

O redesenho do Direito Administrativo Sancionador na Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, parte 1 de 3: a dosimetria das penas

Aldem Johnston Barbosa Araújo
aldem@johnston@mellopimentel.com.br
Advogado de Mello Pimentel Advocacia.

1 - INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021 - Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (NLGLC) – promoveu um verdadeiro redesenho do regime jurídico que tutela as sanções aplicáveis pela Administração Pública a licitantes e contratados.

Os arts. 151, 156, §1º, 169, §3º, I, do Novo Estatuto das Compras Públicas (que não possuem contraparte no regime jurídico da Lei nº 8.666/1993) inserem, na realidade do direito administrativo sancionador, garantias até então inexistentes para os réus dos processos penaliformes instaurados no âmbito de licitações e contratos, a saber: (i) necessidade de o Poder Público apreciar a possibilidade de substituir a aplicação de penalidades pela adoção de soluções dialógicas consensuais; (ii) obrigatória aferição da dosimetria como *conditio sine qua non* para validade das penas aplicadas pelo Estado e (iii) limitação do *jus puniendi* da Administração Pública aos fatos não albergados pelo princípio da insignificância.

Nesta primeira parte, focaremos nossos estudos na dosimetria das penas imposta ao Poder Público pelo art. 156, §1º da Lei nº 14.133/2021.

Entretanto, antes de propriamente nos debruçarmos sobre o art. 156, §1º da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos é preciso deixar claro que as

garantias previstas nele e nos arts. 151 e 169, §3º, I, são imediatamente aplicáveis às licitações e contratos em curso, mesmo que tutelados pela Lei nº 8.666/1993.

2 – DOSIMETRIA DAS PENAS IMPOSTAS AO PODER PÚBLICO

Em que pese o art. 190 da Lei nº 14.133/2021 dispor que “o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada” é preciso destacar que todas as sanções em sede de direito administrativo sancionador são aplicadas em sede processual, razão pela qual, quaisquer limitações ao *jus puniendi* da Administração Pública configuram garantias processuais aos réus em processo administrativo, e sendo garantias processuais, elas se aplicam imediatamente em razão do que preconizam os artigos 14 e 15 do CPC.

Pois bem, esclarecido isso, passemos a nos debruçar propriamente sobre o objeto do presente estudo, qual seja, o § 1º do seu art. 156 da NLGLC, o qual, por seu turno, estabelece o seguinte:

“Art. 156. (...)

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.”

Comentando o art. 156, § 1º, da NLGLC, Juliano Heinen¹ esclarece que os incisos de tal dispositivo “*estabelecem uma série de vetores intelectivos de*

¹ Heinen, Juliano, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Salvador: Editora JusPodivm, 2021, pág. 756.

aplicação da pena, os quais fornecem critérios para a gradação da sanção”. Para o autor, a aplicação de uma “sanção mais ou menos grave deve ser proporcional a maior ou menor reprovação da conduta do licitante. A gravidade da expiação deve ser ajustada à culpabilidade da conduta”.

Por seu turno, Cauê Vecchia Luzia² entende que “a disciplina da Lei n. 14.133/2021 consagra a incidência do dever de proporcionalidade e do princípio da razoabilidade nos casos de sancionamento. A norma irradia orientação para que a lógica de autoridade ceda espaço à ponderação como técnica a ser empregada no sancionamento administrativo. O §1º do artigo 156 traça importantes diretrizes de orientação à Administração Pública, além de conferirem um maior grau de previsibilidade na perspectiva do particular. Com isso, inaugura um importante capítulo na disciplina sancionatória em contratações públicas, uma nova página que pressupõe critérios objetivos e métodos ponderados para a imputação de sanções”.

Perceba-se que, conforme bem pontuam Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira e Paulo Germano Rocha, os parâmetros de dosimetria contidos no art. 156, § 1º não são de aplicação facultativa por parte da Administração Pública quando da aplicação de sanções:

“Em linhas gerais, o que se exige, na atividade administrativa sancionadora, é que as sanções sejam aplicadas observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, valorando-se as situações concretas com observância dos critérios estabelecidos no § 1º. Não se trata, portanto, de recomendação vazia, haja vista que os incisos do § 1º proporcionam um direcionamento valorativo a ser seguido pela Administração Pública na aplicação e dosimetria das sanções.” (Carvalho, Matheus; Oliveira, João Paulo e Rocha, Paulo Germano, Nova Lei de Licitações Comentada, Salvador: Editora JusPodivm, 2021, págs. 611/612).”

² Luzia, Cauê Vecchia, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr (Coord.) et. al., 2ª. ed., Curitiba: Zênite, 2021, pág. 236, e-book.

Repita-se: inobservar o art. 156, § 1º da Lei nº 14.133/2021 não é uma opção, muito pelo contrário. Neste sentido, colha-se o acertado entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres:

“Segundo o § 1º do art. 156, alguns aspectos deverão ser considerados na aplicação das sanções, entre eles: a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Trata-se de um dever legal. Caso a aplicação da sanção não avalie esses elementos, poderá ser anulada pelo Judiciário. Enquanto manifestação de uma prerrogativa extraordinária e também do poder disciplinar da Administração, o exercício da competência sancionatória se submete rigorosamente ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais estabelecidas em favor do particular. Outrossim, a aplicação de sanções deve respeitar os princípios jurídicos que conformam a Administração, as garantias constitucionais ao particular, bem como o regramento necessários aos processos administrativos.” (Torres, Ronny Charles Lopes de, Leis de licitações públicas comentadas, 12ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, pág. 772).”

Marçal Justen Filho³ esclarece que ao estabelecer que o *“sancionamento deve, em qualquer hipótese, tomar em vista a natureza e gravidade da infração”*, a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos reitera *“a relevância de tais fatores na atividade decisória, de modo a assegurar a proporcionalidade da sanção”*. Para o autor, o Novo Marco Legal das Licitações e Contratações da Administração Pública *“veda que o sancionamento seja aplicado considerando-se exclusivamente a previsão legislativa em abstrato”*, sendo *“indispensável não apenas a subsunção dos fatos em vista da previsão legal ou regulamentar”*, uma vez que é *“necessário ponderar todas as circunstâncias no processo de dosimetria da sanção.”*

³ Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1.623.

O art. 156, § 1º da NLGLC estabelece, como bem aponta Sidney Bittencourt⁴, “*mecanismos para garantir a justiça nas sanções*”, os quais, por seu turno, obrigam os sancionamentos administrativos a serem uma “*contrapartida proporcional à infração cometida*”.

Em reforço ao que até aqui já foi exposto acerca do art. 156, §1º, do Novo Regime Jurídico das Licitações e Contratações da Administração Pública, é preciso ainda destacar que o art. 5º daquele diploma legal expressamente dispõe que serão observadas “*as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)*”, razão pela qual, em sede de dosimetria das penas, o Poder Público terá ainda de observar o disposto no § 2º do art. 22 da LINDB:

“Art. 22. (...)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.”

Comentando o dispositivo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas entendem que a norma “*impõe uma racionalidade decisória à discricionariedade administrativa (o *enforcement* passa a conviver harmonicamente com a *soft regulation*)*”⁵ que, por seu turno, redundará em duas providências prévias por parte de quem vai aplicar a penalidade: 1ª) exercício de empatia para com o potencial apenado e 2ª) análise sobre a possibilidade de adoção de uma solução consensual.

Ou seja, conforme se pode ver abaixo, para os citados autores, antes da aplicação de sanções por parte do controlador é preciso que ele se coloque no lugar do controlado e verifique se é possível substituir a punição por uma medida de consensualidade administrativa:

⁴ Bittencourt, Sidney, Nova Lei de Licitações passo a passo, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 116.

⁵ Marques Neto, Floriano de Azevedo e Freitas, Rafael Vêras de, Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública), Belo Horizonte: Fórum, 2019, pág. 65.

“(…) antes da aplicação de uma penalidade, sejam instaurados procedimentos administrativos por intermédio dos quais o decisor reduza a assimetria de informações com o imputado, de sorte a que possa melhor ‘considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas a seu cargo’. Cuida-se de uma interpretação sistemática da própria Lei nº 13655/2018. É que, se, nos termos do seu art. 26, se prevê a possibilidade de a celebração de acordos ser precedida de consulta pública, com muito mais razão tal possibilidade deve ser estendida para a hipótese de aplicação de sanções.” (Marques Neto, Floriano de Azevedo e Freitas, Rafael Vêras de, Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública), Belo Horizonte: Fórum, 2019, págs. 67/68).”

Fernão Justen de Oliveira entende que a LINDB incluiu, na raiz do regime jurídico de direito administrativo, o dever de interpretação pragmática, contextual e consequente de todas as normas sobre gestão pública e que os seis parâmetros definidos pelo § 2º do art. 22 para dosimetria do sancionamento (natureza, gravidade, danos, agravantes, atenuantes e antecedentes) são de aplicação compulsória a todas as normas sancionatórias de direito administrativo e que por isso exigem do intérprete uma análise minudente que contemple inclusive o princípio da proporcionalidade:

“(…) a aplicação da sanção requer do intérprete uma avaliação pormenorizada das condições objetivas e subjetivas, para calibrar a resposta da administração pública de maneira adequada e pertinente. (...) Ao inverso do que possa parecer, há espaço reduzido para a discricionariedade administrativa. Existe um equilíbrio ótimo, que deve necessariamente ser alcançado entre a conduta produzida e o sancionamento incidente. Será passível de reforma o sancionamento aplicado em desconformidade com o efeito proporcional pretendido pela adoção dos parâmetros de dosimetria.” (Oliveira, Fernão Justen de, “Dosimetria do Sancionamento

Administrativo”, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, Volume II, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et. al. (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2019, págs. 205/206).”

Especificamente sobre cada um dos seis parâmetros objetivos de dosimetria do sancionamento, trazidos pelo § 2º do art. 22 da LINDB (natureza, gravidade, danos, agravantes, atenuantes e antecedentes), Fernão Justen de Oliveira leciona o seguinte:

“Natureza da infração: (...) a natureza da infração refere-se à relevância do bem jurídico protegido. De regra, cada tipo definido em lei (ou em contato administrativo) permite identificar, com certa precisão, a posição do correspondente bem jurídico dentro da hierarquia de valores disposta normativamente. Essa comparação tende a ser mais eficaz para estabelecer qual será a dosimetria adequada à natureza da infração. Gravidade da infração: A gravidade da infração leva em conta a intensidade da conduta, quando o sancionamento comportar quantificação. (...) Danos à administração pública: Os danos sofridos pela administração pública referem-se à amplitude do prejuízo causado pela conduta ilícita. De acordo com esse critério, a infração formal receberá sancionamento menos severo do que a infração material. No âmbito das infrações materiais, por sua vez, o perigo sofrerá penalidade menos rigorosa do que o dano. (...) Agravantes e atenuantes: As circunstâncias agravantes aumentam o grau de reprovabilidade da conduta ilícita. (...) No âmbito do direito administrativo, o abuso de autoridade qualifica-se como agravante (caso não figure como infração distinta), assim como a repercussão do ilícito no âmbito da administração pública

ou fora dele. A reincidência surge como a agravante mais comum no direito administrativo sancionatório. Caracteriza-se pela infração de idêntica natureza (não apenas semelhança) e praticada pelo mesmo agente, em momento posterior ao sancionamento da infração reincidida. Caso a sanção ainda não tenha sido aplicada, haverá repetição da infração – outra agravante menos intensa do que a reincidência. As atenuantes são eventos externos à conduta ilícita, mas minimamente relacionados à atividade do sujeito perante a administração pública, que funcionam como bonificadores e amenizam a intensidade da sanção, sem extinguir a culpabilidade. (...) Antecedentes: Os antecedentes do sujeito infrator funcionam tanto como atenuante quanto como agravante do sancionamento. Podem piorar ou amenizar a intensidade da sanção e não precisam ser relacionados com a mesma infração.” (Oliveira, Fernão Justen de, “Dosimetria do Sancionamento Administrativo”, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, Volume II, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho et. al. (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2019, págs. 207/209).”

Ainda sobre os parâmetros balizadores da dosimetria que devem necessária e obrigatoriamente ser aplicados pela Administração Pública quando do exercício do seu *jus puniendi* em sede de licitações e contratos, é preciso fazer ainda, a título de reforço, remissão mais uma vez ao artigo 5º da NLGLC, que agasalha expressamente a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade deve, segundo a doutrina, ser entendido da seguinte forma:

“Este princípio, ligado ao da razoabilidade, nos diz que deve haver proporção entre a finalidade legal do ato e os

O REDESENHO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, PARTE 1 DE 3: A DOSIMETRIA DAS PENAS

Aldem Johnston Barbosa Araújo

meios empregados e os fins públicos a serem alcançados, o que veda excessos do Estado quando, através de atos abstratos, podendo ser efetuada uma correção de intoleráveis distorções legislativas. Essa menor restrição possível aos direitos e interesses particulares do cidadão é nota característica do Estado de Direito desde a sua configuração Liberal.” (Hirsch, Glaicon Joel, Fiscalização e processo administrativo à luz da constituição da república, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1ª edição, 2003, págs. 66/67).”

“Um dos princípios decorrentes do devido processo legal substantivo é o princípio da proporcionalidade. Significa uma avaliação sobre o fim (o *telos* do legislador) pretendido pela norma jurídica e os meios empregados para se alcançá-lo; havendo uma correlação entre esses dois aspectos (meios e fins), a proporcionalidade terá sido respeitada, sendo que estes dois aspectos também devem se coadunar com os demais valores erigidos pelo ordenamento.” (Carvalho, Cristiano, Direito Sanitário Brasileiro, São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 40).”

“São também considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador, sendo, portanto, mais uma vez, imprescindível a motivação para a validade do ato. Ademais, a parcimônia no exercício dos poderes/deveres por parte da Administração Pública é expressamente determinada pela Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito federal e estabelece os parâmetros normativos a serem observados nas relações travadas entre aquela e os administrados em geral. Sobre o tema, a lei em questão veio a estabelecer no inciso VI do parágrafo único do art. 2º que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios ‘adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.’ Estando implícito o princípio da proporcionalidade, sendo que, segundo Carvalho Filho, ‘para fiel observância do princípio, nem pode o Estado renunciar ao poder de impor restrições

O REDESENHO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, PARTE 1 DE 3: A DOSIMETRIA DAS PENAS

Aldem Johnston Barbosa Araújo

quando estas se façam necessárias para o atendimento das demandas da coletividade, nem deve impô-las com gravame para o indivíduo mais extenso do que reclama o interesse público a ser protegido, sob pena de admitir-se o caos no primeiro caso e a tirania e o arbítrio no segundo” (Tavares Verzola, Maysa Abrahão, Sanção no Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 160/161).”

“Num Estado de Direito a atuação dos agentes estatais deve ser moderada, jamais excessiva. ‘ser moderada’ significa estar adstrita a limites estabelecidos no ordenamento jurídico. O Estado de Direito submete-se ao ordenamento jurídico, encontrando nas normas jurídicas limites à sua ação. Num Estado de Direito os entes estatais agem no exercício de competências previstas no ordenamento, que lhes são outorgadas para o atendimento do interesse público. O princípio da proporcionalidade exige que tais competências sejam exercidas na medida estritamente necessária ao atendimento do interesse público a elas relacionado. O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade tem como corolários os subprincípios (i) da adequação: exige que os atos estatais tenham aptidão para atingir o resultado que se pretende. É dizer, o meio utilizado pelo agente estatal deve ser idôneo para atingir o fim do agir estatal, o ato deve ser adequado à sua satisfação; (ii) da necessidade: o Estado deve adotar, ao buscar seus objetivos, a medida menos gravosa aos particulares. Se há dois meios adequados para atingir um mesmo fim, deve ser adotado pelo Estado o que represente menor sacrifício dos interesses privados; e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito: veda a utilização excessiva ou desproporcional da competência outorgada ao agente estatal. Uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve, ainda, o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação.” (Mello, Rafael Munhoz de, Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007, págs. 170/172).”

Resta muito claro, portanto que o adequado exercício da dosimetria quando da aplicação de penalidades no âmbito de licitações e contratos é uma

verdadeira condição de prosseguibilidade do processo penaliforme instaurado no âmbito do direito administrativo sancionador.

Uma sanção administrativa que seja aplicada em inobservância à garantia processual do réu de ter sua pena previamente submetida a uma aferição de dosimetria é, desta feita, flagrante e irremediavelmente nula.

3 – CONCLUSÃO

Em sede de conclusão é preciso deixar consignado que as garantias processuais contidas no Novo Estatuto de Compras Públicas possuem amplo espectro e devem ser interpretadas de forma tal que tenham a maior aplicabilidade possível e sua eventual inobservância há de ser rechaça e coibida.

Por fim, neste particular, veja-se o seguinte exemplo: mesmo diante da ausência de previsão na NLGLC que estabeleça quais são as circunstâncias que atenuem as penalidades aplicadas em sede de licitações e contratos, é perfeitamente possível que tal lacuna legal seja preenchida por regulamentos (editados inclusive pelos entes subnacionais), por editais de licitação, por contratos ou por analogia *in bonam partem*⁶ (sendo, portanto, utilizar outras normas que expressamente definam atenuantes em sede administrativa, como é o caso do art. 7º da Lei nº 6.437/1977).

Verifica-se, ante a tudo o que foi até exposto, é possível afirmar que inexistente pena administrativa válida que tenha sido aplicada no âmbito das atividades regidas pela Lei nº 14.133/2021 (licitações, contratos e seu respectivo controle) sem a observância adequada de um prévio juízo de dosimetria.

Publicado em ____ / ____ / ____
As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:
ARAÚJO; Aldem Johnston Barbosa. <i>O REDESENHO DO DIREITO</i>

⁶ O STJ acertadamente veda o uso da analogia *in malam partem* no bojo do Direito Administrativo Sancionador (vide REsp 1.216.190/RS).

O REDESENHO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, PARTE 1 DE 3: A DOSIMETRIA DAS PENAS

Aldem Johnston Barbosa Araújo

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, PARTE 1 DE 3: A DOSIMETRIA DAS PENAS. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: **dd/mm/aaaa.**