

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

André Felipe Xavier da Silva

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo:
A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021

Florianópolis
2021

André Felipe Xavier da Silva

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo:
A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Silva, André Felipe Xavier da
A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do
processo administrativo: : A permissão legal de aplicação
da teoria pela Lei 14.133/2021 / André Felipe Xavier da
Silva ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2021.
65 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito. 3. Licitações e contratos. 4.
Desconsideração da Personalidade Jurídica. 5. Direito
Administrativo Sancionador. I. Cristóvam, José Sérgio da
Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)

(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

Aos **20** dias do mês de **setembro** do ano de **2021**, às **18** horas e **00** minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: “[Aprovação Integral](https://teams.microsoft.com/dl/launcher/launcher.html?url=%2F_%23%2F1%2Fmeetup-join%2F19%3Ameeting_MDY5Y2MzNWMtMDFiYi00OGM4LTlkODgtYWMxNDg3ZTA5MmY1%40thread.v%2F0%3Fcontext%3D%257b%2522Tid%2522%253a%25221a901d06-ddf0-4c3a-88c2-9d4c569ef679%2522%252c%2522Oid%2522%253a%2522f62e085b-bfc2-41d0-9985-ba3b57b3f52d%2522%257d%26anon%3Dtrue&type=meetup-join&deeplinkId=4cd9c47f-2c6c-49b0-8aa0-1f0142eea762&directDl=true&msLaunch=true&enableMobilePage=true&suppressPrompt=true” intitulado “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo: A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) André Felipe Xavier da Silva, matrícula nº 16203515, composta pelos membros Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam (orientador), Prof^ª. Dra. Suzana Soares Melo (membro de banca) e Andrey Lyncon Soares (membro de banca), abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.</p></div><div data-bbox=)

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 22 de setembro de 2021.



Documento assinado digitalmente
Jose Sergio da Silva Cristovam
Data: 22/09/2021 17:42:53-0300
CPF: 926.524.840-87
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

(ASSINATURA DIGITAL)

Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
ANDREY LYNCON SOARES BENTO
Data: 22/09/2021 17:43:36-0300
CPF: 070.173.699-20
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof^ª. Dra. Suzana Soares Melo

(ASSINATURA DIGITAL)

Membro de Banca

Andrey Lyncon Soares

(ASSINATURA DIGITAL)

Membro de Banca

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

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo: A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**André Felipe Xavier da Silva**”, defendido em **20/09/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 22 de setembro de 2021



Documento assinado digitalmente
Jose Sergio da Silva Cristovam
Data: 22/09/2021 17:43:12-0300
CPF: 926.524.840-87
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
(ASSINATURA DIGITAL)
Professor Orientador

Prof^a. Dra. Suzana Soares Melo
(ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
ANDREY LYNCON SOARES BENTO
Data: 22/09/2021 17:44:07-0300
CPF: 070.173.699-20
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Andrey Lyncon Soares
(ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): André Felipe Xavier da Silva

RG: 6.564.967

CPF: 107.659.849-89

Matrícula: 16203515

Título do TCC: A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo: A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021

Orientador(a): Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, André Felipe Xavier da Silva, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.



Documento assinado digitalmente
André Felipe Xavier da Silva
Data: 22/09/2021 17:20:57-0300
CPF: 107.659.849-89
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Florianópolis, 22 de setembro de 2021.

ANDRÉ FELIPPE XAVIER DA SILVA

André Felipe Xavier da Silva

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo:
A permissão legal de aplicação da teoria pela Lei 14.133/2021

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de
"Bacharel" e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 20 de setembro de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Presidente

Prof^a. Dra. Suzana Soares Melo
Membro Titular 1

Andrey Lyncon Soares
Membro Titular 2

À minha família, Lucia e Laura, minha namorada, Marisa, e aos meus amigos, em especial, ao grupo “Van”, por todo apoio e suporte durante todos esses anos.

RESUMO

Esta monografia objetiva discutir acerca da possibilidade de aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo, conforme previsão constante no artigo 160 da Lei 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações. Utilizará o método dedutivo, partindo do conceito geral do Direito Administrativo Sancionador para as particularidades na recepção da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Para isso, serão apresentadas as bases do direito administrativo sancionatório no Brasil, discutindo seus fundamentos, limites, possibilidades e, em especial, as tendências mais recentes, adentrando temática como a sua autonomia e a constitucionalização do direito. Discute criticamente acerca do regime sancionatório na Lei 14.133/2021, aprofundando-se sobre a questão sancionatória no marco das compras públicas no Brasil, com especial destaque para as principais mudanças num estudo comparativo com a Lei 8.666/1993. Debate a possibilidade de a Administração Pública fazer uso da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, examina a Lei Federal 12.846/2013, que trata da responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Palavras-chave: Licitações e contratos. Direito Administrativo Sancionador. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the possibility of applying the theory of disregard of legal personality in the scope of administrative proceedings, as provided for in article 160 of Law 14,133/2021, known as the New Bidding Law. It will use the deductive method, starting from the general concept of Sanctioning Administrative Law for the particularities in the reception of the Theory of Disregard of Legal Personality. For this, the bases of administrative sanctioning law in Brazil will be presented, discussing its foundations, limits, possibilities and, in particular, the most recent trends, entering into themes such as its autonomy and the constitutionalization of law. It critically discusses the sanctioning regime in Law 14.133/2021, going deeper into the sanctioning issue in the context of public purchases in Brazil, with special emphasis on the main changes in a comparative study with Law 8.666/1993. Debates the possibility of the Public Administration making use of the Theory of Disregard of the Legal Personality, examines Federal Law 12,846/2013, which deals with the accountability of legal entities for the practice of acts against the Public Administration.

Keywords: Public bidding and contracting. Sanctions under administrative law. Piercing of the corporate veil.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Comparativo de leis.....	59
-------------------------------------	----

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	13
2.	O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	16
2.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
2.2.	O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	16
2.2.1	<i>Constitucionalização do Direito Administrativo</i>	<i>16</i>
2.2.2	<i>Direito Administrativo Sancionador e sua relação com a Constituição Federal</i>	<i>20</i>
2.2.3	<i>Princípios norteadores.....</i>	<i>21</i>
2.3.	OS DEBATES SOBRE ILÍCITOS E SANÇÕES ADMINISTRATIVOS	24
2.2.4	<i>Diferenciação dos ilícitos e sanções no Direito Penal e Administrativo</i>	<i>24</i>
2.2.5	<i>Conceito de ilícito e sanção administrativos</i>	<i>30</i>
2.4.	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	31
3.	REGIME PUNITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	33
3.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	33
3.2.	A NOVA LEI DE LICITAÇÕES	33
3.3.	INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE	35
3.4.	SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE	37
3.5.	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	39
4.	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	41
4.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	41
4.2.	BREVE CONCEITUAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	42
4.2.1	<i>Histórico do instituto e sua aplicação no âmbito privado do ordenamento brasileiro.....</i>	<i>42</i>
4.2.1.1.	<i>A pessoa jurídica</i>	<i>42</i>
4.2.1.2.	<i>Espécies de teorias desconconsideração da personalidade jurídica</i>	<i>44</i>
4.2.1.3.	<i>Aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil</i>	<i>46</i>
4.2.2	<i>A teoria da desconconsideração e o respeito ao devido processo legal</i>	<i>50</i>
4.2.3	<i>A desconconsideração atributiva.....</i>	<i>52</i>
4.3.	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	53

5.	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	55
5.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	55
5.2.	EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	56
5.2.1	<i>Entendimento do Tribunal de Contas da União</i>	<i>57</i>
5.2.2	<i>A Disregard Doctrine na Lei nº 12.846/13</i>	<i>58</i>
5.3.	ANÁLISE DO ARTIGO 160 DA LEI 14.133/2021.....	61
5.4.	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	65
6.	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) versa sobre temática intrinsecamente conexa ao Direito Administrativo Sancionador, abrangendo campo administrativo dedicado à investigação de princípios e regras incidentes sobre infrações, sanções administrativas e o seu respectivo processo inquiridor.

A Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), no corrente ano, instituiu-se como novo marco das compras públicas no Brasil, trazendo como uma das suas inovações em relação à Lei 8.666/1993 a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração sancionadora, expressamente na legislação licitatória.

Nessa medida, planejou-se um estudo dedicado a debater a recepção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*) pela Nova Lei de Licitações e, por conseguinte, no âmbito administrativo sancionador.

Em que pese a *Disregard Doctrine* já tenha se consolidado no ordenamento brasileiro, possuindo diversas hipóteses de aplicação, a sua presença na esfera administrativa é muito tímida e acaba por gerar certa insegurança na comunidade jurídica. Tal discussão foi reavivada com a previsão da Nova Lei de Licitações, causando diversos questionamentos na comunidade jurídica, vez que nesta hipótese o instituto é aplicado pela própria Administração sancionadora, de modo auto executório.

Dessa forma, faz-se necessário expor a problemática central da presente pesquisa: quais as principais mudanças sancionatórias no novo marco das compras públicas no Brasil em relação à Lei 8.666/1993 e quais os problemas, limites e possibilidades na aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, positivada pelo art. 160 da Lei nº 14.133/2021?

Para isso, elabora-se a hipótese básica de que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, no âmbito do processo administrativo, é medida excepcional, vez que, afora carecer de estrita observância da ampla defesa e do contraditório ao administrado, deve comprovar efetiva colaboração e/ou concorrência para a prática do ato ilícito, bem como aferir a culpabilidade do administrador ou do sócio-administrador, da empresa sucessora, da empresa do mesmo ramo coligada ou, por fim, da controladora.

Entretanto, para se discutir essa possibilidade de aplicação, inicialmente, objetiva-se realizar uma análise do Direito Administrativo Sancionador no Brasil e produzir um comparativo no campo sancionatório entre a Lei 8.666/1993 e sua sucessora Lei 14.133/2021, concluindo com as particularidades na recepção da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Importante situar que o método de abordagem escolhido é o dedutivo, já que se partirá do conceito geral do Direito Administrativo Sancionador como ramo próprio do Direito Administrativo para as particularidades na recepção da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Nessa toada, passa-se ao primeiro objetivo específico, que visa demonstrar as bases do direito administrativo sancionatório no Brasil, discutindo seus fundamentos, limites, possibilidades e, em especial, as tendências mais recentes, adentrando temáticas como a sua autonomia e a constitucionalização do direito.

Como se pretende constatar, a essência desse regime jurídico-administrativo sancionatório tem fonte constitucional, pode-se afirmar que decorre especificamente do próprio fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo.

Portanto, convém razeoar sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo e seus reflexos na construção do referido regime jurídico-administrativo sancionatório, haja vista que teve seu conceito edificado a partir da Constituição Federal de 1988 e, como ramo autônomo do Direito Administrativo, não se pode deixar de averiguar o conjunto de princípios e normas que amparam o seu conceito.

Bem delimitados os princípios e conceitos base do Direito Administrativo Sancionador, será enfrentado tema espinhoso, mas que não pode deixar de ser estudado. Isso pois é sabido que uma das principais dificuldades assombram os estudiosos do tema é no tratamento da sanção administrativa. Tal dificuldade advém grande parte das vezes da ausência de uma separação cautelosa do seu regime jurídico e outros análogos, com os quais muitas vezes se confunde, como é o caso do penal.

Será analisada toda a evolução das quatro correntes de diferenciação dos ilícitos administrativos, no entanto, há de se afirmar, de antemão, que o presente trabalho se utiliza como base o critério dogmático, entendendo ser o critério que melhor define a diferenciação. Na sequência resta delinear as características do conceito de ilícito e sanção administrativo.

Assim, balizou-se o primeiro capítulo.

No capítulo seguinte, persegue o segundo objetivo específico, colocando em discussão o regime sancionatório na Lei 14.133/2021, através da abordagem acerca da questão sancionatória no marco das compras públicas no Brasil, com especial destaque para as principais mudanças em um estudo comparativo com a Lei 8.666/1993.

Portanto, se encaminhará para uma abordagem bem mais próxima da Nova Lei de Licitações, contextualizando com o Projeto de Lei que deu origem ao seu texto, bem como destacando brevemente algumas das suas inovações. No curso, o foco vira-se a um estudo comparativo entre a Lei nº 14.133/2021, recentemente sancionada, e a Lei 8.666/1993, abordando especificamente as alterações e questões sancionatórias.

Já no terceiro e quarto capítulo, essencialmente, versará sobre o terceiro objetivo específico, qual seja: discutir sobre a questão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplicável ao tema, os seus marcos normativos básicos, evolução do instituto e, sobretudo, a análise crítica e detalhada de todos os pontos principais do art. 160 da Lei 14.133/2021.

Dessa maneira, ao longo do terceiro capítulo, a temática a ser tratada será a da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, iniciando-se na evolução do instituto e sua aplicação no ordenamento brasileiro de forma ampla, ou seja, naquelas previsões já consolidadas, apresentado sua correlação com devido processo legal, ampla defesa e contraditório, bem como a possibilidade do instituto se apresentar na hipótese de desconsideração atributiva da personalidade.

Por fim, no último capítulo, um novo desafio é proposto, entender detalhadamente como se procederam as experiências de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, distinguindo duas fases principais: uma pré-Lei Anticorrupção, abordando o entendimento que se consolidou no Tribunal de Contas da União; e, posteriormente, na aplicação do instituto previsto na Lei Anticorrupção.

Para fechar o capítulo, se retornará a uma análise crítica de todos os pontos principais do artigo 160 da Nova Lei de Licitações, contrapondo-o com o dispositivo previsto na Lei Anticorrupção, que supostamente foi utilizado como base para a Lei nº 14.133/2021, visando identificar seus eventuais problemas, limites e possibilidades de aplicação.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema proposto contempla matéria intrinsecamente conexa ao Direito Administrativo Sancionador, abrangendo, por conseguinte, toda uma esfera do administrativo dedicada ao estudo de princípios e regras incidentes sobre infrações e sanções administrativas, bem como o processo apuratório.

Dessa forma, mostra-se necessário mergulhar em uma análise aprofundada do Direito Administrativo Sancionador, tendo como objetivo inicial demonstrar que a essência desse regime jurídico-administrativo sancionatório bebe diretamente da fonte constitucional, mais especificamente, do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo.

Assim, importa razoar sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo e seus reflexos na construção do referido regime jurídico-administrativo sancionatório, vez que teve seu conceito edificado a partir da Constituição Federal de 1988.

2.2. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.2.1 Constitucionalização do Direito Administrativo

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro experienciou um período de forte transformação, sobretudo no âmbito do Direito Administrativo. Ora, era de se esperar, já que o Estado, anteriormente rígido, vertical e unilateral, passou a se atentar aos destinatários finais da função administrativa, conforme a premissa presente na Carta Magna de que “todo o poder emana do povo”

Há de se falar também que a transformação constitucional brasileira não se resume à formação de um ordenamento jurídico em que vigora uma Constituição provida de supremacia. Trata-se, na realidade, de uma modificação muito mais

profunda, vez que engloba o efeito da consolidação da superioridade hierárquica da Constituição Federal¹, essencialmente pelo seu viés axiológico².

Em outras palavras, houve a incorporação de normas e valores constitucionais para todos os ramos do direito, em especial, àqueles relacionados à atuação estatal³. Corroborando o contexto, leciona José Sérgio da Silva Cristóvam que esse fenômeno, intensificado com o advento da Carta Magna de 98, traduz-se em uma completa reestruturação, tanto das bases da teoria constitucional quanto “da própria disciplina jurídica em geral, espraiando renovadas luzes e reflexos normativos em todas as direções e aos mais longínquos e recônditos espaços do universo jurídico nacional”.⁴

Esse é o pretense fenômeno da *constitucionalização do Direito*, que nas palavras de Luís Roberto Barroso, melhor se descreve como “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”⁵.

No âmbito internacional, tal fenômeno se difundiu anos antes, logo após a Segunda Guerra, como consequência do Estado Constitucional de Direito que, segundo nos ensina Cristóvam, surgiu para “suplantar a ordem de instabilidade política e social” daquele momento histórico. Haja vista as circunstâncias do período estabeleceram que a preponderância e instituição das garantias e direitos fundamentais do ser humano seriam o grande foco dos Estados⁶.

Ademais, o professor identifica a supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais como características basilares do referido modelo⁷. Essas mesmas características podem ser visualizadas no processo de constitucionalização do direito administrativo.

¹ COSTA FERREIRA, Gustavo. *Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 27.

² BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

³ 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*, v. 11, n. 2, p. 279 - 295, 4 abr. 2019, p. 283.

⁴ CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 325.

⁵ BARROSO, 2008. p. 32.

⁶ GUIMARÃES; FREITAS, 2019, p. 285.

⁷ CRISTÓVAM, 2015, p. 75-79.

O diploma constitucional consolida-se como o prisma para interpretar todos os demais ramos do Direito, deixando de ser visto como somente um sistema em si⁸. Barroso designa essa diretriz como *filtragem constitucional*, na qual “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”⁹.

Vivencia-se, portanto, um momento de transição dinâmica-interpretativa de releitura do Direito Administrativo, que deve, predominantemente, submeter suas aplicações e interpretações ao crivo valorativo da Constituição.¹⁰

Ainda, O jurista Marçal Justen Filho assinala que tal abordagem estabelece limites constitucionais à interpretação jurídica de todas as instituições jurídico-administrativas.¹¹ Um dos reflexos dessa limitação se dá na interpretação das normas, momento em que se deve, de antemão, desconsiderar aquelas possibilidades interpretativas que não coadunem com a ordem constitucional¹².

Institui-se, assim, “um interessante e sofisticado movimento de substituição da legalidade, como fonte reitora da disciplina jurídico-administrativa, pela própria Constituição, fator de verticalização e direta parametrização normativa da atuação administrativa”¹³, maneira pela qual o Poder Público incorpora a noção de legitimidade dos seus atos à eficácia do diálogo conduzido entre o governo e a sociedade civil, impactados diretamente a partir da decisão administrativa¹⁴.

No tocante à relação entre constitucionalização do Direito Administrativo e sua relação com a axiologia constitucional, entende-se que o direito administrativo possui um pacto quanto à realização dos interesses da sociedade, estendendo-se até a produção ativa dos valores humanos.

⁸ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *O procedimento administrativo: entre o poder e a legitimidade*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 119, 2007.

⁹ BARROSO, 2012, p. 43

¹⁰ ZOUENIN, Luís Henrique Linhares. *Teoria do tipo administrativo sancionador em tempos de caça às bruxas*. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-23/tribuna-defensoria-teoria-tipo-administrativo-sancionador-tempos-caca-bruxas>>. Acesso em: 22 de julho de 2021.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 83.

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 67.

¹³ CRISTÓVAM, 2015, p. 212.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

Isso em razão da existência de valores fundamentais que devem ser efetivados, não cabendo discussão sobre essa necessidade de efetivá-los, restando claro que esse processo não pode ser executado com fundamento em escolhas individuais e egoísticas¹⁵.

Desse modo, se enxerga o direito administrativo como “instrumento jurídico e social para a atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades”¹⁶.

Nessa lógica, abordando a validade axiológica do Direito Administrativo, aduz Leandro Corrêa de Oliveira que “decorre de uma evolução sociopolítica que importa alterações radicais nas instituições e concepções vigentes, que coloca a manifestação das prerrogativas estatais sempre face ao tema da legitimação”¹⁷.

Por esse ângulo, Cristóvam sintetiza categoricamente todo esse novo regime jurídico-administrativo, construído nos últimos anos como “uma disciplina aberta, dinâmica, dialética e dialógica, fundada lógica, axiológica, metodológica e ideologicamente na trindade estruturante dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e no princípio republicano”¹⁸.

Ao abordar a temática, Gustavo Costa Ferreira elenca como efeitos diretos da constitucionalização do Direito Administrativo a redefinição da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a associação direta do administrador com a Constituição, causando a perda de soberania da lei, também chamada de princípio da juridicidade. Além disso, o autor destaca a possibilidade de análise judicial do mérito administrativo e o acréscimo da consensualidade na Administração Pública.¹⁹

Temos, dessa maneira, um Direito Administrativo com *dupla função*, organizar a autoridade do poder enquanto deve defender a liberdade dos administrados²⁰.

Nesse cenário apresentado, a título exemplificativo, tanto os processos administrativos quanto os contratos firmados com a Administração pública ganham relevância em detrimento do ato administrativo. Isso pois, enquanto os processos e contratos administrativos incentivam a participação da sociedade, os atos

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 03.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ OLIVEIRA, 2007, p. 42.

¹⁸ CRISTÓVAM. 2015, p. 317.

¹⁹ COSTA FERREIRA, 2019, p. 29-30.

²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo, vol. I*. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 157.

administrativos tão somente se embasam na formalidade estrita, tendo somente a atuação unilateral da Administração Pública²¹.

Uma vez compreendido o contexto em que se encontra inserido o Direito Administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se imprescindível compreender a evolução do Direito Administrativo Sancionador, para que possamos adentrar de forma aprofundada na análise do regime sancionatório na Nova Lei de Licitações, explorando as principais modificações no que se refere às sanções e infrações em contraposição com a Lei 8.666/93.

2.2.2 Direito Administrativo Sancionador e sua relação com a Constituição Federal

Conceitua-se o Direito Administrativo Sancionador como ramo próprio do Direito Administrativo, o qual se atenta às sanções e infrações administrativas – estas sendo pressupostos daquelas e cuja consumação é averiguada em um processo administrativo. Logo, se pode assumir que é campo dedicado à análise de princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório²².

Tais princípios norteadores e limitadores moderam o poder sancionador da Administração Pública, responsável pela imposição de sanções reguladas pelo Direito Administrativo²³. Ademais, conforme contextualizado no subtópico anterior, esses princípios fruem diretamente da Constituição Federal, sobretudo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

No presente trabalho, será utilizado o critério dogmático para distinguir ilícitos penais dos administrativos, todavia somente se abordará seu mérito em subtópico posterior. Adianto, entretanto, que o entendimento aqui utilizado não adere à identidade de regimes jurídicos, mas reconhece que o direito administrativo e o direito penal têm fundamento na Constituição Federal. Neste sentido, aduz Fábio Medina Osório:

²¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 103.

²² GUEDES, Francisco Augusto Zardo. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 22.

²³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

Imperioso examinar mais de perto as sanções penais e as administrativas, de modo deixar bem claro o limite puramente dogmático que as separa. De fato, se o Estado possui uma unitária pretensão punitiva ou não, o certo é que este poder pode projetar-se sobre os indivíduos e sociedade por dois caminhos fundamentais e, sobretudo, distintos (sujeitos a regimes jurídicos distintos): sanções penais e sanções administrativas. Um dos grandes desafios contemporâneos é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades - administrativa e judiciária -, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas.

De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois, numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República.

A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais.²⁴

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

Tal conceituação foi concebida pela evolução de teorias que se apoiaram na sedimentação de garantias inerentes à noção do próprio Estado de Direito, em especial, da submissão do Estado ao princípio da legalidade e ao desenvolvimento da noção de função administrativa²⁵.

Sob a mesma ótica, assevera Celso Antônio Bandeira Mello que a autonomia do Direito Administrativo Sancionatório é reflexo da existência de um “conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-o das demais ramificações”.²⁶

2.2.3 Princípios norteadores

²⁴ OSÓRIO, 2015, p. 141.

²⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 152.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

Desde o contexto exposto de transformação promovida pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos na evolução do Direito Administrativo, até a estruturação do Direito Administrativo Sancionador, a presença dos princípios norteadores é indispensável.

Ao se falar em exercício da atividade administrativa sancionatória, o princípio da legalidade figura como a garantia aos particulares de que somente será aplicada pena caso haja prévia e precisa descrição de conduta e da respectiva sanção²⁷. Trata-se como garantia, pois, ao passo que a lei define os direitos individuais, ela também limita aquela atuação administrativa que atente restringir tais direitos, ainda que em benefício da coletividade²⁸.

Dessa forma, a Administração Pública incumbida da condução e fiscalização da conduta dos particulares, não poderia exigir sem permissão legislativa expressa a prática ou proibição de determinados atos, tampouco impor consequências sancionatórias pela violação daquelas determinações.

Tal princípio está expressamente proclamado no artigo 37, bem como nos artigos 84, IV, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual institui “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Seguindo essa lógica, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que a Administração Pública jamais proibirá ou compelirá comportamento ao terceiro que não estiver devidamente embasado em lei específica que lhe habilite a proibir ou impor algo ao terceiro.

Nessa toada, se acrescenta que não lhe é possível publicar qualquer regramento para restringir a liberdade dos administrados, seja ele regulamento, instrução, resolução, portaria, ou qualquer outro ato. A única ressalva apresentada pelo autor é a hipótese de “em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”²⁹.

Tratando-se do Direito Administrativo Sancionador, a doutrina majoritária afirma que a vinculação à legalidade é ainda mais rígida, reconhecendo, ainda, sua vinculação à tipicidade cerrada³⁰. Isso pois, em matéria sancionatória, a exigência

²⁷ MACHADO, Fernando Moreno *As sanções da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2014, p. 36.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 220.

²⁹ MELLO, 2015, p. 105-106.

³⁰ OSÓRIO, 2015, p. 226-228.

relativa à observância do princípio da legalidade deve ser considerável, visando minimizar a discricionariedade e, como resultado, conter a possibilidade de arbitrariedades do Estado em sua competência.

Ademais, destacam-se três fundamentos justificadores do reconhecimento da tipicidade nos domínios do Direito Administrativo Sancionador³¹: (i) legalidade *lato sensu*, prevista no art. 5º, II, da Constituição da República, na qual extrai-se a exigência de tipicidade, dado que é corolário dela³²; (ii) cláusula do devido processo legal, estabelecida no art. 5º, LIV, da Constituição da República, da qual se extrai que “a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado”³³, e (iii) garantia da segurança jurídica³⁴, vez que “sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais”³⁵

Outro princípio importante no âmbito do Direito Administrativo Sancionador é o da tipicidade, do qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme estabelecido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

A tipicidade impõe que as infrações administrativas sejam razoavelmente claras, em outras palavras, que não gerem incertezas sobre a definição do comportamento reprovável. Transcende, assim, a legalidade ordinária, dado que “oferece densidade normativa detalhada”³⁶.

Essa imposição mostra-se fundamental para que o administrado tenha ciência “da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível”³⁷.

Nessa toada, Fábio Medina Osório elenca as funções do princípio da tipicidade, a primeira delas, por óbvio, é gerar segurança jurídica e previsibilidade ao

³¹ COSTA FERREIRA, 2019, p. 107

³² OSÓRIO, 2015, p. 230; TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, 2004, p. 194.

³³ OSÓRIO, 2015, p. 231.

³⁴ MELLO, 2007, p. 134

³⁵ OSÓRIO, 2015, p. 231.

³⁶ *Ibid.*, p. 229.

³⁷ MELLO, 2015, p. 877.

agir administrativo, para que o administrado entenda o teor norma e tenha a faculdade de observar ou não o cerne normativo, transmitindo as consequências que podem advir da conduta. Na figura da segunda função da tipicidade, o autor apresenta a função pedagógica, instruindo que “a sociedade deve estar habilitada a perceber, de uma perspectiva formal e material, o conteúdo das proibições, de modo que possam os tipos desempenhar importantes funções preventivas, evitando o cometimento de ilícitos”.³⁸

2.3. OS DEBATES SOBRE ILÍCITOS E SANÇÕES ADMINISTRATIVOS

Para adentrar ainda mais fundo no Direito Administrativo Sancionador, abordarei em seguida um dos assuntos mais problemáticos da matéria: a distinção entre os ilícitos e sanções no Direito Penal e Administrativo.

Tal debate é fundamental, haja vista a existência de divergências doutrinárias quanto à natureza do Direito Administrativo Sancionador. Parte majoritária da doutrina administrativista identifica o campo sancionador como mais uma área de atuação da Administração Pública, regida pelas normas eminentemente administrativistas³⁹, já outra parcela da doutrina encara o Direito Administrativo Sancionador como uma expressão do Direito Penal.

Além disso, a depender da corrente utilizada para diferenciar os ilícitos penais dos administrativos, o debate pode adquirir efeitos práticos quando se trata de submeter as normas sancionadoras às regras gerais do Direito Administrativo ou aos fundamentos do Direito Penal.

2.2.4 Diferenciação dos ilícitos e sanções no Direito Penal e Administrativo

No presente tópico enfrenta-se tema crucial para o completo entendimento do Direito Administrativo Sancionador, vez que uma das grandes dificuldades para compreender as sanções administrativas é a confusão quanto a lógica aplicada para a sua separação dos demais regime jurídico.

A discussão é antiga, trata-se de matéria debatida desde os primórdios do Direito Administrativo Sancionador. Sobre a problemática, existem duas correntes tradicionais, derivadas do direito europeu continental, que se dispõem a diferenciá-los: a corrente qualitativa e a quantitativa.

³⁸ OSÓRIO, 2015, p. 233.

³⁹ NIETO GARCIA, 2012, p. 567.

Rafael Munhoz de Mello apresenta que a corrente qualitativa, como seu nome bem identifica, baseia-se na análise por critério qualitativo de diferenciação. Nessa lógica, os ilícitos se distinguiriam a partir da relevância do bem jurídico violado. Os administrativos não teriam tanta relevância para a sociedade ou para a Administração pública, enquanto os penais seriam os estimados à sociedade.⁴⁰

Tal corrente, portanto, se respalda na “existência de uma diferença material, de essência, entre ambos os injustos”⁴¹.

Nesse sentido, James Goldschmidt, responsável por desenvolver e consolidar a teoria, entendia que a diferença entre os ilícitos penais e administrativos estava presente na imposição de pena restritiva de liberdade e no desvalor ético dos ilícitos penais, ao passo que as infrações administrativas estariam orientadas para a defesa da ordem do Estado⁴².

Outro ponto importante para Goldschmidt era a característica da norma sancionadora, que consistiria na associação entre disposições administrativas e preceitos jurídicos, razão pela qual as sanções administrativas possuiriam “anti-administratividade”, que representa um antagonismo à tutela do bem-estar e às normas do Estado⁴³. Já as sanções penais, em contrapartida, estariam ligadas ao “Direito judicial”, noção próxima ao conceito de antijuridicidade, motivo pelo qual apresentariam uma oposição a normas de proteção das esferas humanas da vontade.

Nas palavras de Goldschmidt, “El derecho administrativo sigue siendo, así pues, Derecho administrativo material, pero nunca será, igual que Derecho penal judicial, Derecho judicial material”⁴⁴.

Em ponderação sobre a corrente qualitativa e o contexto em que estavam inseridas, Gustavo Costa Ferreira aduz ser visível que os critérios qualitativos de diferenciação tiveram grande relevância em momento que as infrações administrativas, quase que na sua totalidade, eram compreendidas como “infrações impostas àqueles submetidos a uma relação de sujeição especial, em que há um

⁴⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

⁴¹ COSTA FERREIRA, 2019, p. 59.

⁴² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010, p.57.

⁴³ GARCÍA ALBERO, Ramón. *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*. In: PRATS, Fermín Morales e OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, p. 328.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, 2010, p. 403.

prévio vínculo relacional com a Administração, seja um vínculo de funcionalismo (sanções disciplinares), seja um vínculo contratual (sanções contratuais)”⁴⁵.

A segunda corrente, advinda da doutrina espanhola, utiliza-se de critério quantitativo de distinção, partindo do pressuposto que não há uma diferença qualitativa entre os ilícitos. Explora a diferenciação dos ilícitos penais e administrativos a partir da gravidade da sanção aplicada, atentando-se ao regime jurídico aplicável.

Esta corrente nasce da jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, que ao analisar o artigo 25 da sua Constituição, entendeu que se as relações próprias do Direito Penal são mais graves que aquelas de Direito Administrativo, nessa lógica, as condutas objeto daquele deveriam, também, ser mais severas que as deste. Estabeleceu-se, por conseguinte, que o Legislador deve implementar nas penalidades essa distinção quantitativa para a proteção de um bem jurídico⁴⁶.

Cerezo Mir, contudo, ressalva que o critério quantitativo era oportuno ao ser aplicado para diferenciar os ilícitos, mas quando defrontado com as sanções pecuniárias não era tão eficiente, dado que, em diversos casos, as multas administrativas superavam, em monta, as criminais⁴⁷. O autor conclui que o legislador deve zelar pela uniformidade do sistema jurídico, ainda que precise colocar como secundários os critérios político-criminais de rapidez e eficácia da sanção:

É urgente um reexame por parte do legislador dos limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Entre o ilícito penal e o administrativo, penal e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador. Na redistribuição da matéria, deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural) e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção).⁴⁸

Fato é que a progressão legislativa revelou falhas em ambas as correntes, comprovando que o legislador, ao seu bel-prazer, caracteriza as condutas ora como crimes, ora como infrações administrativas, pouco se importando com critérios

⁴⁵ COSTA FERREIRA, 2019, p. 62.

⁴⁶ CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Editorial Colex, 2001, p. 14.

⁴⁷ CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993, p. 29

⁴⁸ CEREZO MIR, 1993, p.31

qualitativos, bem como, na prática, pode estabelecer sanções administrativas mais severas que as sanções criminais⁴⁹.

Nessa toada, Osório complementa que, embora o critério quantitativo possa orientar a escolha do legislador, este detém autonomia decisória para prever ilícitos penais e administrativos sem observar qualquer proporção no que diz respeito à gravidade das condutas, ainda que o bem jurídico tutelado seja o mesmo.⁵⁰ Em outras palavras, o legislador não está adstrito aos critérios estudados, mas possui autonomia para estipular a norma do ilícito como penal ou administrativa.

Isto porque, ao debater sobre a distinção entre os ilícitos penais e administrativos, nota-se que os seus limites são, na realidade, penumbrosos, restando ao legislador trazê-los à luz⁵¹.

Ante o exposto, atestando que não há critério apriorísticos para balizar os ilícitos penais e administrativos, vez que não existem diferenças primordiais entre esses⁵², surge o critério formal para diferenciação, o qual se baseia no regime jurídico estabelecido para cada tipo de ilícito.

Nessa linha, Daniel Ferreira evidencia que "a diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente"⁵³.

Tal critério é amplamente adotado pela doutrina brasileira que trata do tema do Direito Administrativo sancionador sob a perspectiva da supremacia geral, ou seja, aqueles que não utilizaram de um enfoque setorial ou pertinente a uma relação especial de sujeição⁵⁴.

Rafael Munhoz de Mello aduz que "ao jurista não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo"⁵⁵. Segundo sua concepção, para distinguir os ilícitos penais dos administrativos não há razão para nos basearmos em critérios metajurídicos. O autor, ainda, exemplifica que "a sanção administrativa é imposta por autoridade administrativa, no exercício de função

⁴⁹ COSTA FERREIRA, 2019, p. 66.

⁵⁰ OSÓRIO, 2015, p. 134, nota de rodapé 63.

⁵¹ COSTA FERREIRA, 2019, p. 66.

⁵² CEREZO MIR, J. *Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 28, fas/mes. 2, 1975, p. 165.

⁵³ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.189.

⁵⁴ KRUSSEWSKI, Cristina. *Direito administrativo sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 127.

⁵⁵ MELLO, 2007, p. 57.

administrativa e após o trâmite de processo administrativo; a sanção penal, por seu turno, é imposta por autoridade judiciária, ao final de processo judicial”⁵⁶

Todavia, Gustavo Costa Ferreira observa que o critério formal, nos moldes concebidos, não soluciona, assim como as demais correntes já vistas – qualitativa e quantitativa –, diversas situações de relevância do ordenamento jurídico brasileiro, exemplificando que:

sob a batuta desse critério as infrações apuradas, judicialmente, pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) seriam, a princípio, rotuladas de ilícitos penais ou de ilícitos civis, tanto uma quanto a outra conclusão é absolutamente disparatada. A primeira porque rotula de penal aquilo que, natural e legalmente, não o é. A segunda porque etiquetar tais ilícitos com o selo civilista seria ignorar sua própria natureza, marcada pelo interesse público e regulada por normas de Direito Público, alheias à disciplina privatística de Direito Civil.

Visando sanar essas questões de maneira mais acertada, Fábio Medina Osório difunde o critério dogmático para diferenciar os ilícitos penais e administrativos. O autor parte do pressuposto de que não há diferenças de conteúdo entre os ilícitos, bem como de que pode haver infrações administrativas apuradas e sancionadas judicialmente:

Salientamos que a unidade de pretensão punitiva estatal resultaria, fundamentalmente, no que se refere às infrações penais e administrativas, da ausência de uma distinção ontológica entre elas. Não há diferenças substanciais que separam o ilícito penal do ilícito administrativo, mas apenas o critério dogmático. Assim o é, também, no direito brasileiro, em que vinga o critério dogmático da sanção carcerária prevista no art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal, cujo comando estabelece claramente a linha que separa ilícitos penais e administrativos.⁵⁷

A lição de Fabio Media Osório traduz seu posicionamento contundente em relação às teses que procuram distinguir o ilícito penal de um administrativo pela gravidade da ofensa, vez que, até mesmo na esfera penal, há alguns crimes patrimoniais que carregam penas mais graves que crimes contra a vida. Em outro momento, considera essas situações como “distorções axiológicas, que podem incidir tanto na tipificação dos ilícitos, como na cominação das sanções”.⁵⁸

⁵⁶ Ibid., p. 62.

⁵⁷ OSÓRIO, 2015, p. 126-7, nota de rodapé n. 66.

⁵⁸ Ibid., p. 192.

Dessa maneira, para o autor, aplicando-se o critério dogmático, as sanções administrativas devem ser definidas com fundamento no Direito Administrativo, formal e material⁵⁹, motivo pelo qual proporciona a consideração de sanções impostas por juízes no exercício de atividade jurisdicional, como sanções administrativas⁶⁰, sob a condição de que se enquadrem, materialmente, no Direito administrativo.

Aliás, Osório destaca que não há conflito entre os conceitos de sanção administrativa e função administrativa, isso pois:

Na Teoria Política, a separação dos Poderes já se transformou em divisão, eis que separação harmônica nada mais é do que divisão ou interdependência. [...] donde natural que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas, já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com as funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas.⁶¹

Tal esclarecimento faz-se essencial, já que a administração constantemente se comporta, exercendo o poder administrativo sancionador, da forma como desempenham-se atos executivos, desprezando as especificidades da atuação sancionadora⁶².

Seguindo essa linha, Napoleão Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia evidenciam que a Administração Pública, ao atuar além do limite do “espaço dos chamados atos executivos (atividade específica), não se reveste daquela prerrogativa singular da avaliação de oportunidade e conveniência, mas tem de se submeter – sob pena de nulidade – ao modo judicial de atuação”⁶³.

Pois bem, após analisar a evolução e todos os critérios de diferenciação dos ilícitos administrativos, transparece que o critério dogmático é o mais certo para a tarefa. Portanto, compete abordar as características do conceito de ilícito e sanção administrativo.

⁵⁹ Ibid., p. 94.

⁶⁰ Ibid., p. 97.

⁶¹ Ibid., p. 95.

⁶² MAIA FILHO, Napoleão Nunes, MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 60.

⁶³ MAIA FILHO, MAIA, 2012, p.143.

2.2.5 Conceito de ilícito e sanção administrativos

Conforme concluído no subtópico anterior, o que faz um ilícito pertencer à disciplina administrativa é a qualidade da norma violada aliada à qualidade da sanção passível de ser infringida⁶⁴.

Isso posto, mister lembrar a lógica de que a aplicação de uma sanção é fruto da atribuição de uma infração a alguém, vez que nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello "infração e sanção administrativa são temas indissolivelmente ligados"⁶⁵.

Extraí-se da doutrina majoritária que o conceito de infração administrativa nada mais é que o desrespeito de norma administrativa, formal e material, para o qual se prevê sanção regulada pelo Direito administrativo Sancionador⁶⁶, ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera. Temos, assim, que o ilícito administrativo é o requisito de uma sanção administrativa.

Resta, então, apresentar o conceito de sanção administrativa, o qual segue a linha doutrinária do presente trabalho. Fábio Medina Osório leciona que:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas⁶⁷.

Há, assim, (i) um mal, situação desfavorável ou castigo – caráter punitivo -; este deve ser (ii) imposto pela Administração Pública, pelo Judiciário ou por corporações de direito público; (iii) consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Ademais, Osório esclarece que não se contempla a existência de um elemento indissociável à sanção administrativa que, comumente, é identificado como

⁶⁴ COSTA FERREIRA, 2019, p. 71.

⁶⁵ MELLO, 2015, p.871.

⁶⁶ COSTA FERREIRA, 2019, p. 72.

⁶⁷ OSÓRIO, 2015, p. 107.

a figura da autoridade administrativa, posto que “podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo”⁶⁸.

Destaca-se que, da mesma maneira, o presente trabalho está em consonância com o entendimento de que é possível a aplicação de sanções administrativas até mesmo no exercício da função jurisdicional, desde que sua competência tenha sido outorgada em lei.

2.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Pois bem, portanto, concluiu-se que a Constituição de 1988, por meio do fenômeno intitulado *constitucionalização do Direito*, propagou por todo o ordenamento jurídico brasileiro seu conteúdo material e axiológico. Com o Direito Administrativo não foi diferente, configurou-se uma verdadeira redefinição das suas bases administrativas que passaram a utilizar do prisma constitucional em qualquer interpretação.

A partir do contexto histórico apontado, passou-se a compreender que a construção do Direito Administrativo Sancionador, como ramo próprio do Direito Administrativo, está intimamente relacionada com esse fenômeno retratado, sendo, portanto, fruto da *constitucionalização do Direito*. Motivo pelo qual definiu-se o Direito Administrativo Sancionador como campo administrativo dedicado à investigação de princípios e regras incidentes sobre infrações, sanções administrativas e o seu respectivo processo inquiridor.

Sob a ótica principiológica, em matéria sancionadora, a exigência relativa à observância do princípio da legalidade deve ser imprescindível, visando minimizar a discricionariedade e, como resultado, restringir os riscos om arbitrariedades do Estado, em sua competência.

Ademais, identificaram-se os três fundamentos justificadores do reconhecimento da tipicidade na esfera sancionadora, quais sejam: (i) legalidade lato sensu (art. 5º, II, CF), exigida a tipicidade, posto ser corolário dela; (ii) cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), da qual extrai-se que “a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por

⁶⁸ Ibid., p. 85.

certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado” , e (iii) garantia da segurança jurídica.

Por fim, o último desafio do capítulo foi abordar a evolução das quatro correntes de diferenciação dos ilícitos administrativos, transparecendo o motivo pelo qual se optou pelo critério dogmático para diferenciar as sanções administrativas das penais, entendendo que as sanções administrativas devem ser definidas com fundamento no Direito Administrativo, formal e material. Ainda, esclarecendo os conceitos de infração e sanção administrativa.

3. REGIME PUNITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Superada a utilização do critério dogmático para distinguir as infrações e sanções administrativas das penais, bem como apresentados os conceitos de infrações e sanções administrativas, abordarei neste capítulo as especificidades do regime punitivo da Nova Lei de Licitações.

O foco principal deste capítulo é, inicialmente, apresentar a Nova Lei de Licitações, contextualizando com o Projeto de Lei que deu origem ao seu texto, bem como destacando brevemente algumas das suas inovações. Na sequência, concentrarei em expor um estudo comparativo entre a Lei nº 14.133/21, recentemente sancionada, e a Lei 8.666/93, que por mais de 25 anos figurou como o marco das compras públicas no Brasil, abordando especificamente as questões sancionatória.

3.2. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Em 1º de abril de 2021, a Lei nº 14.133 instituiu as novas normas de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo entrado em vigor na data da sua publicação, conforme estabelecido em seu artigo 194.

Este novo diploma visa a substituir o regime de contratações públicas previsto nas Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 (vide artigo 193 da Lei nº 14.133/2021). Atualmente, entretanto, todas elas dividem o mesmo espaço, à exceção dos artigos 89 a 108 da Lei nº 14.133, restando à Administração Pública selecionar a opção mais interessante para ela.

Conforme já era esperado, a Nova Lei de Licitações traz avanços tímidos, entretanto, não apresenta “uma releitura da razão de ser e dos objetivos que se procura por meio das licitações”, tão somente unifica experiências passadas, consolidando normas já vigentes e introduzindo decisões dos tribunais e algumas inovações⁶⁹.

O Projeto de Lei nº 4.253/20, foi aprovado pelo Senado Federal em 10 de dezembro de 2020 e decorre, dentre outros, do Projeto de Lei nº 1.292/95, que foi

⁶⁹ GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. In: *Revista de Contratos Públicos*. Nº 21. 2019. Coimbra: Almedina, p. 17.

aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados em 2019, abarcando um longo histórico de outros projetos.

Tal projeto já recebia duras críticas antes mesmo de sua aprovação pela Câmara dos Deputados. Os professores Flávio Amaral Garcia e Egon Bockmann Moreira frisaram que um projeto com essa dimensão deveria ter passado por um debate mais intenso com a sociedade e academia, destacando que o PL se resumia em “uma costura dos avanços obtidos, principalmente, a partir do advento da modalidade pregão e do Regime Diferenciado de Contratação – RDC”⁷⁰.

Outro professor que externou sua insatisfação com o resultado do projeto aprovado foi Joel de Menezes Niebuhr, que nas suas palavras:

(...) está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto o projeto reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de um projeto que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de engessar e amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais⁷¹.

Entretanto, por mais que tenha sofrido duras críticas, o projeto já foi sancionado e a Lei já está em vigor, resta necessário, portanto, entender suas mudanças e estudar a forma com que devem ser aplicadas.

Dentre suas principais alterações está o novo rol de modalidades de licitação, o qual extinguiu as modalidades tomada de preços e convite, previstas no antigo rol da Lei 8.666/93, bem como acrescentou a modalidade diálogo competitivo e o pregão passou a figurar nas disposições da própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vez que a Lei 10.520/02 e da RDC foram revogadas. Tais medidas visam maior segurança nas contratações com Administração Pública.

Outra modificação que houve dentro das modalidades de licitação, é que a seleção da modalidade se dá pela natureza do objeto da contratação, deixando de depender do valor estimado.

⁷⁰ Ibid., p. 50.

⁷¹ NIEBUHR, Joel de Menezes (org.). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Florianópolis: Zênite, 2020. Disponível em: <https://www.ze-nite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-novo-livro/> Acesso em: 10 de julho de 2021, p. 19.

No âmbito dos critérios de julgamento, a Lei nº 14.133/21 definiu que o critério de maior lance ficará restrito à modalidade do leilão e incluiu à relação de critérios: o maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior retorno econômico.

Em seu artigo 178, estabelece que o Código Penal passa a vigorar acrescido da redação do Capítulo II-B o qual trata “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, infligindo penas para os seguintes tipos penais: contratação direta ilegal, frustração do caráter competitivo de licitação, patrocínio de contratação indevida, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, perturbação de processo licitatório, violação de sigilo em licitação, afastamento de licitante, fraude em licitação ou contrato, contratação inidônea, impedimento indevido e omissão grave de dado ou de informação por projetista.

Todavia, as alterações mais importantes para o presente trabalho são relacionadas às infrações, sanções administrativas e a desconsideração da personalidade jurídica, todas elas previstas nos artigos 155, 156 e 160, respectivamente.

Resumidamente, como será abordado na sequência, as infrações e as sanções administrativas foram correlacionadas, o que produz maior segurança jurídica aos contratados e aos licitantes. A modificação visa diminuir o campo de discricionariedade na definição da pena pela Administração Pública, pela que prepondera atualmente. Essa situação acaba por ocasionar, na prática, arbitrariedades na aplicação das sanções pela Administração⁷².

Por fim, a Nova Lei de Licitações trouxe, pela primeira vez, expressa previsão na legislação licitatória de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração sancionadora.

Não obstante, antes de adentrar especificamente ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é necessário entendermos a nova disposição das questões sancionatória no novo marco das compras públicas no Brasil, desvendando as principais mudanças num estudo comparativo com a Lei nº 8.666.

3.3. INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE

Quanto às infrações administrativas, a Lei 8.666/93 limitava-se a descrevê-las como “inexecução total ou parcial do contrato”, no seu art. 87. Dessa maneira, estava

⁷² GARCIA; MOREIRA, 2019, p. 50.

estabelecido que a inexecução total ou parcial do contrato poderia ensejar a aplicação de sanções administrativas.

Dessa maneira, na Lei 8.666/93, o requisito essencial para a interpretação da infração e a devida aplicação da norma era a análise da cláusula contratual violada estabelecida entre a Administração e o ente privado. Motivo pelo qual transparece uma sujeição especial decorrente do vínculo estabelecido pelo contrato administrativo.

Diversamente, o legislador inaugurou o Capítulo I “Das infrações e sanções administrativas”, do Título IV “Das Irregularidades”, da Nova Lei de Licitações com o artigo 155⁷³, exclusivo que apresenta o rol das infrações administrativas que podem acarretar a responsabilização do licitante ou do contratado detalhadamente.

Conforme pode-se verificar acima, o artigo conta com um rol de doze condutas que ensejam sanções administrativas, mais especificamente, quatro práticas irregulares durante a licitação, quatro condutas durante a execução do contrato, três condutas que abarcam tanto o processo licitatório quanto a execução do contrato, e uma hipótese remissiva ao regime de combate à corrupção⁷⁴.

A lógica de concepção do dispositivo pode ser dividida em três etapas: (i) pormenorizar a previsão de “inexecução total ou parcial do contrato” do seu art. 87, da Lei 8.666/93, mantendo e “inexecução total” e dividindo a inexecução parcial em “inexecução parcial do contrato” e “inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo”; (ii) acrescentar na íntegra as hipóteses previstas na Lei 12.462/2011 e (iii) incluir uma alusão às práticas do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

⁷³ 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.

⁷⁴ RÉGO, Eduardo de Carvalho. *Princípios Jurídicos Previstos no Projeto da Nova Lei de Licitações*. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (org.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Florianópolis: Zênite, 2020, p. 102.

Todavia, em que pese tenha apresentado um rol de infrações, a Lei 14.133/2021 não soluciona as controvérsias da Lei anterior. Isso porque, ao passo que acrescenta uma certa objetividade em algumas práticas, apresenta, em outras condutas, um escopo indefinidamente abrangente por utilizar-se de conceitos indeterminados, que acabaram por depender da interpretação do julgador, como é o caso do retardamento da execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, e, cometer fraude de qualquer natureza⁷⁵. Nessa toada, Cauê Vecchia Luzia aduz:

A disciplina das infrações administrativas não contempla grau de precisão adequado, mas, ao contrário, ela transborda indeterminações e indefinições. A bem da verdade, diversas e abrangentes são as hipóteses remetidas aos rigores das penalidades contratuais, pois o tratamento dispensado pela norma é lacunoso, traz mais dúvidas do que certezas. E as incertezas são extremamente prejudiciais, sobretudo em razão da tendência de um critério conceitual-formal da natureza das infrações administrativas⁷⁶.

Conforme cediço, o princípio da tipicidade implica que as infrações administrativas sejam razoavelmente claras, ou seja, que não gerem incertezas sobre a definição do comportamento reprovável. Funciona como uma garantia aos administrados, cujo “centro gravitacional é a segurança jurídica, manifestada na intenção de prover ao cidadão previsibilidade e calculabilidade das consequências jurídicas da sua ação ou inação”⁷⁷.

Novamente o marco das compras públicas deixa de atender à tipicidade que norteia o Direito Administrativo Sancionador. A Lei não deixa claro os limites de várias das condutas imputadas como reprováveis, apresentando uma série de indeterminações não dando a devida “previsibilidade da conduta, de modo que permeá-la de termos vagos e imprecisos, equivaleria a sequer observá-la, eivando a norma de ilegalidade”⁷⁸.

3.4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE

A Lei 8.666/1993 dispunha em seu capítulo IV sobre as sanções administrativas, mais especificamente nos seus artigos 86 ao 88. O antigo marco legal das compras públicas previa quatro formas de sanções: a advertência; a multa; a

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ COSTA FERREIRA, 2019, p.111.

⁷⁸ MACHADO, 2014, p. 40.

suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

A Nova Lei de Licitações apresenta as mesmas formas de sanções já previstas na Lei 8.666/1993, entretanto correlacionadas com as infrações administrativas. Essa correlação agrega maior segurança jurídica aos contratados e aos licitantes.

A modificação visa diminuir o campo de discricionariedade na definição da pena pela Administração Pública, já que por vezes, na prática, gera arbitrariedades na aplicação das sanções pelo ente.

Dessa maneira, nos moldes do novo regramento legal, a advertência passa a ser aplicada exclusivamente nos casos de inexecução parcial do contrato, mas tão somente naqueles sem gravidade.

Todavia, permanece sendo a mais branda das sanções, vez que não gera prejuízos e as consequências morais são mínimas em comparação com as outras sanções administrativas⁷⁹. A advertência permanece sendo uma comunicação com teor de censura leve realizada pela Administração, repreendendo a conduta do contratado com o objetivo de chamar sua atenção, dificultando que o contratado perpetue uma lesão definitiva e irreversível ao interesse público.

No caso de qualquer infração administrativa, incluídos os ilícitos da Lei nº 12.846/2013, a multa deve ser calculada na forma do edital ou do contrato, não podendo ser inferior a 0,5% e nem superior a 30% do valor contratado.

No âmbito da multa, existe a possibilidade de ser aplicada em conjunto com as demais infrações. Além disso, estabeleceu-se o prazo para defesa em quinze dias úteis da intimação, permitindo, ainda, que o edital ou contrato aplique a multa de mora pelo atraso injustificado na execução do contrato.

Nesse sentido, é necessária a instauração de processo de responsabilização, devendo a licitante apresentar defesa no prazo de quinze dias úteis da intimação. A lei estipula que a prescrição ocorrerá em cinco anos contados da ciência da infração pela administração, a data base da prescrição foi alterada pela Nova Lei de Licitações, dado que na legislação anterior ela iniciava sua contagem na data da prática do ato.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 156.

Já a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos, somente pode ser aplicada pela autoridade máxima do órgão ou entidade nos casos de infrações graves, falsidade, fraude, comportamento inidôneo ou ilícito.

Assim como no impedimento, é necessária a instauração de processo de responsabilização, ficando estabelecido o prazo para defesa em quinze dias úteis da intimação. A prescrição ocorrerá em cinco anos contados da ciência da infração pela administração, abandonou-se o marco anterior da data da prática do ato.

A Nova Lei de Licitações declarou expressamente que a aplicação das sanções previstas nela não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

Também ficou estabelecido que o Poder Executivo passará a regulamentar a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Além disso, 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. Ou seja, a administração poderá reter pagamentos devidos após a aplicação da multa. Eventualmente, poderão ocorrer retenções cautelares de pagamento em decisões administrativas, prática já adotada por alguns órgãos sancionadores.

Por fim, nos termos do § 1º do artigo 156, da Nova Lei de Licitações, devem ser considerados na aplicação das sanções: (i) a natureza e gravidade da infração; (ii) as peculiaridades do caso concreto; (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os danos causados à administração pública; e (v) a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade

3.5. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

O estudo, aqui, passa a se aproximar da Nova Lei de Licitações, vez que contextualizado o Projeto de Lei que deu origem ao seu texto, bem como destacou-se brevemente algumas das suas inovações. Focando, assim, em um estudo comparativo entre a Lei nº 14.133/21 e a Lei 8.666/93, abordando especificamente as alterações e questões sancionatória.

O presente capítulo o tinha como objetivo discutir o regime sancionatório na Lei 14.133/2021, através da abordagem acerca da questão sancionatória no marco das compras públicas no Brasil, com especial destaque para as principais mudanças num estudo comparativo com a Lei 8.666/1993.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme apresentado no capítulo anterior, a Lei nº 14.133/2021 já está em vigor e institui as novas normas de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Também não é surpresa que o novo marco legal das licitações, em sua grande parcela, somente consolidou as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011.

Todavia, a Nova Lei de Licitações trouxe, pela primeira vez, expressa previsão, na legislação licitatória, de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração sancionadora.

Fato é que, apesar da desconsideração da personalidade jurídica apresentar diversas hipóteses de aplicação já consolidadas no ordenamento jurídico pátrio como na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei nº 12.529/2011, Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), são poucas as leis que recepcionaram o instituto na esfera administrativa.

Aliás, a previsão presente na Lei 14.133/21 mostra-se realmente como uma inovação, já que se apresenta como desconsideração atributiva da personalidade jurídica, pouco estudada e aplicada no Brasil, a qual utiliza o instituto visando estender a punição, seja ela uma advertência, impedimento de licitar e contratar com a Administração ou a declaração de inidoneidade.

Dessa maneira, é necessário entender a evolução do instituto e sua aplicação no ordenamento brasileiro de forma ampla, desde o âmbito privado até a incidência da teoria no Direito Administrativo, abordando sua correlação com devido processo legal e a desconsideração atributiva da personalidade.

No presente capítulo, portanto, o foco será apurar a maneira como o instituto foi concebido, adentrando na evolução da teoria no ordenamento pátrio, avançando nos limites que devem ser considerados no processo de desconsideração e, por fim, esmiuçar o mecanismo atributivo da desconsideração.

4.2. BREVE CONCEITUAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.2.1 Histórico do instituto e sua aplicação no âmbito privado do ordenamento brasileiro

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, também denominada como *Disregard Doctrine*, nasceu durante o século XIX, com o intuito de reprimir a fraude realizada por meio da utilização da pessoa jurídica. Isso pois, ainda que se trate da personalidade jurídica, um dos mais importantes institutos jurídicos já criados, seria utópico esperar que ele não tivesse seu objetivo desviado.

Dessa feita, ainda que brevemente, cabe compreender como surgiu e qual a finalidade idealizada da personificação dos entes coletivos.

4.2.1.1. A pessoa jurídica

Duas são as principais teorias que mais se destacam ao conceituar a natureza da pessoa jurídica: a teoria da ficção e a da realidade. Entretanto, a teoria da ficção ainda pode ser dividida em duas: a teoria da ficção legal e a doutrinária.

A teoria da ficção legal, liderada por Savigny, defendia que apenas a pessoa natural seria capaz de possuir direitos e assumir obrigações, já que somente ela seria dotada de existência real e psíquica, assim, a pessoa jurídica seria tão somente uma artificialidade da lei.

O fato de existir outro ente munido de capacidade semelhante, no caso as pessoas jurídicas, somente poderia decorrer da criação da mente humana, por meio do direito positivo, constituindo-se como ficção jurídica.

Na mesma toada, a teoria da ficção doutrinária bebe da mesma água, todavia, para seus defensores a personalidade jurídica não deriva do legislador e, conseqüentemente, da lei, mas é uma criação doutrinária da época. Aqui, o reconhecimento da pessoa jurídica, como sujeito de direitos e por meio do ordenamento jurídico, decorre da vontade humana.

Já na teoria realista, em contraste à anterior, se aduz que a pessoa jurídica nasce como um reflexo à necessidade de se tutelar uma realidade fática preexistente e decorrente da necessidade social de assim se organizar, por meio da união de

peças ou patrimônio para a realização de determinadas atividades, e não apenas uma criação humana instituída pela lei ou doutrina⁸⁰.

Neste mesmo sentido, Arnaldo Wald afirma que o Estado deve reconhecer a pessoa jurídica como realidade social que reverbera no mundo jurídico⁸¹.

A teoria realista deu origem a outras teorias, dentre elas a teoria da realidade técnica, na qual a personificação jurídica é uma ordem técnica concedida pelo Estado, reconhecendo a existência de grupos que se unificam e possuem vontade e objetivos próprios. Maria Helena Diniz apresenta a personalidade jurídica como um “atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecerem. Logo, essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica”⁸².

Tal teoria foi a recepcionada pelo ordenamento brasileiro, conforme podemos observar pelo artigo 45 do Código Civil que dispõe “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Há, portanto, uma realidade fática preexistente à inscrição do ato constitutivo, este concedido pelo Estado como uma ordem técnica para que a empresa parta à execução do seu objeto social.

Temos, assim, que personalidade jurídica possibilita a fragmentação entre o patrimônio da pessoa física dos sócios e o patrimônio da sociedade. Tal característica gera reflexos na responsabilidade da empresa, vez que ela se torna ente independente do patrimônio pessoal dos sócios e, portanto, titular dos sucessos e óbices decorrentes da operação⁸³.

Ademais, essa observância ao princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias é *conditio sine qua non* para que haja um ambiente propício para investimentos no setor comercial. Fato é que, sem a separação patrimonial, o risco de se atingir o patrimônio pessoal daqueles envolvidos no negócio torna qualquer tipo de investimento inviável⁸⁴.

Entretanto, tal autonomia patrimonial da sociedade não pode assumir-se absoluta e autorizar atos fraudulentos. Daí que se faz necessário buscar um

⁸⁰ MACHADO, 2014, p. 101.

⁸¹ WALD, Arnaldo. *Direito Civil - Parte Geral*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 150.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.1, 32ª edição, ed. Saraiva, 2016, p. 271.

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa* — 16. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p.96.

⁸⁴ MORAES, 2009, p. 46.

instrumento capaz de suspender o princípio da autonomia patrimonial e se comunicar com o patrimônio do sócio desvirtuado. Neste sentido, Anderson Sant'Ana Pedra bem pontua:

No entanto, essa separação entre a pessoa jurídica e os seus sócios não é um dogma intransponível. Caso se perceba que uma pessoa jurídica possa estar sendo utilizada para violar a ordem jurídica, será permitido, em situações excepcionais que se conseguir comprovar essa manobra ardil, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa a fim de atingir seus sócios e/ou eventuais empresas de que também sejam sócios. Como exceção que é, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser interpretada restritivamente, não devendo ser utilizada como regra⁸⁵.

Surge, assim, a desconsideração da personalidade jurídica como instituto adequado para impedir o abuso da personalidade jurídica por sócios que subvertem os fins sociais da sociedade, visando propiciar fraudes e de abuso de direito, em prejuízo de terceiros⁸⁶.

4.2.1.2. Espécies de teorias desconsideração da personalidade jurídica

Conforme extrai-se do subtópico anterior, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica decorre da concepção da própria teoria da personificação jurídicas, objetivando atingir o sócio que se utiliza da pessoa jurídica para violar a ordem jurídica.

O instituto, então, se desenvolveu a partir de duas correntes principais: a teoria subjetiva e a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria subjetiva foi liderada pelo estudioso alemão Rolf Serick e privilegia aspectos subjetivos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Nessa teoria, para que se possa “levantar o véu” da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, deveria ocorrer abuso de direito e desvio de função⁸⁷, em outras palavras, para que houvesse a desconsideração da personalidade jurídica o requisito “dolo na conduta do sócio” deveria ser comprovado, seja averiguando fraude ou abuso de direito.

⁸⁵ PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Sanções administrativas nas contratações públicas*. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p. 104.

⁸⁶ MORAES, 2009, p. 47.

⁸⁷ CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos; SILVA, Naina Beatriz Ide da. “Disregard Doctrine”: a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 1, 2018, p. 155.

Já a teoria objetiva originou-se das críticas de Fábio Konder Comparato à teoria maior, que fundamentou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em critérios objetivos. Segundo o estudioso, o único requisito para a aplicação da *Disregard Theory* seria a mera ocorrência de abuso de direito ou fraude, não sendo necessário apurar o “dolo na conduta do sócio”. Afirmar, ainda, que confusão patrimonial entre sócio e sociedade é pressuposto para a aplicação da desconsideração.

De acordo com a teoria objetiva, a desconsideração poderia ser aplicada até mesmo nos casos em que não ocorresse mau uso da pessoa jurídica, bastando a insolvência desta para o cumprimento de suas obrigações. Isso pois, se pressupõe que o risco do negócio não pode ser arcado por terceiros que negociaram de boa-fé, cabendo, portanto, ao sócio ou administrador da pessoa jurídica se responsabilizar pelos prejuízos causados, ainda que agindo de forma cuidadosa e diligente⁸⁸.

No Brasil, ambas as teorias, subjetiva e objetiva, foram estudadas pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, que estabeleceu no ordenamento brasileiro as teorias maior e menor.

A teoria menor apresenta-se nos mesmos termos da teoria objetiva, ou seja, segundo ela para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não requer dolo na conduta ou confusão patrimonial, tão somente a insolvência da empresa para arcar com suas obrigações. Cabe acrescentar que a teoria menor recebe duras críticas, vez que invade o patrimônio dos sócios pela mera insolvência da pessoa jurídica. André Pagani de Souza advoga que a teoria menor é o:

(...) resultado da decretação afobada da desconsideração da personalidade jurídica, pelo simples fato de o credor não ter logrado êxito em receber o que lhe é devido, sem haver qualquer indagação sobre a ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Por isso mesmo, tal formulação recebe o adjetivo, certamente pejorativo, de “menor”: pela ausência de fundamentos teóricos e doutrinários minimamente elaborados para a sua aplicação no caso concreto⁸⁹.

Já a teoria maior segue a concepção de Rolf Serick e privilegia aspectos subjetivos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, exigindo a comprovação de dolo na conduta do sócio, seja na fraude ou abuso de direito. Por

⁸⁸ Ibid., p. 155.

⁸⁹ SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.71.

consequente, nessa teoria, os sócios precisam se utilizar da pessoa jurídica, a qual comete atos que se desviam dos objetivos da sociedade.

Entretanto, Coelho inaugurou uma subdivisão teórica, separando a teoria maior em duas: a teoria maior subjetiva e a teoria maior objetiva.

Enquanto na teoria maior subjetiva é indispensável a comprovação de insolvência da sociedade juntamente ao desvio de finalidade para desconsiderar a personalidade jurídica, a teoria maior objetiva depende da confusão patrimonial, estando amparada nos estudos de Fábio Konder Comparato⁹⁰.

No ordenamento brasileiro, portanto, temos três correntes que respaldam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, resumidamente: (i) teoria menor, que não necessita de dolo na conduta ou confusão patrimonial, apenas a insolvência da sociedade; (ii) teoria maior subjetiva, tem como requisitos a insolvência da sociedade e desvio de finalidade; e a (iii) teoria maior objetiva, que deve ser comprovada a confusão patrimonial.

Conforme veremos adiante, a teoria maior subjetiva e objetiva podem ser utilizadas em conjunto, ou seja, a legislação pode estabelecer como requisitos a insolvência da sociedade e desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Dessa forma, bem delineadas as teorias presentes no nosso ordenamento jurídico, adentrarei nas experiências com a *Disregard Doctrine* no Brasil.

4.2.1.3. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil

No Brasil, a *Disregard Doctrine* apresenta diversas hipóteses de aplicação já consolidadas em seu ordenamento como nas leis: Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 8.884/1994, Lei nº 9.605/1998 (Lei Ambiental), Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

Fato é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm caminhando em conjunto para melhor entender a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, desenhando os contornos das diretrizes para que a personalidade jurídica seja atravessada e que os efeitos sejam atribuídos diretamente às pessoas físicas na

⁹⁰ ALVIM, Thereza. Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 87, 1997, p. 213

função de controle da sociedade, estendendo, assim, a responsabilidade por atos irregulares a elas⁹¹.

Tal estudo, aliás, mostra-se importante dado que no âmbito privado, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tornou-se, até mesmo, comum, sendo constantemente aplicada. No âmbito sancionador, seria possível evoluir de maneira similar? Para responder essa indagação necessário entender qual a funcionalidade do instituto no Direito Privado e contrapor com as limitações que o Direito sancionatório impõe à *Disregard Doctrine*.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi implementando pela primeira vez pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 28⁹². Na sequência, em 1994, a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, implementou a desconsideração em seu artigo 18⁹³, e, no fim da década, a Lei Ambiental também apresentou o instituto no seu artigo 4⁹⁴.

Fato é que todas essas primeiras previsões na legislação brasileira se utilizaram da teoria menor para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inspirando-se na normativa consumerista e, conseqüentemente, permitindo a aplicação do instituto diante o mero prejuízo do credor.

Assim, ainda que reconheça a inovação dessas leis, a doutrina atacou redação dos dispositivos, vez que ao permitir a desconsideração “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, “quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração” ou quando “for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio

91 MORAES, 2009, p. 45.

92 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º Vetado. § 2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

93 Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

94 Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

ambiente”, permite invadir a autonomia da pessoa jurídica sem que seus sócios tenham cometido qualquer ilicitude⁹⁵.

Nessa toada, André Santa Cruz aduz que essas leis não poderiam ser entendidas como regra geral para aplicação do instituto, conforme extrai-se das suas críticas:

A despeito de terem sido inovadoras, as três leis acima mencionadas, além de não servirem como regra geral de aplicação da teoria, por terem sua incidência restrita às matérias específicas que regulam, receberam duras e justas críticas da doutrina, sobretudo dos comercialistas. Com efeito, as normas acima transcritas não condizem com as formulações doutrinárias que deram origem à *disregard doctrine*, prevendo a sua aplicação em casos para os quais o ordenamento jurídico já contém remédios eficientes, como acontece nas situações de excesso de poder ou de prática de ato ilícito, com infração da lei, dos estatutos ou do contrato social.⁹⁶

Entretanto, a previsão constante na norma consumerista, de certa maneira, justifica essa opção pela corrente menor, vez que seu objetivo é resguardar a parte mais fraca na relação jurídica objeto, qual seja, o consumidor, assim, evitando abusos do poder econômico e de práticas negociais onerosas.

Foi somente em 2002 com o Código Civil (Lei 10.406/2002), que o ordenamento viu a desconsideração da personalidade jurídica ser estipulada com amparo na teoria maior, conforme disposto no seu artigo 50⁹⁷.

Com essa redação, o Código Civil abordou as ideais originais da *Disegard Doctrine*, introduzindo ao ordenamento brasileiro que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de maneira descomedida, mas de forma excepcional.

Tal dispositivo impôs verdadeiro marco legislativo para o direito brasileiro para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a qual deve se respaldar na teoria maior, vez que o artigo abrange todas as relações jurídicas privadas no ordenamento.

Ainda, o enunciado nº 51 do Conselho da Justiça Federal, assim repisou: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *Disregard Doctrine* – fica

⁹⁵ MACHADO, 2014, p. 110.

⁹⁶ CRUZ, André Santa, *Direito empresarial* – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁹⁷ Art. 50 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

O legislador opta pela aplicação da teoria maior de forma ampla, o que significa dizer que é prevista tanto a teoria maior subjetiva, ao estipular que o abuso da personalidade jurídica se dá pelo desvio de finalidade, quanto a teoria maior objetiva, ao caracterizar a confusão patrimonial, também, como abuso da personalidade.

No detalhe da redação do dispositivo, extrai-se que a desconsideração da personalidade jurídica é delimitada pelo conceito de abuso da personalidade jurídica e seus respectivos desdobramentos, quais sejam o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Este resulta, na prática, da impossibilidade de estabelecer uma linha clara entre o patrimônio da empresa e o patrimônio dos seus sócios. Ou ainda quando não há segmentação do patrimônio de pessoas jurídicas como, por exemplo, a confusão patrimonial entre empresas de um mesmo grupo empresarial.

Isso ocorre pois, com confusão patrimonial, viola-se a autonomia de interesse da empresa, a qual possui uma personalidade com seu patrimônio para execução de determinado objeto, restando, na hipótese de não existir a necessária limitação patrimonial entre a sociedade e os sócios, a pessoa jurídica esclarecer qual a extensão da confusão patrimonial gerada e se há justificativas que amparem a preservação da personalidade do ente⁹⁸.

Já o desvio de finalidade é entendido como abuso da personalidade, vez que surge da tentativa do sócio ludibriar terceiros, utilizando-se da personalidade jurídica como instrumento e proteção ao patrimônio pessoal, ou seja, usufruir da personalidade da empresa com finalidades diversas daquelas estabelecidas em seu objeto social.

Por fim, o diploma civilista apresenta, em seu artigo 187⁹⁹, a definição legal de exercício abusivo de direitos, na qual incorre em abuso de direito a pessoa “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁹⁸ BARELLI, Amanda Fabbri. *A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo, 2015, p. 38.

⁹⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pois bem, abordada a evolução do instituto e as principais experiências com a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, deve-se discorrer sobre os princípios indispensáveis para a sua correta aplicação, sob pena de se desprezar noções fundamentais.

4.2.2 A teoria da desconsideração e o respeito ao devido processo legal

As ideais originais da *Disegard Doctrine* foram sendo consolidadas no ordenamento brasileiro, o que corroborou o discernimento de que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de maneira descomedida, mas de forma excepcional. Em outras palavras, trata-se de instituto que “exige o atendimento a pressupostos fáticos específicos relacionados com a fraude ou o abuso de direito em prejuízo de terceiros, requisitos estes que necessariamente devem ser comprovados à luz do devido processo legal”¹⁰⁰.

Sendo assim, era necessário que o legislador estabelecesse uma regulamentação processual adequada sobre a aplicação da teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro. O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), então, introduziu tal regulamentação, nos seus artigos 133 a 137.

Estabeleceu-se que, para a correta aplicação da desconsideração, é necessária a instauração de um incidente, no qual deve ser garantida a atenção ao contraditório. No incidente, deverá a parte que busca a desconsideração comprovar a existência dos pressupostos da desconsideração enunciados no artigo 50 do Código Civil, os quais foram examinados no tópico anterior.

A professora Ada Pellegrini Grinover, antes mesmo da Lei nº 13.105/2015 entrar em vigência, já clamava por esse processo de cognição relacionado à desconsideração e análise dos pressupostos para autorizar a aplicação do instituto, nas suas palavras:

A desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para a sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuarem a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento. (...) Esse processo de conhecimento, que fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação de título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim

¹⁰⁰ BARELLI, 2015, p. 43.

exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de ação própria no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme título executivo¹⁰¹.

Tal imposição de um incidente processual para a desconsideração revela a importância dada ao respeito ao devido processo legal, vez que o diploma processualista garantiu ao ente, o qual se pretende atingir pela desconsideração, que seja garantida a produção de provas e apresentação de suas razões¹⁰².

Mostra-se ainda mais relevante ao se memorar que o princípio do devido processo legal é garantia que abrange todos os tipos de processos, desde os judiciais até os de natureza administrativa.

Ora, o objeto do presente trabalho é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Nova Lei de Licitações, em outras palavras, o foco principal é a aplicação do instituto pela própria Administração Pública. Portanto, torna-se nítido que entender o devido processo legal é fundamental para enxergar com as lentes corretas as possibilidades e limitações do dispositivo licitatório.

Nessa esteira, visto que o foco principal do respeito ao devido processo legal é a garantia de um procedimento ordenado, deve-se atentar aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade e da publicidade.

A ampla defesa e o contraditório, são considerados princípios indispensáveis à aplicação da desconsideração, tendo legislação processualista reiterado essa importância. Isso pois, o incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica garante que eles sejam respeitados, para que possa ser analisado o mérito do pedido de desconsideração.

Ou seja, a autoridade condutora do processo é compelida, a fim de que conceda às partes direito à informação possibilitando o direito à defesa de forma eficiente, em outras palavras, é imposto ao julgador uma atuação transparente¹⁰³. Dessa forma, os princípios da ampla defesa e do contraditório são fundamentais, visto

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ada. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Forense*, p. 3-15, v. 371, maio 1997, p. 07.

¹⁰² BARELLI, 2015, p. 47.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 67.

que não há processo justo sem que se forneça os meios legais adequados para que assegure o direito de defesa das partes.

Ademais, a decisão proferida no incidente tem natureza de decisão interlocutória e, assim, possível recorrê-la por meio de agravo de instrumento.

A desconsideração da personalidade jurídica mostra-se episódica, não apenas na sua regra geral prevista no diploma civilista, mas no regramento de sua aplicação introduzido no ordenamento pelo Código de Processo Civil. A aplicação de tal instituto requer hipóteses específicas e jamais poderá ser aplicado de maneira descomedida, sem que sejam garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Sob risco de gerar o enfraquecimento da personalidade jurídica e o desmantelamento de sua proteção que, repisa-se, garante a preservação da autonomia da empresa.

4.2.3 A desconsideração atributiva

Ante comentado no início do capítulo, a Nova Lei de Licitações apresenta o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na sua hipótese atributiva, ainda pouco estudada e aplicada no Brasil. Tal hipótese é verificada, vez que o instituto é aplicado objetivando estender a sanção aplicada a uma empresa às demais pessoas - seja jurídica ou física – relacionadas.

A presente desconsideração atributiva surge na Alemanha, intitulada como *Zurechnungsdurchgriff*, essa hipótese de desconsideração permite que características pessoais dos sócios possam ser estendidas à sociedade ou vice-versa. Trata-se, portanto, de hipótese bem distinta daquela abordada na evolução do instituto dentro do ordenamento jurídico, dado que a desconsideração tradicional é utilizada como instrumento de acesso ao patrimônio do sócio, empresa do grupo, ou o contrário.

Ademais, há de se ressaltar que o artigo objeto desse trabalho busca estender sanções administrativas, não meramente, obrigações ressarcitórias, as quais normalmente são redirecionadas caso aplicada a desconsideração.

Tais situação diferem bastante, vez que a obrigação ressarcitória intenta a reparação do dano à vítima, em outras palavras, carrega a ideia de retorno ao *status quo ante*. Já as sanções administrativas, majoritariamente, visam a

retribuição/punição daquele que cometeu a infração, seu intuito está muito mais conectado com a finalidade de prevenção geral e especial do ilícito¹⁰⁴.

4.3. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Conforme os conceitos trazidos, entende-se que a *Disregard Doctrine* consiste no instituto adequado para impedir o abuso da personalidade jurídica por sócios que subvertem os fins sociais da sociedade, visando propiciar fraudes e de abuso de direito, em prejuízo de terceiros.

No Brasil há um total de três correntes que respaldam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, resumidamente: (i) teoria menor, que não necessita de dolo na conduta ou confusão patrimonial, apenas a insolvência da sociedade; (ii) teoria maior subjetiva, tem como requisitos a insolvência da sociedade e desvio de finalidade; e a (iii) teoria maior objetiva, que deve ser comprovada a confusão patrimonial.

Todavia, analisando as principais previsões da desconsideração no ordenamento pátrio, o diploma civilista apresentou-se como o verdadeiro marco legislativo para o direito brasileiro no tocante à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

Por essa razão, afirma-se que a aplicação do instituto deve ser respaldada na teoria maior, vez que o artigo do Código Civil abrange amplamente as relações jurídicas privadas.

Nessa toada, sob o olhar dos princípios processuais que devem ser respeitados durante a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, fixou-se a ideia de que a aplicação do instituto é episódica.

Existem hipóteses específicas para a sua aplicação e jamais poderá ser aplicado de maneira descomedida, sem que sejam garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Sob risco de gerar o enfraquecimento da personalidade jurídica e o desmantelamento de sua proteção que, conforme comprovado, garante a preservação da autonomia da empresa.

Ademais, tal limitação delineada corrobora a hipótese básica, na qual se propôs a possibilidade de que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo ser medida excepcional.

¹⁰⁴ CRISTÓVAM; FERREIRA, rodapé p. 1230.

Por fim, abordou-se a aplicação no âmbito sancionador, se apresentou contrapontos, quanto a observância do princípio da legalidade que deve ser redobrada, com fim de minimizar a discricionariedade e, como resultado, limitar a ocorrência de arbitrariedades pelo Estado.

5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora a *Disregard Doctrine*, no Brasil, seja advinda do direito comercial, é um instituto que abrange as demais áreas do direito, por óbvio, já que ela surge como instrumento capaz de reprimir a fraude realizada por meio da utilização da pessoa jurídica, e, tratando-se de fraude, ela pode ocorrer nos demais âmbitos do direito, conforme já observamos no Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Direito Administrativo.

Aliás, a partir do presente capítulo, a abordagem será totalmente focada no âmbito administrativo e na evolução da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, diretamente pela Administração Pública.

No que tange à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, conforme anteriormente comentado, foram poucas as leis que recepcionaram a teoria.

Todavia, ainda que incipiente, permanece fundamental entender a evolução da *Disregard Doctrine* no âmbito do Direito Administrativo.

Há como norte o artigo 14 presente na Lei nº 12.846/13, o qual, também, se apresenta como desconsideração atributiva da personalidade jurídica, pouco estudada e aplicada no Brasil, a qual estipula o instituo visando estender a punição, seja ela uma advertência, impedimento de licitar e contratar com a Administração ou a declaração de inidoneidade.

Na sequência, portanto, serão abordadas as experiências de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, focando em dois momentos distintos: um pré-Lei Anticorrupção, abordando o entendimento que se consolidou no Tribunal de Contas da União; e, posteriormente, na aplicação do instituto previsto na Lei Anticorrupção.

O capítulo é fechado com uma análise crítica de todos os pontos principais do artigo 160 da Nova Lei de Licitações, visando identificar seus eventuais problemas, limites e possibilidades de aplicação.

5.2. EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em um passado recente, existia um vasto debate se seria possível a própria Administração Pública utilizar-se da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo. Tal controvérsia era estimulada por não existir uma norma legal, que permitisse à administração a aplicação do instituto, gerando, na sequência, a discussão sobre a necessidade de previsão legal dessa competência/prerrogativa.

Três foram as principais teses que compuseram esse debate, o primeiro alegava existir uma reserva de jurisdição para possibilitar a aplicação de eventual desconsideração de pessoa jurídica, vez que se defendia uma suposta impossibilidade de a administração verificar os pressupostos do artigo 50 do Código Civil. A segunda tese, demonstrava existir a possibilidade de aplicação da *Disregard Doctrine* pela via administrativa, desde que devidamente amparada em expressa norma permissiva, sustentando-se no princípio constitucional da legalidade administrativa. A terceira tese já entendia que a Administração Pública poderia aplicar a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, independentemente da permissão expressa da lei, fundamentando essa discricionariedade nos princípios constitucional-administrativos da moralidade e da eficiência¹⁰⁵.

Fato é que atualmente o debate tornou-se despropositado, dado que a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo já possui duas normativas prevendo sua aplicação, a primeira no artigo 14 da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), e a segunda no artigo 160 do novo marco das compras públicas, objeto deste trabalho.

Entretanto, é importante entender de que maneira era tratada a questão da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo pelo Tribunal de Contas da União, antes mesmo de uma previsão de aplicação expressa na legislação. O intuito desse exercício é compreender qual a abrangência dada pelo TCU para a aplicação do instituto.

Logo na sequência, será tratado da previsão de aplicação da *Disregard Doctrine*, constante na Lei Anticorrupção que, adiante, foi utilizada como modelo para a aplicação na Nova Lei de Licitações.

¹⁰⁵ CRISTÓVAM; FERREIRA, 2019, p. 1229.

5.2.1 Entendimento do Tribunal de Contas da União

Conforme comentado, a intenção do presente subtópico é tratar do entendimento presente no Tribunal de Contas da União sobre a questão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo. O objetivo, assim, não é esgotar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, mas tão somente apresentar um caso referência em que julgadores abordaram as teses que eram mais aceitas, proferindo seus entendimentos sobre o debate da possibilidade de aplicação do instituto na via administrativa.

O Julgado que será analisado é o Pedido de Reexame¹⁰⁶ interposto pela Infraero, atacando o Acórdão 1166/2010, da Primeira Câmara, no qual foi determinado ao órgão que excluísse de seus editais cláusulas, as quais impediam a participação de sociedades cujos diretores, sócios e dirigentes tenham feito parte dos atos constitutivos de outras empresas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Nessa hipótese, a primeira câmara acompanhou o voto divergente do relator Ministro José Múcio Monteiro, reconhecendo válida a cláusula editalícia que estende os efeitos da suspensão, impedimento e inidoneidade àquelas empresas constituídas com o objetivo de ludibriar a sanção.

Tal raciocínio demonstra-se partir da realidade prática da vivência licitatória, ao afirmar em seu voto que frequentemente as comissões de licitação identificam empresas que foram afastadas e que “(...) retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar”.

O Tribunal de Contas não foge da ausência de permissão legal expressa, fundamentando a aplicação “no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público”.

Neste sentido, afirma que não há violação ao princípio da legalidade, vez que a ausência de previsão legal jamais poderia obrigar a Administração uma ação que ignora os Princípio da Moralidade Administrativa, menos ainda sacrificar os interesses

¹⁰⁶ Ementa: “Pedido de reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas à pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento.” Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara, rel. Min. José Múcio Monteiro, Sessão Ordinária de 12/04/2011.

públicos que estão sob sua guarda. No caso em tela, esse sacrifício seria autorizar que uma sociedade “constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público”.

Entretanto, em contraponto, temos que no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a observância do princípio da legalidade deve ser redobrada, com fim de minimizar a discricionariedade e, como resultado, limitar a ocorrência de arbitrariedades pelo Estado. Conforme já abordado, o princípio da legalidade abrange exatamente esses casos em que não há previsão expressa possibilitando a aplicação de um instituto ainda mais latente, pois gera a extensão de uma sanção aplicada à um terceiro.

Aliás, o raciocínio criado pelo Tribunal de Contas viola grande parte dos conceitos estabelecidos neste trabalho, ainda que seja possível elaborar o referido racional a outras áreas do Direito. Todavia, tratando-se aqui de matéria regida pelo Direito Administrativo Sancionador, submetido ao princípio da legalidade estrita, o qual no seu âmago requer uma análise restritiva das respectivas hipóteses legais.

Outro ponto interessante abordado pela decisão é a declaração de que, para os Ministros do Tribunal de Contas da União, a desconsideração da personalidade jurídica ali discutida “não traduz aplicação de nova penalidade, mas tão somente concessão de efetividade à sanção aplicada anteriormente, ocasião em que foram necessariamente assegurados à sociedade faltosa o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade”¹⁰⁷.

Em que pese realmente não configure a aplicação de uma nova penalidade, a empresa que se pretende atingir com a desconfiguração da personalidade, ainda sim deveria ter o resguardado o seu devido processo legal, sendo-lhe garantida o contraditório e a ampla defesa.

5.2.2 A *Disregard Doctrine* na Lei nº 12.846/13

Conforme verificado no tópico anterior, o Tribunal de Contas da União se utilizava de um raciocínio complexo, jogando com os princípios administrativos para

¹⁰⁷ Ibid.

“flexibilizar” o princípio da legalidade e autorizar a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo sancionador, sem norma expressa.

Hoje, tal princípio já não é mais um entrave, posto que, desde 1º de agosto de 2013, com a promulgação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi recepcionado pela legislação administrativa.

A lei surge no ordenamento com o objetivo claro de combater a corrupção, demonstrando um olhar particular para a área das licitações e contratos administrativos. Nessa linha, a mensagem de encaminhamento da versão final do Projeto de Lei 6.826/2010 para deliberação¹⁰⁸, aduz que há lacunas legislativas na lei de regência – naquele período a Lei 8.666/93 – no que se refere aos meios de alcançar o patrimônio de pessoas jurídicas e obter o ressarcimento de danos por elas causados, sendo, assim, necessário complementá-las urgentemente.

Uma dessas lacunas era a ausência de previsão quanto à desconsideração da personalidade jurídica na via administrativa, a qual foi preenchida no artigo 14 da Lei Anticorrupção¹⁰⁹.

Portanto, pela primeira vez, há uma norma expressa autorizando a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública via processo administrativo.

Entretanto, logo identificamos que a previsão de aplicação é diferente daquelas vistas até o momento, vide artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º da Lei 9.605/98 e artigo 50 do Código Civil, nos quais a finalidade do instituto é possibilitar o redirecionamento às pessoas físicas obrigações ressarcitórias da pessoa jurídica¹¹⁰.

Conforme podemos extrair do trecho: “sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes

¹⁰⁸Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>, acesso em 19 de julho de 2021.

¹⁰⁹Art. 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.

¹¹⁰ CRISTÓVAM; FERREIRA, 2019, p. 1230.

de administração”, trata-se aqui da desconsideração atributiva, vez que o objetivo é possibilitar a extensão das sanções previstas na Lei 8.666/93.

Isso ocorre já que no âmbito das licitações e contratos públicos, o desvio de finalidade da pessoa jurídica seria obstado com a aplicação do instituto para evitar a participação no certame da suposta “empresa irmã”¹¹¹.

Sob a lupa, estabeleceu-se que a aplicação do instituto este diretamente conectada a um pressuposto central, qual seja: a utilização da pessoa jurídica com abuso do direito. Cabe lembrar que o diploma civilista apresenta, em seu artigo 187, a definição de exercício abusivo de direitos, na qual incorre em abuso de direito a pessoa “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

Por mais que sejam termos constantemente estudados, são termos extremamente abertos que permitem múltiplas interpretações sobre os seus limites. Tal característica é responsável pelas diversas discussões que permeiam as doutrinas civilista e empresarial, o que gera uma certa insegurança nessas áreas, entretanto, ao trazermos para o Direito Administrativo Sancionador torna-se impraticável se basear em conceitos tão indeterminados.

No caso específico da Lei Anticorrupção, esses conceitos amplos não prejudicam, é o que ensinam Cristóvam e Ferreira:

O problema, que parecer ser ignorado, é que a prática de qualquer um dos atos lesivos tipificados no art. 5º da Lei nº 12.846/13 pode subsumir-se ao conceito legal de abuso de direito na utilização de pessoa jurídica. Tal conclusão é incontestada e dispensa, inclusive, a técnica da *reductio ad absurdum* para evidenciá-la. Afinal, todos esses ilícitos são consumados, necessariamente, por meio de uma pessoa jurídica, conforme conceituação do seu art. 1º, parágrafo único. Parece viável reconhecer que a utilização de pessoa jurídica para prometer, dar ou pagar vantagem indevida a agente público; financiar atos lesivos à Administração Pública; ocultar reais interesses ou identidade dos beneficiários dos atos praticados; fraudar licitações e contratos públicos ou para dificultar atividade investigativa ou fiscalizatória do Poder Público; não estariam dentro dos limites impostos à pessoa jurídica pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹¹².

Ademais, além do pressuposto central, há dois pressupostos alternativos, ligados à finalidade para que se utiliza da pessoa jurídica, quais sejam: o objetivo de

¹¹¹ TAVARES, Anna Rita. Desconsideração da pessoa jurídica e matéria licitatória. *RTDP* nº 25, 1999, p. 116.

¹¹² CRISTÓVAM; FERREIRA, 2019, p. 1235.

facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/13; ou, o objetivo de provocar confusão patrimonial.

O artigo ora analisado ainda enseja outras discussões, principalmente sobre a interpretação do dispositivo, vez que, caso seja interpretado sem os devidos cuidados, pode figurar hipótese de *Disregard Doctrine ex lege*.

Todavia, no intuito tornar a apresentação mais interessante, abordarei as decorrências interpretativas da aplicação dentro do Direito Administrativo sancionatório no tópico subsequente em conjunto com a análise do artigo 160 da Nova Lei de Licitações.

5.3. ANÁLISE DO ARTIGO 160 DA LEI 14.133/2021

Desde 1º de abril de 2021, a Lei nº 14.133/2021 instituiu-se como novo marco das compras públicas no Brasil, tendo entrado em vigor na data da sua publicação. A Nova Lei de Licitações foi pensada como regramento a substituir o regime de contratações públicas previsto nas Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011—tal pensamento foi seguido na literalidade, vez que a Nova Lei de Licitações, em sua grande parcela, somente consolidou as referidas leis, não apresentando uma transformação substancial no marco das compras públicas.

Considerando que já foram desprendidas algumas páginas contextualizando a Lei nº 14.133/2021, discutindo o Projeto de Lei que deu origem a lei, apresentando críticas necessárias e abordando, brevemente, algumas das suas inovações, partiremos diretamente ao tema proposto nesse tópico.

Nessa toada, a Nova Lei de Licitações trouxe, pela primeira vez, expressa previsão na legislação licitatória de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração sancionadora. Numa primeira análise pode não transparecer, no entanto, a maneira com que fora prevista a aplicação da *Disregard Doctrine* apresenta sérios riscos.

Para melhor elucidar, abaixo apresento quadro comparativo entre as duas previsões de aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito do Direito Administrativo Sancionador:

Lei nº 12.846/2013	Lei nº 14.133/2021
Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a	Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a

<p>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.</p>	<p>prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.</p>
--	---

Quadro 1 – Comparativo de leis.

Comparando ambas lado a lado, é nítida a inspiração do dispositivo permissivo da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos administrativos. Além disso, é visível entre elas, a ampliação do rol de pessoas que poderão ser alcançadas com a aplicação do instituto.

Fato é que algo mais grave permaneceu em sua completude, trata-se dos pressupostos autorizadores para a aplicação da *Disregard Doctrine*.

Conforme comentado previamente na análise da Lei nº 12.846/13, a aplicação do instituto está diretamente conectada à um pressuposto central: a utilização da pessoa jurídica com abuso do direito. Somam-se ao abuso de direito outros dois pressupostos alternativos, ligados ao fim para que se utiliza da pessoa jurídica, quais sejam: o objetivo de facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos; ou, o objetivo de provocar confusão patrimonial.

Numa primeira leitura, o dispositivo parece se fundamentar na teoria maior, vez que estabelece como pressuposto principal a utilização da pessoa jurídica com abuso do direito. Todavia, lendo com atenção percebe-se que estamos diante de uma aplicação da desconsideração da personalidade jurídica amparada na teoria menor.

Na prática, se estiver provado que a pessoa jurídica cometeu alguma das infrações elencadas na norma, automaticamente, estaria atendido o pressuposto para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, qual seja a utilização da personalidade jurídica com abuso do direito.

Ambas as leis apresentam a mesma problemática: caso o artigo que possibilita a desconsideração da personalidade jurídica seja lido de maneira literal, sem a devida observância da esfera do direito na qual que estão localizadas, teremos dois artigos que propõe uma aplicação automática do instituto.

Em complemento, a gravidade da situação exposta é tamanha que se os dispositivos dispostos acima forem “interpretados nos seus exatos contornos, podem ser utilizados para disfarçar sancionamento da pessoa física por responsabilidade objetiva, prática repudiada pelo sistema normativo-constitucional brasileiro”¹¹³.

Portanto, ao interpretar a aplicação desses artigos, necessário relembrar, durante todo o processo, que ambas as leis se encontram sob o manto do Direito Administrativo Sancionador e de seus princípios norteadores e limitadores fruem diretamente da Constituição Federal, sobretudo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Dessa maneira, em plena atenção ao princípio da legalidade estrita, o qual em seu âmago demanda uma análise restritiva das respectivas hipóteses legais, não há como cogitar a utilização de metodologias interpretativas elásticas, criativas e/ou extensivas, mas tão somente a apreciação estrita e atenta aos direitos e garantias fundamentais, em plena consonância com as bases do Direito Administrativo Sancionador.

Cristóvam e Ferreira¹¹⁴ apresentam três conclusões sobre a interpretação e aplicação que derivam da premissa acima exposta.

A primeira consiste em que não se pode permitir a consagração de responsabilidade por fato de outrem, vez que é inconstitucional por decorrência do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, conforme garantido no artigo 5º, XLV, da Carta Magna.

Dessa maneira, entende-se como requisito para que seja autorizada a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo sancionatório: a colaboração e/ou concorrência, daquele que se deseja estender os efeitos da desconsideração, para a consumação da infração objeto da sanção que se busca estender.

Ou seja, não é possível estender as sanções à pessoa que não teve participação causal no ato reprimido, devendo tal nexos ser verificado entre a infração e pessoa física objeto da desconsideração pretendida.

Aliás, vale ressaltar que a primeira conclusão apresentada converge com a própria exposição de motivos manifestada na proposta do anteprojeto da Lei nº

¹¹³ CRISTÓVAM; FERREIRA, 2019, p. 1236.

¹¹⁴ Ibid.

12.846/2013, referência para a concepção do artigo 160 da Nova Lei de Licitações, conforme extrai-se do seu parágrafo 22:

22. O efeito previsto para desconsideração é a possibilidade de se aplicar aos sócios com poderes de administração e aos administradores da pessoa jurídica as mesmas sanções cabíveis contra ela, estendendo-se, por exemplo, a declaração de inidoneidade da empresa para as pessoas naturais envolvidas na prática dos ilícitos.

Resumindo, em que pese a redação do legislador tenha se referido a “administradores e sócios com poderes de administração”, genericamente, somente pode ser alcançado pela aplicação da *Disregard Doctrine* aqueles que tenham relação causal com o ato que se pretende punir.

A segunda aduz a impossibilidade da interpretação e aplicação do dispositivo resultar, na prática, ainda que indiretamente, em uma responsabilização objetiva daquelas pessoas ligadas à pessoa jurídica e previstas no rol do dispositivo.

Conforme já visto, o ordenamento brasileiro não permite a imposição de sanções a pessoas físicas de maneira objetiva, ainda que comprovada a presença de culpabilidade.

Por fim, a terceira conclusão declara que jamais será possível buscar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica visando estender a sanção para outras pessoas que não as pessoas do(s) sócio(s)-administrador(es) e do(s) administrador(es) da pessoa jurídica.

Os autores reiteram que a legalidade estrita, impossibilita ocorrer a aplicação da desconsideração buscando “atingir sócios não administradores e muito menos desconsideração na modalidade expansiva para alcançar eventuais “sócios ocultos” da empresa”¹¹⁵.

Superada a análise dos pressupostos autorizadores da aplicação da *Disregard Doctrine*, há outro ponto do artigo 160, da Nova Lei de Licitações, que merece atenção: o rol extensivo, em relação ao previsto na Lei Anticorrupção.

Esse rol adiciona outras três hipóteses de pessoas que podem ser afetadas em caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, permitindo que a desconsideração atinja “a pessoa jurídica sucessora ou a empresa

¹¹⁵ Ibid., p. 1239.

do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado”.

5.4. SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

Em linhas gerais, ante Direito Administrativo Sancionador e seus princípios regentes, é ilegal a aplicação do artigo 160 da Nova Lei de Licitações, nos seguintes cenários: (i) para estender sanções à pessoa que não teve participação causal no ato reprimido, devendo tal relação ser verificada entre a infração e pessoa física objeto da desconsideração pretendida; (ii) quando resultar, na prática, ainda que indiretamente, em uma responsabilização objetiva daquelas pessoas ligadas à pessoa jurídica e previstas no rol do dispositivo; e (iii) visando estender a sanção para outras pessoas que não as pessoas do(s) sócio(s)-administrador(es) e do(s) administrador(es) da pessoa jurídica.

Fato é que o artigo 160 amplia a efetividade da capacidade sancionadora da Administração Pública, o que muito provavelmente irá gerar ilicitudes e excessos por parte da administração, todavia cabe uma atuação atenta das empresas quanto a diligência, tanto no âmbito interno quanto em operações de M&A, visto que sim qualquer falta de lisura nesses procedimentos pode acarretar consequência incalculáveis.

Ademais, pelo estudo aqui apresentado, qualquer aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública que se encaixe naquelas hipóteses proibitivas irá se apresentar como manifestamente ilegal e, por conseguinte bastante frágil e passível de questionamento judicial.

6. CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetivou investigar as principais mudanças sancionatórias no novo marco das compras públicas no Brasil em relação à Lei 8.666/1993, focando na permissão legal de aplicação da teoria Desconsideração da Personalidade Jurídica pela Lei 14.133/2021, para que fosse possível extrair quais os problemas, limites e possibilidades desse dispositivo.

Para tanto definiu-se alguns objetivos, primeiramente, buscou-se apresentar as bases do direito administrativo sancionatório no Brasil, discutindo seus fundamentos, limites, possibilidades e, em especial, as tendências mais recentes, adentrando em temáticas como a sua autonomia e a constitucionalização do direito. Missão que durante o capítulo mostrou-se desafiadora.

No decorrer do primeiro capítulo transparece que a Constituição de 1988, por meio do fenômeno intitulado *constitucionalização do Direito*, propagou por todo o ordenamento jurídico brasileiro seu conteúdo material e axiológico. Com o Direito Administrativo não foi diferente, configurou-se uma verdadeira redefinição das suas bases administrativas que passaram a utilizar-se do prisma constitucional em qualquer interpretação.

A partir do contexto histórico contextualizado, passou-se a compreender que a construção do Direito Administrativo Sancionador, como ramo próprio do Direito Administrativo, está intimamente relacionada com esse fenômeno retratado, sendo, portanto, fruto da *constitucionalização do Direito*. Motivo pelo qual definiu-se o Direito Administrativo Sancionador, como campo administrativo dedicado à investigação de princípios e regras incidentes sobre infrações, sanções administrativas e o seu respectivo processo inquiridor.

Sob a ótica principiológica, em matéria sancionadora, a exigência relativa à observância do princípio da legalidade deve ser imprescindível, visando minimizar a discricionariedade e, como resultado, restringir os riscos com arbitrariedades do Estado, em sua competência.

Ademais, identificaram-se os três fundamentos justificadores do reconhecimento da tipicidade na esfera sancionadora, quais sejam: (i) legalidade lato sensu (art. 5º, II, CF), exigida a tipicidade, posto ser corolário dela; (ii) cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), da qual extrai-se que “a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por

certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado” e (iii) garantia da segurança jurídica.

O último desafio do capítulo foi abordar a evolução das quatro correntes de diferenciação dos ilícitos administrativos, transparecendo o motivo pelo qual optou-se pelo critério dogmático para diferenciar as sanções administrativas das penais, entendendo, que aquelas devem ser definidas com fundamento no Direito Administrativo, formal e material. Esclarecendo, ainda, os conceitos de infração e sanção administrativa.

No segundo capítulo o objetivo era mais simplório, vez que se alçava discutir acerca do regime sancionatório na Lei 14.133/2021, abarcar a questão sancionatória no marco das compras públicas no Brasil, com especial destaque para as principais mudanças num estudo comparativo com a Lei 8.666/1993.

Definindo-se que o estudo, ali, passaria a se aproximar da Nova Lei de Licitações, apresentando o contexto do Projeto de Lei que deu origem ao seu texto, bem como destacando brevemente algumas das suas inovações. Focando, assim, em um estudo comparativo entre a Lei nº 14.133/21, recentemente sancionada, e a Lei 8.666/93, abordando especificamente as alterações e questões sancionatória.

Por fim, nos últimos capítulos o objetivo era discutir sobre a questão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplicável ao tema, os marcos normativos básicos, evolução do instituto e, sobretudo, a análise crítica e detalhada de todos os pontos principais do art. 160 da Lei 14.133/2021- seus eventuais problemas, limites e possibilidades.

Iniciou-se o terceiro capítulo extraíndo que a *Disregard Doctrine* consiste no instituto adequado para impedir o abuso da personalidade jurídica por sócios que subvertem os fins sociais da sociedade, visando propiciar fraudes e de abuso de direito, em prejuízo de terceiros.

Identificou-se que no Brasil temos um total de três correntes que respaldam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, resumidamente: (i) teoria menor, que não necessita de dolo na conduta ou confusão patrimonial, apenas a insolvência da sociedade; (ii) teoria maior subjetiva, tem como requisitos a insolvência da sociedade e desvio de finalidade; e a (iii) teoria maior objetiva, que deve ser comprovada a confusão patrimonial.

No entanto, analisando as principais previsões da desconsideração, o diploma civilista apresentou-se como o verdadeiro marco legislativo para o direito brasileiro

para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a qual deve se respaldar na teoria maior, vez que o artigo abrange todas as relações jurídicas privadas.

Sob o olhar dos princípios processuais que devem ser respeitados durante a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, fixou-se a ideia de que a aplicação do instituto é episódica. Existem hipóteses específicas para a sua aplicação e jamais poderá ser aplicado de maneira descomedida, sem que sejam garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Sob risco de gerar o enfraquecimento da personalidade jurídica e o desmantelamento de sua proteção que, conforme comprovado, garante a preservação da autonomia da empresa.

Tal compreensão preenche acertadamente o questionamento feito neste trabalho, durante a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito privado, no qual por meio da afirmação de que “no âmbito privado, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tornou-se, até mesmo, comum, sendo constantemente aplicada”, levantou-se a inquietude de que “no âmbito sancionador, seria possível evoluir de maneira similar?”.

Ademais, a conclusão sobrevinda dessa questão corrobora a hipótese básica, proposta ainda em fase incipiente de estudo, na qual se aventou a hipótese de que a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do processo administrativo é medida excepcional, vez que, afora carecer de estrita observância da ampla defesa e do contraditório ao administrado, deve comprovar efetiva colaboração e/ou concorrência para a prática do ato ilícito, bem como aferir a culpabilidade do administrador ou do sócio administrador, da empresa sucessora, da empresa do mesmo ramo coligada ou, por fim, da controladora.

Abordando a aplicação no âmbito sancionador, se apresentou contrapontos, quanto à observância do princípio da legalidade que deve ser redobrada, com fim de minimizar a discricionariedade e, como resultado, limitar a ocorrência de arbitrariedades pelo Estado.

No quarto capítulo, diante análise do entendimento do TCU sobre a aplicação da *Disregard Doctrine* sem previsão expressa, este mostrou-se amparado por raciocínio que viola grande parte dos conceitos estabelecidos neste trabalho, ainda que seja possível elaborar o referido racional outras áreas do Direito. Todavia, tratando-se de matéria regida pelo Direito Administrativo Sancionador, submetido ao

princípio da legalidade estrita, o qual no seu âmago requer uma análise restritiva das respectivas hipóteses legais, tal entendimento transpareceu impossível.

Finalmente, ante a análise dos artigos 160 da Lei nº 14.133/2021 e 40 da Lei nº 12.846/2013, demonstrou-se a gravidade das redações dos dispositivos que, na remota possibilidade de serem interpretados nos seus exatos termos, subverteriam o instituto da desconsideração em um mecanismo ilegal de sancionamento da pessoa física por responsabilidade objetiva, prática repudiada pelo sistema normativo-constitucional brasileiro.

Concluiu-se, portanto, que a interpretação do artigo 160 da Nova Lei de Licitações deve ser feita com rigorosa atenção ao princípio da legalidade estrita, o qual, em seu âmago, demanda uma análise restritiva das respectivas hipóteses legais. Fato é que não há como cogitar a utilização de metodologias interpretativas elásticas, criativas e/ou extensivas, mas tão somente a apreciação estrita e atenta aos direitos e garantias fundamentais, em plena consonância com as bases do Direito Administrativo Sancionador.

Outra questão elucidada foi a que para a aplicação da desconsideração deve ser observado o requisito de que aquele que se deseja estender os efeitos da desconsideração, tenha comprovadamente colaborado e/ou concorrido, para a consumação da infração objeto da sanção que se busca estender.

Finalizando, estabelecendo as seguintes premissas quanto a interpretações ilegais do dispositivo, ante Direito Administrativo Sancionador e seus princípios regentes, é ilegal a aplicação do artigo 160 da Nova Lei de Licitações, nos seguintes cenários: (i) para estender sanções à pessoa que não teve participação causal no ato reprimido, devendo tal relação ser verificada entre a infração e pessoa física objeto da desconsideração pretendida; (ii) quando resultar, na prática, ainda que indiretamente, em uma responsabilização objetiva daquelas pessoas ligadas à pessoa jurídica e previstas no rol do dispositivo; e (iii) visando estender a sanção para outras pessoas que não as pessoas do(s) sócio(s)-administrador(es) e do(s) administrador(es) da pessoa jurídica.

Fato é que o artigo 160 amplia a efetividade da capacidade sancionadora da Administração Pública, o que muito provavelmente irá gerar ilicitudes e excessos por parte da administração, todavia, cabe uma atuação atenta das empresas quanto a diligência, tanto no âmbito interno quanto em operações de M&A, visto que sim

qualquer falta de lisura nesses procedimentos pode acarretar consequência incalculáveis.

Conclui-se que o artigo 160 da Nova Lei de Licitações, que autorizou a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito licitatório, diante o estudo aqui apresentado, repete os moldes do dispositivo da Lei Anticorrupção e, portanto, cai nos mesmos equívocos.

Trata-se de artigo que permite, aos desavisados, uma interpretação e aplicação da desconsideração que pode resultar, na prática, uma responsabilização objetiva daquelas pessoas ligadas à pessoa jurídica e previstas no rol do dispositivo, situação proibida pelo ordenamento pátrio.

Por fim, reitera-se que, como norte, qualquer aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública que se encaixe naquelas hipóteses proibitivas irá se apresentar como manifestamente ilegal e, por conseguinte, bastante frágil e passível de questionamento judicial.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Thereza. *Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo falimentar*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 87, 1997.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo, vol. I*. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- BARELLI, Amanda Fabbri. *A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo, p. 153, 2015.
- BARROSO. Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. *O princípio da legalidade, a lei e o direito*. Em MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Editorial Colex, 2001.
- CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos; SILVA, Naina Beatriz Ide da. “Disregard Doctrine”: a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 1, p. 150-187, 2018.
- CEREZO MIR, J. *Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 28, fas./mes. 2, 1975.
- CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa* — 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA FERREIRA, Gustavo. *Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.294, 2019.
- CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; FERREIRA, Gustavo Costa. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da lei 12.846/13. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), nº 1. p. 1215-1246.

CRUZ, André Santa, *Direito empresarial* – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.1, 32ª edição, ed. Saraiva, 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCÍA ALBERO, Ramón. *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*. In: PRATS, Fermín Morales e OLIVARES, Gonzalo Quintero (Orgs.). *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 295-401.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. In: *Revista de Contratos Públicos*. Nº 21. 2019. Coimbra: Almedina, p. 17.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ada. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Forense*, p. 3-15, v. 371, maio 1997.

GUEDES, Francisco Augusto Zardo. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 180, 2013.

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*, v. 11, n. 2, p. 279 - 295, 4 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo*. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

KRUSSEWSKI, Cristina. *Direito administrativo sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 173, 2010.

MACHADO, Fernando Moreno *As sanções da Lei de Licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, p. 197, 2014.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes, MAIA, Mário Henrique Goulart. *O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MEDAUAR, Odete *A processualidade no direito administrativo* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, F. A. DE. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 45-65, 1 maio 2009.

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *O procedimento administrativo: entre o poder e a legitimidade*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 119, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende *Curso de direito administrativo*. 9.ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Sanções administrativas nas contratações públicas*. In TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. *Princípios jurídicos previstos no projeto da nova lei de licitações*. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (org.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Florianópolis: Zênite, 2020. p. 19-32. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-novo-livro/> Acesso em: 10 de julho de 2021.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Anna Rita. Desconsideração da pessoa jurídica e matéria licitatória. *RTDP* nº 25, 1999. P. 107-121.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 193-232, 2004.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil - Parte Geral*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. *Teoria do tipo administrativo sancionador em tempos de caça às bruxas*. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-23/tribuna-defensoria-teoria-tipo-administrativo-sancionador-tempos-caca-bruxas>>. Acesso em: 22 de julho de 2021.