade de produção de provas alcancem todas as sanções administrativas previstas no art. 156, restringindo-se, porém, a constituição de comissão composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis para as sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade ou, ao menos, que seja utilizada a lei do processo administrativo de cada ente federativo, a fim de garantir um rito de aplicação da penalidade.

Vale dizer, ao fim, que os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei (art. 159).

9.5. PERDA DO DIREITO DE PUNIR

O art. 158, § 4º, da Lei nº 14.133/21, dispõe que a prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será: a) interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo; b) suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; c) suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

O artigo 189 do Código Civil de 2002 estabelece que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. A redação da legislação civilista presume a ciência imediata do indivíduo que teve seu direito violado.

Logo, em regra, o termo inicial da prescrição é o surgimento da pretensão, porém a aplicação da literalidade do art. 189 do Código Civil de 2002 pode resultar em prejuízo àqueles que viram seu direito violado, uma vez que, para fins de prescrição, mais essencial que a própria violação do direito é a ciência daquele que teve seu direito violado. É a consagração da Teoria da *Actio Nata*.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, “o direito, a partir de quando passa a ser exigível, dá origem à pretensão. De fato, a partir da exigibilidade do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a sua realização, caracterizando a pretensão.”²³

Nesse mesmo sentido, cito o Enunciado 14 do Conselho da Justiça Federal:

1. O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo;
2. O art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

Por isso, a Lei nº 14.133/21 determinou que a prescrição deva ocorrer em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração²⁴, a fim de evitar que determinadas condutas sejam fulminadas pela prescrição sem que o poder público sequer tome ciência de sua ocorrência.

A teoria do contrerrâneo Agnelo Amorim Filho²⁵, amplamente aceita no direito brasileiro e incorporada pelo Código Civil de 2002, faz uma distinção clara entre prescrição e decadência com base na natureza dos direitos e ações a que se referem.

A prescrição está relacionada às ações condenatórias, que envolvem direitos subjetivos, geralmente associados a pretensões pessoais. Portanto, está intimamente ligada a deveres, obrigações e à responsabilidade que surge do não cumprimento das regras estabelecidas pelas partes ou pelo ordenamento jurídico.

A decadência, por outro lado, refere-se a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. Os direitos potestativos são aqueles que permitem a uma parte modificar ou extinguir uma relação jurídica, caracterizando-se pelo “estado de sujeição que o seu exercício cria para

23. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62.

24. Nos termos da Súmula nº 635 do STJ, “Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção”.

25. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

outra ou outras pessoas, independentemente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra sua vontade”²⁶. Estabelece, portanto, um prazo dentro do qual um direito potestativo deve ser exercido, sob pena de sua extinção definitiva. Ao contrário da prescrição, a decadência extingue o próprio direito, e não apenas a possibilidade de ação judicial.

A hipótese da perda do direito de punir estabelecida no art. 158, § 4º, apesar de citar a ocorrência de “prescrição”, muito mais se assemelha à hipótese de decadência²⁷, visto que o *jus puniendi* contratual se trata de um direito potestativo do ente contratante, e resulta na extinção do próprio direito de punir, do que uma pretensão a ser exercida em face do contratado. A utilização do termo “prescrição” no art. 158, § 4º, da Lei nº 14.133/21 parece ter sido preferida a fim de compatibilizar o termo inicial do prazo quinquenal com a ciência da infração pela Administração. Essa escolha alinha-se com a teoria da *actio nata* e permite a aplicação de regras de interrupção e suspensão típicas da prescrição.

9.6. EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS SANÇÕES

A sanção de “impedimento de licitar e contratar” (art. 156, III) impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, enquanto a sanção “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” (art. 156, IV) impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

Na Lei nº 14.133/21 a questão passou a ser tratada de forma mais clara e parece ter sido colocado um ponto final na discussão da temática, estabelecendo os efeitos restritos para a Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção para o “impedimento de licitar e contratar” e efeitos ampliados Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos no caso da sanção de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”.

Na Lei nº 8.666/93, a situação era distinta.

Eram previstas as sanções de “suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração” e “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”, além da sanção de “impedimento de licitar e contratar”, prevista na Lei nº 10.520/02, mas havia certa indefinição sobre a abrangência e extensão dos efeitos em relação aos entes da Administração Pública, como veremos.

26. *Ibid.*, p. 4-5.

27. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, 2023, p. 1689.

A suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, dispunha que era aplicável por prazo não superior a 2 (dois) anos. Como havia expressa referência à Administração, nos termos do art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, parte da doutrina sustentava a restrição dos efeitos, aplicando-se tão somente a “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Nesta sanção, o TCU possuía entendimento no sentido de que os efeitos eram restritos tão somente ao órgão ou entidade que a aplicou, nos termos do seguinte acórdão: “A penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante que a aplicou”²⁸.

Todavia, diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça adotavam posicionamento distinto da Corte de Contas Federal, no sentido de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, alcança outros entes federativos, abrangendo todo e qualquer órgão da Administração Pública²⁹.

Por outro lado, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública encontrava previsão no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. Em razão da expressa referência à Administração Pública, nos termos do art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, entendia-se que a extensão dos efeitos englobava “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”. O Superior Tribunal de Justiça possuía jurisprudência nesse sentido³⁰.

Quanto à sanção de impedimento de licitar e contratar, disposta no art. 7º da Lei nº 10.520/02, estabelecia-se que “ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”. Para esta sanção, o TCU possuía entendimento firme no sentido de que a penalidade produzia efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo sancionador (União ou estado ou município ou Distrito Federal)³¹.

28. TCU, Acórdão nº 408/2013-Plenário, Relator Raimundo Carreiro.

29. STJ, REsp 151.567/RJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208. Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp 1382362/PR, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 31/03/2017.

30. STJ, REsp 520.553/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009.

31. TCU, Acórdão 819/2017-Plenário, Relator André de Carvalho. Em igual sentido: TCU, Acórdão 1003/2015-Plenário, Relator Benjamin Zymler.