

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Maxmiller Costa Júnior

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO: um enfoque na permissão legal da Lei nº 14.133/2021.

Porto Alegre  
2022

Maxmiller Costa Júnior

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO: um enfoque na permissão legal da Lei nº 14.133/2021.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do grau de Especialista em  
Direito do Estado pela Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini.

Porto Alegre  
2022

Dedico este trabalho a todos que me auxiliaram na evolução do meu conhecimento durante minha jornada profissional até aqui, muito obrigado.

“[...] Que ninguém se engane, só se consegue a simplicidade através de muito trabalho”.  
(LISPECTOR, Clarice).

## RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo, especificamente quanto às licitações e aos contratos, diante da previsão inovadora desse instituto no artigo 160 da Lei nº 14.133/2021. Apresenta o Direito Administrativo Sancionador enquanto ramo do Direito Administrativo e discorre sobre os princípios que lhe são aplicáveis. Expõe a teoria das sanções administrativas e a conceituação de sanções e ilícitos administrativos. Analisa o Direito Sancionatório sob a óptica da nova Lei de Licitações e Contratos, discutindo acerca da aplicação dessa lei no ordenamento jurídico. Promove uma abordagem comparativa das infrações e sanções administrativas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/2021, abordando, ainda, o processo administrativo de apuração de responsabilidade. Apresenta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito privado, por meio de breves reflexões históricas e de conceituação do instituto. Discursa sobre as teorias que são aplicáveis à desconsideração da personalidade jurídica, sua aplicação no direito brasileiro e a hipótese atributiva de desconsideração. Discorre sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo. Debate sobre a possibilidade de a Administração Pública aplicar o instituto com fundamento na Lei Anticorrupção e na nova Lei de Licitações e Contratos.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Sancionador. Licitações e Contratos administrativos. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the application of the theory of consideration of legal personality within the scope of the administrative institute, specifically with regard to bids and contracts, in view of the provisions of article 160 of Law nº 14.133/2021. It presents Sanctioning Administrative Law as a branch of Administrative Law and discusses the principles that apply to it. It exposes the theory of administrative manipulations and the assessment of causes and damages. To analyze the Law of Sanctions from the perspective of the new Law of Bidding and Contracts, discussing the application of this law in the legal system. It promotes Law No. 14,133/2021, also dealing with the administrative process of determining liability. It presents a theory of the consideration of legal personality in private law, through brief history and conceptualization of the institute. It discusses the theories applicable to the consideration of legal personality, its application in Brazil and the attributive hypothesis of consideration. Discusses the institute of disregard of legal personality in the scope of Administrative Law. Debate on the possibility for the Public Administration to apply the institute based on the Anti-Corruption Law and the new Law on Tenders and Contracts.

**Key-Words:** Sanctioning Administrative Law. Administrative tenders and contracts. Theory of Disregard of Legal Entity.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC	Código Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR</b>	<b>14</b>
<b>2.3 TEORIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....</b>	<b>19</b>
<i>2.3.1. Ilícito administrativo.....</i>	<i>19</i>
<i>2.3.2. Sanção Administrativa.....</i>	<i>20</i>
<i>2.3.3. Distinção entre ilícitos administrativos e ilícitos penais .....</i>	<i>21</i>
<b>3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA LEI Nº 14.133/2021 .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES .....</b>	<b>27</b>
<b>3.3 AS INFRAÇÕES E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI Nº 8.666/93 E NA LEI Nº 14.133/2021 .....</b>	<b>30</b>
<i>3.3.1. Infrações administrativas.....</i>	<i>30</i>
<i>3.3.2. Sanções administrativas.....</i>	<i>32</i>
<i>3.3.3. Processo administrativo de apuração de responsabilidade administrativa .....</i>	<i>35</i>
<b>4 A DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PRIVADO .....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2 BREVES REFLEXÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....</b>	<b>38</b>
<b>4.3 TEORIAS APLICÁVEIS À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>39</b>

<b>4.4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>40</b>
<b>4.5 A DESCONSIDERAÇÃO ATRIBUTIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>43</b>
<b>5 A DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....</b>	<b>45</b>
<b>5.1 APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>45</b>
<i>5.1.1. Aplicação do instituto no âmbito das licitações e contratos administrativos....</i>	<i>46</i>
<i>5.1.1.1. O entendimento do Tribunal de Contas da União e das Cortes Superiores .</i>	<i>48</i>
<i>5.1.2. Aplicação do instituto com fundamento na Lei Anticorrupção .....</i>	<i>52</i>
<i>5.1.3. Aplicação do instituto com fundamento na nova Lei de Licitações e Contratos .....</i>	<i>54</i>
<i>5.1.3.1. O rol de sujeitos cujos efeitos das sanções serão estendidos .....</i>	<i>55</i>
<i>5.1.3.2. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração.....</i>	<i>56</i>
<i>5.1.3.3. Breves considerações acerca da obediência ao devido processo legal.....</i>	<i>58</i>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) tratará do Direito Administrativo Sancionador, matéria intrinsicamente ligada à atuação do Direito Administrativo, percorrendo sobre os princípios que lhe são aplicáveis, as teorias e regras pertinentes às infrações e às sanções administrativas e, ainda, acerca do processo de apuração de responsabilidade do licitante ou contratado, com o objetivo de debater a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*) no âmbito administrativo, especificamente em relação às licitações e contratos administrativos.

A nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133, publicada em 01 de abril de 2021 e vigente desde a sua data de publicação, atualiza o marco legal das compras públicas no ordenamento jurídico brasileiro. A referida lei revogará, após 2 (dois) anos contados de sua publicação oficial, as Leis de nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011. Além disso, inova no ordenamento jurídico ao prever expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e dos contratos administrativos.

O instituto da *Disregard Doctrine* já vinha sendo aplicado no âmbito do Direito Administrativo, mesmo sem expressa previsão legal no ordenamento pátrio, mediante apoio na construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, presente um dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica de empresa licitante ou contratada, incumbe à Administração agir para estender sanções anteriormente aplicadas à empresa fraudulenta sucessora e/ou a seus administradores ou sócios, sob o fundamento de que a conjugação dos princípios aplicáveis à atividade administrativa, tais como a indisponibilidade do interesse público e a moralidade, justificaria a decretação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração.

Embora a nova Lei de Licitações e Contratos, ao positivizar a *Disregard Doctrine* em seu art. 160, tenha afastado a discussão quanto à possibilidade de aplicar o instituto âmbito do Direito Administrativo Sancionador, ainda há dúvidas e discussões na comunidade jurídica quanto à efetiva aplicação dessa teoria pela Administração Pública de modo autoexecutório; ao procedimento administrativo para efetivação do instituto; e ao rol de sujeitos cujos efeitos das sanções serão estendidos.

Nesse panorama, a fim de discutir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo, o presente trabalho partirá da análise do Direito Administrativo Sancionador e da sua aplicabilidade no direito brasileiro, perpassando pela teoria das sanções administrativas e estabelecendo um comparativo quanto às medidas sancionatórias entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/2021, para então proceder a uma análise da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do direito privado, concluindo com um debate acerca das particularidade de aplicação do instituto no Direito Administrativo, especificamente no campo de licitações e contratos.

Num primeiro momento, apresenta-se o Direito Administrativo Sancionador e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio mediante referências ao direito comparado, procedendo-se, ainda, a uma análise dos princípios jurídicos que lhe são aplicáveis, a fim de delimitar a atuação desse ramo do direito.

No próximo capítulo, trata-se do tema da teoria das sanções administrativas, por meio da análise dos conceitos de ilícito e de sanção administrativos, além da discussão quanto às teorias aplicáveis à distinção entre ilícitos administrativos e ilícitos penais.

Na próxima etapa, será abordado o regime sancionatório na Lei nº 14.133/2021, iniciando-se o tema por uma introdução quanto ao trâmite do projeto de lei que originou a nova Lei de Licitação e Contratos, alcançando uma análise acerca da efetiva aplicabilidade da nova lei licitatória, a qual culminará num comparativo entre as infrações e as sanções administrativas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/2021, encerrando-se o capítulo com um debate sobre ao processo administrativo de apuração da responsabilidade administrativa na nova Lei de Licitações e Contratos.

No capítulo seguinte, será promovida discussões acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, iniciando-se pela sua aplicação no âmbito do direito privado, com breves reflexões históricas, conceituação do instituto e teorias que lhe são aplicáveis, finalizando com sua aplicação no âmbito do direito brasileiro e na apresentação da *Disregard Doctrine* em sua hipótese atributiva.

O último capítulo do trabalho buscará analisar, detalhadamente, a aplicação do instituto da *Disregard Doctrine* no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, por meio de diferentes etapas.

Primeiramente, diante da ausência de previsão legal que autorizasse expressamente a aplicação do instituto, oportunidade em que se discutirá sobre as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, as quais culminaram na aplicação do instituto no campo das licitações e dos contratos administrativos pelo Tribunal de Contas de União e pelos tribunais judiciais.

Em um segundo momento, a análise abordará a previsão de aplicação da *Disregard Doctrine* na Lei Anticorrupção e a ligação do dispositivo com a matéria relativa a licitações e contratos.

Por fim, numa terceira etapa, se procederá a uma análise detalhada do artigo 160 da nova Lei de Licitações e das críticas dirigidas a ele, o que resultará numa discussão quanto ao rol de sujeitos cujos efeitos das sanções administrativos serão estendidos e à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública, além de breves considerações acerca da obediência ao devido processo legal.

## 2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### 2.1 Considerações iniciais

O Direito Administrativo Sancionador está intrinsecamente ligado à atuação do Direito Administrativo, a qual, embora permita ao administrador certa discricionariedade, é limitada pela Constituição Federal, pela doutrina, pela jurisprudência e por todo o sistema normativo jurídico, de plano material e processual.

Enquanto ramo próprio do Direito Administrativo, o Direito Administrativo Sancionador possui alcance ampliado das relações sociais e trata das infrações e sanções administrativas por meio de processo administrativo próprio, com fundamento no interesse público e sob a delimitação de princípios e regras que lhe são aplicáveis, com o intuito de proteger valores específicos relacionados às atividades estatais.

No campo do Direito comparado, há sólidas referências teóricas aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro, isso porque foi na Europa que esse ramo do Direito Administrativo se inaugurou, em países como Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal.<sup>1</sup>

Na concepção de Jaime Ossa Arbellaez, o Direito Administrativo Sancionador decorre de um poder punitivo estatal, oriundo de um ordenamento próprio que estabeleça, de forma clara, as normas processuais, a tipificação das faltas, a precisão das dosimetrias das penas e, ainda, consagre um mínimo de garantias, uma vez que a pena aplicada em face de uma infração administrativa é consequência da ocorrência de um ilícito que merece tratamento similar ao ilícito penal.<sup>2</sup>

No Direito Espanhol, a Lei Fundamental da Espanha, que se equipara a uma Constituição Federal, possui disposição específica relativa aos ilícitos, art. 25, 1, a qual consolida, em caráter definitivo, o *ius puniendi* do Estado, dividido em penal e sancionador administrativo. Mesmo após uma redemocratização na Espanha, a Administração Pública ainda concentra grande parte da competência punitiva, com

---

<sup>1</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 95.

<sup>2</sup> ARBELLAEZ, Jaime Ossa. *Derecho Administrativo Sancionador: una aproximación dogmática*. Legis, 2009, p. 126.

exceção das sanções que implicam privação de liberdade, na forma prevista no art. 25, 3, da Constituição Espanhola.<sup>3</sup>

O Estado, além de desempenhar as inúmeras funções que lhe são atribuídas, ainda tem o dever de limitar o exercício de direitos e liberdades, proibindo determinados comportamentos de agentes públicos e particulares, em diversos tipos de relações sociais. Nesse tipo de atribuição, por vezes, o Estado precisa utilizar sanções ou medidas coercitivas cautelares ou persuasivas, desempenhando o que se costuma denominar Direito Sancionador, o qual divide uma fronteira tênue com o Direito Penal.<sup>4</sup>

Nesse campo, apresentam-se diferentes critérios para a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, tema que será tratado a fundo mais adiante em subtópico próprio. Nada obstante, relevante pontuar que essa distinção se revela meramente dogmática, pois se o Estado possui uma única pretensão punitiva, ela pode incidir sobre a sociedade de formas distintas, com contornos próprios e regimes jurídicos diferentes: sanções penais e sanções administrativas, mas ambas sob a incidência de princípios de direito público, com obediência nuclear à Constituição Federal. Nesse sentido preceitua Fábio Medina Osório:

[...] Imperioso examinar mais de perto as sanções penais e as administrativas, de modo a 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 ilícitos administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios

---

<sup>3</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

<sup>4</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p.47.

estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais.

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 esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos. [...] <sup>5</sup>

Feitas as considerações iniciais acerca do Direito Administrativo Sancionador, cumpre analisar os princípios que lhes são aplicáveis.

## 2.2 Princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador, enquanto instrumento do poder punitivo estatal efetivado pela Administração Pública contra os administrados, se submete a princípios jurídicos. Seja na aplicação da sanção penal ou da sanção administrativa, o Estado expressa, por meio dos órgãos competentes, seu poder de punir condutas antijurídicas, razão pela qual deve haver um núcleo mínimo de garantias aplicáveis à pretensão punitiva do Estado.<sup>6</sup>

A Constituição Federal de 1988, orientada pela doutrina pátria e alienígena, dispôs em seu art. 5, inciso II, que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, do que se depreende que o Estado só pode impor, ao particular, obrigação de fazer ou não fazer determinada coisa em virtude de lei. No art. 37, “caput”, da Carta Magna, consta a legalidade com um dos princípios basilares da Administração Pública, direta e indireta, de quaisquer uns do Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permite.<sup>7</sup>

O princípio da legalidade tem relevante atuação quanto às infrações e sanções administrativas, uma vez que, nessas situações, há uma contraposição frontal entre a Administração Pública, enquanto detentora do poder punitivo, e o administrado.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p.172-173.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. *Os princípios constitucionais no Direito Administrativo Sancionador no regime democrático da Constituição de 1988*. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai/ago 2021, p.467-478.

<sup>7</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 56.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 873-874.

Nesse sentido, a legalidade que orienta e limita a atividade da Administração Pública também se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, seja na sua dimensão processual ou formal. No entanto, embora a legalidade que norteia o Direito Administrativo Sancionador se conecte ao art. 37, caput, da Constituição Federal, insere-se numa perspectiva mais ampla, ligada ao Estado Democrático de Direito e, ainda, ao devido processo legal, sem, contudo, deixar de possuir certa flexibilidade, especialmente no que se refere ao campo das atuações estatais sancionadoras amparadas no Direito Administrativo.<sup>9</sup>

Acerca dessa flexibilidade, leciona Fernando Medina Osório que, ao contrário das normas penais, as normas administrativas não possuem certas amarras, de modo que a legalidade aplicável ao Direito Administrativo Sancionador se revela flexível e permeada por competências discricionárias, sempre voltadas ao interesse público, conforme se denota abaixo:

[...] Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta o Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas “amarras” que normalmente escravizam as normas penais. É uma consequência, inclusive, da maior elasticidade competencial do Estado nesse terreno, embora seja, sobretudo, fruto de uma carga histórica comprometida com normas sancionadoras garantistas de direitos individuais. A evolução do Direito Penal certamente remete os sistemas punitivos à observância de um conjunto universal de direitos humanos e direitos fundamentais positivados. A nota da maior flexibilidade do Direito Administrativo Sancionador fica por conta, desde logo, de um abandono histórico a que submetido esse conjunto de normas, que ficaram à margem do desenvolvimento do Direito Punitivo, este identificado como Direito Penal. Assim, as normas de Direito Administrativo Sancionador eram manejadas e tratadas historicamente no bojo do chamado poder de polícia da Administração Pública, cujas principais características remetiam, e ainda remetem, à discricionariedade das autoridades competentes. Daí decorre, em boa medida, a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público. Eis uma nota diferenciadora importante a apartar a legalidade administrativa da legalidade penalista. [...] <sup>10</sup>

Nesse contexto, denota-se que o princípio da legalidade sempre deve ser observado pela autoridade competente no Direito Administrativo Sancionador, mas sob um aspecto mais amplo, não apenas pela mera literalidade da lei, mas também pela sua interpretação sob o prisma do ordenamento jurídico e das normas e princípios constitucionais, notadamente quando a lei for omissa ou genérica.

---

<sup>9</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 247.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 250-251.

Ademais, na hipótese de lei que estabeleça genericamente o ilícito e a sanção, essa lacuna pode ser preenchida pela edição de regulamento próprio, sem inovar a ordem jurídica, mas garantindo a aplicação da sanção e limitando a margem de discricionariedade do Administrador Público.<sup>11</sup> Corroborando esse contexto, leciona Rafael Munhoz Mello:

[...] Ao outorgar à Administração competência discricionária, a lei permite que o agente administrativo complemente a disciplina normativa da matéria, seja definindo normas procedimentais a serem adotadas pelos agentes administrativos, seja complementando conceitos previstos na lei. Não se está, aqui, criando novos direitos e obrigações, mas sim aclarando suas extensões, complementando-se a dicção legal. Eis aí o papel do regulamento administrativo. [...] <sup>12</sup>

Outro princípio relevante é o da tipicidade, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

As infrações administrativas devem ser feitas de maneira suficientemente clara, a fim de não deixar dúvidas quanto ao comportamento reprovável, a fim de que o administrado possa estar ciente da conduta que deve evitar ou praticar para não incorrer em sanções administrativas.<sup>13</sup>

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da tipicidade, na esfera administrativa, é defendido pela maioria da doutrina como decorrência do princípio da legalidade e aplicação analógica do princípio do direito penal, mas nem sempre a legislação administrativa o observa, de modo que esse princípio, no campo do Direito Administrativo, é aplicado de forma limitada.<sup>14</sup>

De outra parte, ainda que a Carta Magna não mencione a aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo Sancionador, não há dúvidas do alcance dessa garantia à atividade sancionadora do Estado, com base na sua derivação, ainda que genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito (art. 5º, II, CF/88) e da legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), bem como na

---

<sup>11</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 57-58.

<sup>12</sup> 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. 118.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2015. p. 874-875.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 875.

necessidade de segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, impedindo sejam surpreendidos com a imposição de penalidades arbitrárias e distantes dos comandos legais.<sup>15</sup>

Nessa linha, Fábio Medina Osório aponta as funções dos tipos sancionadores de condutas proibidas: (i) busca da segurança jurídica aos jurisdicionados e aos administrados, tendo em vista que o tipo deve assegurar certa previsibilidade das possibilidades de exercício da pretensão punitiva estatal e permitir ao destinatário dessa pretensão o conhecimento da como comportar-se, em atenção à norma jurídica; (ii) função pedagógica, por meio da qual se busca reprimir, preventivamente, o cometimento de ilícitos, sob ameaça àqueles que poderiam querer violar o comando normativo.

O princípio da irretroatividade da norma sancionadora, que se encontra previsto no art. 5º, XXXVI (*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*) e LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*), ambos da Constituição Federal, também se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que não seria razoável admitir que lei posterior venha a sancionar comportamentos e/ou condutas realizados antes da vigência da lei sancionadora no mundo jurídico. Desse modo, o princípio da irretroatividade obsta que a lei produza efeitos pretéritos, aplicando-se somente quando vigente no tempo da consumação dos fatos, além de impedir o agravamento de sanção já aplicada ao administrado que incorreu em infração administrativa em determinado lapso temporal.<sup>16</sup>

No que se refere à retroatividade da lei mais benéfica, há polêmica quanto à sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador. No entanto, nos parece mais acertado o entendimento de Rafael Munhoz de Mello, que, citando Fábio Medina Osório, entende que a retroatividade da lei não se aplica no Direito Administrativo Sancionador:

[...] Com o respeito devido aos autores que entendem de outra forma, parecer acertada a posição defendida por Fábio Medina Osório. A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a

---

<sup>15</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 254-255.

<sup>16</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 61.

retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador. [...] <sup>17</sup>

Outro princípio aplicável no campo das infrações e sanções administrativas é o *non bis in idem*, segundo o qual o indivíduo não deve ser duplamente punido pelo mesmo fato.

A base fundamental do princípio *non bis in idem* consiste no devido processo legal, por meio da obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais são impositivos no campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador como forma de impedir o excesso da Administração Pública no exercício do seu poder estatal. <sup>18</sup>

Novamente, nos alinhamos às lições de Fábio Medina Osório, que aponta com exatidão os fundamentos para aplicação do princípio *non bis in idem* ao Direito Administrativo Sancionador:

[...] Intimamente ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade, o princípio da proibição do *non bis in idem*, cujas raízes remontam ao devido processo legal anglo-saxônico, também atua em matéria de Direito Administrativo Sancionador, possuindo um largo alcance teórico e restrito alcance e significado práticos. Tal princípio, em nosso sistema, está constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88. Suas consequências e desdobramentos, no entanto, são bastante tímidos na jurisprudência e na doutrina brasileiras, deixando lacunas consideráveis ao crivo dos juristas. [...] <sup>19</sup>

Relevante ressaltar que, no nosso ordenamento jurídico pátrio, prevalece a independência das instâncias diante da tripartição de poderes estatais. Assim, quando o comportamento do indivíduo implicar ilícito penal, administrativo ou cível, a apuração do fato ocorrerá em cada uma das esferas jurídicas, não se aplicando, portanto, o princípio do *non bis in idem* quando a infração se submeter a instâncias distintas. <sup>20</sup>

A aplicação do princípio da culpabilidade no campo do Direito Administrativo Sancionador também é objeto de discussão pelos doutrinadores que atuam nessa área. Segundo esse princípio, a atribuição de responsabilidade pela prática de determinado fato que constitui infração a uma pessoa deve passar pelo crivo da culpabilidade.

---

<sup>17</sup> MELLO, Rafael Munhoz de, 2007, p. 154.

<sup>18</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 64.

<sup>19</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 319.

<sup>20</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 65.

Rafael Munhoz de Mello defende que, no campo do Direito Administrativo Sancionador, o *“princípio da culpabilidade veda a imposição de sanção administrativa retributiva a pessoas que não contribuíram de modo algum para a ocorrência da infração administrativa, ou a fizeram a despeito de terem agido licitamente e adotado a diligência no caso concreto”*.<sup>21</sup>

Importa registrar que, no Direito Administrativo Sancionador pátrio inexistente legislação que imponha a observância do princípio da culpabilidade no exercício do *ius puniendi* estatal. No entanto, a doutrina pátria defende o entendimento de que a aplicação de sanção deve passar pelo exame da culpabilidade, de modo que, em verdade, a sanção administrativa só poderá ser imposta ao administrado se configurada minimamente sua culpa.

## **2.3 TEORIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

O estudo das sanções administrativas é etapa imprescindível na conceituação do Direito Administrativo Sancionador e na concretização dos princípios jurídicos que permeiam esse ramo do Direito Administrativo. Propõe-se, portanto, tratar da conceituação de ilícitos administrativos e da sanção administrativa, abordando, ao final, as correntes doutrinárias aplicáveis para a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal.

### **2.3.1. Ilícito administrativo**

Os ilícitos propriamente ditos podem ser enquadrados em diversas categorias jurídicas – penal, administrativo ou civil.

A infração administrativa, nas lições de Daniel Ferreira, consiste *“no comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo”*.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> MELLO, Rafael Munhoz de, 2007, p. 184.

<sup>22</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

Cumprе ressalvar, quanto à conceituação de Daniel Ferreira, que a aplicação da sanção não se limita unicamente ao exercício da função administrativa pela Administração Pública, tema que será analisado na conceituação de sanção.

Dito isso, conclui-se que os ilícitos administrativos decorrem de uma conduta humana, em desacordo com normas sob a égide do regime jurídico administrativo, sob a qual recai uma consequência restritiva de direitos, por meio da aplicação de uma sanção.<sup>23</sup>

### **2.3.2. Sanção Administrativa**

A sanção administrativa está indissoluvelmente ligada à infração administrativa, de modo que a infração é prevista em uma parte da norma e a sanção em outra, revelando-se uma providência gravosa aplicável em caso de conduta que caracterize uma infração administrativa.<sup>24</sup>

Assim sendo, a sanção administrativa se insere no contexto global do poder punitivo estatal e configura ato administrativo editado pela autoridade competente, no âmbito da Administração Pública, enquanto no exercício da função administrativa, ou no âmbito do Judiciário, enquanto no exercício da função jurisdicional.

O conceito de sanção administrativa deve ser vinculado às dimensões material e formal do Direito Administrativo e não apenas à função administrativa. Nessa linha doutrinária, Fernando Medina Osório conceitua que:

[...] A sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do Direito Administrativo, formal e material, circunstância que permite um claro alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva da tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa. [...] <sup>25</sup>

Ademais, Osório preceitua que a sanção administrativa se revela um castigo a ser imposto pela Administração Pública, no exercício da função administrativa, ou até mesmo pelo Judiciário ou por corporações de direito público:

---

<sup>23</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 08-09.

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2015, p. 869.

<sup>25</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 100.

[...] Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas. [...] <sup>26</sup>

Desse modo, mais adiante trataremos dos critérios aplicáveis para distinção dos ilícitos administrativos dos ilícitos penais, adiantando-se, desde já, que o entendimento adotado nesse trabalho se alinha ao de que as sanções administrativas, decorrentes de uma conduta ilegal e tipificada em norma proibitiva, possuem aplicação formal e material no âmbito do Direito Administrativo, podendo ser aplicadas pelas autoridades administrativas e, ainda, pelo Judiciário, desde que detenha competência outorgada em lei.

### **2.3.3. Distinção entre ilícitos administrativos e ilícitos penais**

No campo do Direito Administrativo Sancionador há discussão doutrinária quanto à distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, além da existência de posicionamento doutrinário no sentido de que inexistente qualquer diferença ontológica entre as diversas modalidades de ilícito.

Dentre os critérios de classificações utilizados para distinguir o ilícito administrativo do ilícito penal há a corrente qualitativa e a quantitativa, ambas derivadas do Direito Europeu.

A corrente qualitativa, por lógica, utiliza critério qualitativo para distinção, de modo que os ilícitos seriam diferenciados a partir da importância do bem jurídico que foi violado. Nessa corrente, o ilícito administrativo não teria grande relevância para a sociedade, enquanto o ilícito penal implicaria violação a bem jurídico estimado pela sociedade.<sup>27</sup>

De outro lado, a corrente quantitativa, oriunda da doutrina espanhola, promove a diferenciação entre os ilícitos por meio de critério material quanto à gravidade da ação, sob a premissa de que não há diferença qualitativa entre os ilícitos. Segundo as

---

<sup>26</sup> OSÓRIO, Fábio Medina, 2022, p. 118.

<sup>27</sup> MELLO, Rafael Munhoz de, 2007, p. 48.

conclusões de Rafael Munhoz de Mello, um comportamento ilícito de menor gravidade ou relevância para a sociedade implicaria um ilícito administrativo, ao passo que um de maior gravidade corresponderia a um ilícito penal.<sup>28</sup>

Nada obstante, Rafael Munhoz de Mello aponta que não se pode diferenciar o ilícito por meio do comportamento do indivíduo infrator sem levar em consideração o ordenamento jurídico, bem como que a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal com base em critérios qualitativos e quantitativos não encontram fundamento no direito positivo, já que ambos possuem como fundamento a natureza das coisas.<sup>29</sup>

Nessa linha, desponta o critério formal para diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo, o qual possui como base para distinção o regime jurídico propriamente estabelecido para cada tipo de ilícito.

Desse modo, em se tratando de ilícito administrativo, a autoridade competente para aplicar a sanção é a Administração Pública, enquanto exerce sua função administrativa, após a conclusão de um processo administrativo, e, quando se fala em ilícito penal, autoridade judiciária revela-se competente, no exercício de sua função jurisdicional, após trâmite de um processo judicial. Ainda segundo Rafael Munhoz de Melo, mostra-se inadequada a adoção de critérios metajurídicos para diferenciar o ilícito administrativo e o ilícito penal.<sup>30</sup>

O critério formal é o mais adotado no âmbito da doutrina brasileira que atua no tema do Direito Administrativo Sancionador. Antônio Cecílio Moreira Pires pondera que o critério diferenciador do ilícito é o regime jurídico propriamente dito e não a sanção, de modo que, dado o ilícito, a sanção deve acompanhar a mesma tipologia da ilicitude.<sup>31</sup>

No entanto, Fábio Medina Osório tece contundentes críticas aos critérios que objetivam distinguir os ilícitos administrativos e penais, sob o argumento de que não há um só critério capaz de justificar um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas, pois elas podem cumprir funções idênticas às funções penais. Pontua que não há vinculação obrigatória do legislador

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 60-62.

<sup>31</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 08.

em atrelar sanções administrativas e penais às funções distintas do Estado ou observar proporcionalidade quanto à gravidade das condutas:

[...] Não haveria um só critério eu justificasse um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas.

[...]

O poder sancionador da Administração Pública seria uma função administrativa, ao passo que o poder judicial sancionador seria uma função jurisdicional, ambas cumprindo finalidades diversas, diferenciando-se, pois, qualitativamente. Essa tese, sem embargo, não resiste à ideia de que as sanções administrativas podem cumprir funções idênticas às funções penais, [...]. Por múltiplos aspectos e razões, não se pode aceitar um critério puramente formal para apartar sanções administrativas e penais, como se fossem medidas associadas de modo indissolúvel às respectivas funções administrativas e jurisdicionais do Estado. Em realidade, pode-se aceitar essa associação como regra geral, mas não como critério radical e absoluto, porque, de um lado, esbarra na realidade política de conformação livre dos ilícitos e sanções pelo legislador. De outro lado, não se vê onde estariam os fatores condicionantes da vinculação obrigatória do legislador em termos de atrelamento das sanções administrativas e penais às funções distintas do Estado. [...]

66. [...] O problema do critério quantitativo é que também falha. Nem sempre o ilícito penal será mais gravemente apenado do que o ilícito administrativo, mormente considerando a lentidão usual do legislador penal. [...] Em tese, o critério quantitativo poderia orientar as opções do legislador, mas este goza de autonomia decisória nesse terreno e pode prever ilícitos penais e ilícitos administrativos sem uma lógica de que os últimos sejam menos graves do que os primeiros, ainda que protegendo idênticos bens jurídicos. [...] <sup>32</sup>

De acordo com as conclusões alcançadas por Fábio Medina Osório, o Direito Administrativo possui dúplici natureza, formal e material, e as sanções administrativas podem ser conceituadas a partir desse campo de incidência, pois não estão ligadas, necessariamente, ao exercício da função administrativa, podendo ser resultado do desempenho de uma função jurisdicional, como ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa. <sup>33</sup>

Ademais, Osório propaga o critério dogmático a fim de distinguir as infrações administrativas e penais, sob a premissa de que o exame das sanções administrativas merece ser realizado sob o contexto global do poder punitivo do Estado. Aduz que não há distinção ontológica entre as infrações penais e administrativas, nem diferenças substanciais entre elas, mas apenas um critério dogmático:

<sup>32</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. 2022, p. 134-137, nota de rodapé n. 66.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 139.

[...] 69. [...] 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 estas. 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. [...]³⁴

Apontados os critérios de distinção dos ilícitos administrativos e penais, conclui-se que o critério dogmático se revela o mais apropriado para função, ante a ausência de distinção ontológica e de diferenças substanciais entre os referidos ilícitos, além da inegável conexão do Direito Administrativo Sancionador com o princípio da legalidade e o âmbito formal e material da sua incidência.³⁵

---

³⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. 2022, p. 140, nota de rodapé n. 69.

³⁵ *Ibidem*. 2022, p. 156.

### **3 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA LEI Nº 14.133/2021**

#### **3.1 Considerações iniciais acerca da nova Lei de Licitações**

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, estabeleceu novas normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange, dentre outros, os órgãos do Poder Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

As críticas à Lei nº 8.666/1993 surgiram logo após sua publicação, tanto que, em 1995, dois anos após sua vigência, já havia um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional para sua alteração, o PL 1.292. Posteriormente, em 2013, foi criado o PLS (Projeto de Lei do Senado Federal) de nº 559, oportunidade em que se estruturou uma comissão no âmbito do Senado Federal. Esse PLS foi aprovado e chegou à Câmara dos Deputados no final de 2016, como PL nº 6.814/2017, quando foi apensado ao PL nº 1.292/95, recebendo essa numeração em razão da antiguidade deste último, apesar de possuírem conteúdos diversos. A Câmara dos Deputados aprovou o novo conteúdo em setembro de 2019 e então o projeto voltou ao Senado, recebendo nova numeração, 4.253. Em 10 de dezembro de 2020, foi aprovado no Plenário, sem nova submissão às Comissões temáticas, e, após consolidado, foi enviado à sanção presidencial em 12 de março de 2021.<sup>36</sup>

A publicação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, buscou modernizar e consolidar em um único dispositivo legal três diplomas normativos: a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que trata do pregão enquanto modalidade de licitação, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que versa sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Ocorre que, ainda que o projeto da nova Lei de Licitações e Contratos tenha permitido a participação de representantes da comunidade acadêmica, de diversos órgãos afetados pela mudança e de áreas privadas afetadas pelas mudanças, tais

---

<sup>36</sup> NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 07-08.

como empresários, engenheiros e setor de seguros<sup>37</sup>, há duras críticas à Lei nº 14.133/2021, sendo a maioria delas no sentido de que os avanços foram pontuais e que a nova legislação permanece excessivamente rígida e burocrática, presa ao passado e sem muita visão de futuro. Nessa linha são as críticas do professor e advogado Joel de Menezes Niebuhr:

[...] A Lei n. 14.133/2021 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 a nova Lei reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de uma Lei que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.

E o pior é que a nova Lei é considerada norma geral e se aplica na mesma medida para todos os entes federativos, salvo para as estatais, sujeitas à Lei n. 13.303/2016. A Lei até se poderia ter como exequível e fazer sentido para a Esplanada dos Ministérios, contudo é distante da realidade da Administração Pública nacional, notadamente dos milhares de pequenos e médios municípios brasileiros, que não contam com receita, estrutura adequada e braços qualificados.

Há sim qualidades na Lei n. 14.133/2021, porém elas não são transformadoras ou decisivas. O legislador não inaugurou um novo modelo de contratação, não trouxe novas alternativas que mirassem e oferecessem munção para enfrentar o futuro. [...] <sup>38</sup>

De outro lado, Irene Patrícia Diom Nohara, que participou como convidada de audiência na Câmara dos Deputados, durante o trâmite do Projeto que originou a Lei nº 14.133/2021, defende que o novo diploma legal, apesar de não apresentar grandes revoluções, tornou-se mais moderno e seguro, acentuando, com certo grau de legitimidade, as mudanças já testadas:

[...] Percebe-se que, por agregar muitas sugestões, a Lei nº 14.133/2021 foi produto de um consenso da comunidade científica e de várias entidades da sociedade organizada. Mesmo que não seja possível agradar a todos, pois seguem insatisfeitos aqueles que gostariam de uma lei mais minimalista, houve claramente a intenção dos congressistas de aprimorar, a partir da sugestão ampla de distintos setores e organizações, o regime das licitações, o que resultou num diploma mais moderno e seguro, que não empreende revoluções, mas que procura adaptar, com acentuado grau de legitimidade, as mudanças já testadas. [...] <sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> NOHARA, Irene Patrícia Diom, 2021, p. 10.

<sup>38</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes (Coordenador). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed., Florianópolis: Zênite, 2021, p. 05-06.

<sup>39</sup> NOHARA, Irene Patrícia Diom, 2021, p. 12.

No presente trabalho buscaremos analisar as alterações na nova Lei de Licitações referentes às infrações e às sanções administrativas, além da inserção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

### 3.2 Aplicação da nova Lei de Licitações

A Lei nº 14.133/2021 entrou em vigor de forma imediata, na data de sua publicação, sem a chamada *vacatio legis* (vacância da lei), na forma prevista em seu artigo 194<sup>40</sup>. Ademais, nos termos de seu artigo 193, II<sup>41</sup>, a nova norma revogará, após 2 (dois) anos contados de sua publicação oficial, as Leis de nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011.

Em face disso, o artigo 191<sup>42</sup> do citado diploma legal instituiu regras de transição, de modo que, nos dois anos posteriores à publicação da Lei os gestores administrativos poderão optar por utilizar as regras previstas nas legislações antigas ou na nova lei de licitações para realizar novas contratações, o que permitirá a escolha do sistema mais vantajoso para as contratações públicas durante esse período.

Nota-se que haverá um período de dois anos de convivência entre os regimes antigo e novo de licitações e contratos, podendo a Administração Pública, ao iniciar um processo licitatório, aplicar quaisquer dos regimes ou até mesmo alternar entre eles, conforme entender conveniente. Todavia, não se mostra possível realizar um certame licitatório mesclando os dois regimes.

Quanto aos instrumentos contratuais, o caput do artigo 190 da Lei nº 14.133/2021 prevê que *“o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor da lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”*. Já o parágrafo único do já citado artigo 191 estabelece que, nos

---

<sup>40</sup> Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

<sup>41</sup> Art. 193. Revogam-se:[...] II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

<sup>42</sup> Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do Art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo Único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

casos em que a Administração licitar pelo regime antigo durante os dois anos de transição autorizados pelo caput do referido art. 190, os contratos decorrentes desses certames obedecerão às normas da Lei nº 8.666/93.

Constata-se que o regime de execução do contrato estará atrelado ao regime em que foi realizada a licitação, pois o contrato é vinculado ao certame licitatório. Nessa linha, nos casos em que a licitação realizada sob o regime da lei antiga for concluída antes do período de transição de dois anos e mesmo que, por qualquer motivo, o contrato venha a ser assinado após esse prazo, sua execução seguirá as regras previstas na Lei nº 8.666/93. A mesma lógica se aplica à licitação referente ao Registro de Preços iniciada e concluída dentro do prazo de transição de dois anos, pois tanto a Ata de Registro de Preços quanto os eventuais contratos dela decorrentes poderão ser assinados após o referido prazo e seguirão as regras previstas na Lei nº 8.666/93. Assim leciona o professor e advogado Joel de Menezes Niebuhr:

[...] A regra é relativamente simples: o regime do contrato segue o regime da licitação, porque o contrato é vinculado à licitação. Se a licitação é pelo regime antigo, o contrato, da mesma forma, é pelo regime antigo. Licitado pelo regime novo, o contrato segue o regime novo.

Sendo assim, pode vir a ocorrer de licitação ser concluída antes do marco final de 2 (dois) anos e demorar-se para assinar o contrato, por qualquer razão, de modo que passe o prazo sem que ele tenha sido adequadamente formalizado. O contrato, nesse caso, deve seguir o mesmo regime antigo, que foi o adotado na licitação, em vista do parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021. Não há impedimento de que seja assinado sob o regime antigo depois que decorridos os 2 (dois) anos.

O mesmo raciocínio se aplica para os registros de preços. Suponha-se licitação para registro de preços iniciada e concluída dentro do prazo de 2 (dois) anos. A ata de registro de preços pode perfeitamente ser assinada depois do biênio e os contratos dela decorrentes da mesma forma. O fundamental é o regime da licitação, que se aplica sobre tudo o que decorre e está vinculado a ela, tanto ata de registro de preços, quanto os respectivos contratos. [...] <sup>43</sup>

O parágrafo único do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que o contrato vinculado à licitação que seguiu as regras da Lei nº 8.666/93 seguirá as mesmas regras durante toda a sua vigência. Nessa linha, esse contrato poderá ser prorrogado nas hipóteses previstas no regime antigo, podendo durar até 60 (sessenta) meses em caso de serviços contínuos e prorrogações sucessivas, conforme previsão do inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93. Assim, haverá longa transição entre os

---

<sup>43</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes (Coordenador), 2021, p. 09-10.

regimes, já que o regime antigo ainda produzirá efeitos por muitos anos. Cita-se, novamente, os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr:

[...] A redação do parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021 causa controvérsia, porque prescreve que, se a licitação segue o regime antigo, “o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”. Ou seja, previu-se que o contrato segue enquanto for vigente. A dúvida é se a vigência, por sua vez, pode ser estendida.

A resposta é positiva, porque a Lei n. 8.666/1993 prevê situações em que o prazo de vigência pode ser prorrogado. Além disso, a prorrogação do prazo de vigência pressupõe que ele não tenha se esgotado. Ou seja, o contrato não perde a vigência e depois é prorrogado. Ele é prorrogado dentro da sua vigência, por efeito do que a prorrogação não representa solução de continuidade de vigência, o contrato prorrogado, para que pudesse ser prorrogado, jamais deixou de ser vigente.

[...]

Isso significa, prosseguindo com projeções práticas, mesmo que a lei nova entre em vigor na data da sua publicação, que contratos sejam firmados em março de 2023 sob o regime antigo e sem seguir a lei nova. E que esses contratos, firmados sob o regime antigo, seguem assim até o seu final e que inclusive, nas hipóteses permitidas pelo regime antigo, sejam prorrogados. Por exemplo, no caso de serviços contínuos, cujo inciso II do artigo 57 da Lei n. 8.666/1993 permite prorrogações sucessivas até 60 (sessenta) meses, é bem possível que seja prorrogado em 2024, 2025, 2026, 2027, encerrando-se apenas em 2028. Também é permitido, se configurada alguma excepcionalidade, que seja prorrogado ainda por outros 12 (doze) meses, como autoriza o § 4º do artigo 57, chegando, então, a 2029.

A transição será longa. O regime antigo, baseado na Lei n. 8.666/1993, ainda permanecerá produzindo efeitos por muitos anos. [...] <sup>44</sup>

Desse modo, a apuração de infrações administrativas no curso do procedimento licitatório e/ou no curso da execução contratual, além da eventual cominação das respectivas sanções administrativas, devem obedecer às regras do regime em que foi iniciado o processo licitatório. Nessa lógica, no campo do Direito Administrativo Sancionador, os regramentos da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/2021 permanecerão coexistindo por longo prazo, uma vez que, como dito, a vigência dos contratos vinculados às licitações realizadas no regime antigo, dentro do biênio de transição, poderão perdurar por até 60 (sessenta) meses, o que demandará a atenção da autoridade competente e dos servidores envolvidos no processo administrativo de apuração de responsabilidade, além dos advogados e de empresas licitantes e/ou contratadas que terão suas condutas apuradas.

---

<sup>44</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes (Coordenador), 2021, p. 09-10.

### **3.3 As infrações e as sanções administrativas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/2021**

A Lei nº 8.666/1993 tratou, em seu Capítulo IV, das sanções administrativas e da tutela judicial, e, em seu Capítulo V, dos recursos administrativos. De outro lado, a Lei nº 14.133/2021 estabelece, no seu Título IV, as irregularidades nas licitações e nos contratos administrativos, por meio de três capítulos: o primeiro trata das infrações e sanções administrativas imputáveis ao licitante ou contratado no curso dos processos licitatórios e na execução contratual, o segundo cuida das impugnações, dos pedidos de esclarecimentos e dos recursos cabíveis em face dos atos administrativos promovidos no âmbito das contratações, e o terceiro promove a gestão de riscos e o controle interno e externo das contratações públicas.

#### **3.3.1. Infrações administrativas**

O cometimento de infrações administrativas por particulares no âmbito das contratações públicas configura conduta significativamente indesejável, causando certo abalo na relação contratual, o que demanda uma resposta imediata da Administração Pública.<sup>45</sup>

A Lei nº 8.666/93 trata das infrações administrativas primeiramente em seu art. 77, de forma geral, classificando-as como “inexecução total ou parcial do contrato” e vinculando-as à possibilidade de rescisão contratual, cujos motivos ou condutas para tanto estão elencados no art. 78. Posteriormente, em seu art. 87, inserido na Seção I do Capítulo IV, dedicado às sanções administrativas, retoma o tema referindo-se novamente à “inexecução total ou parcial” do contrato, oportunidade em que elenca as sanções aplicáveis ao contratado.

---

<sup>45</sup> LUZIA, Cauê Vechhia. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed., Florianópolis: Zênite, 2021, p. 230.

De outro lado, a Lei nº 14.133/2021 detalha, no Capítulo I do seu Título IV, mais precisamente em seu art. 155<sup>46</sup>, doze condutas do licitante ou do contratado que caracterizam infrações passíveis de gerar imputação de responsabilidade administrativa. Dessas doze condutas, quatro são hipóteses de irregularidades praticadas durante o processo licitatório, quatro estão relacionadas à execução do instrumento contratual, outras três se referem tanto à licitação quanto à execução contratual e uma faz remissão ao regime de combate à corrupção.<sup>47</sup>

A construção dos tipos infracionais na nova Lei de Licitações se deu mediante três alicerces: a inserção, na íntegra, das condutas previstas na Lei nº 12.462/2011; a subdivisão da hipótese de inexecução parcial do contrato em duas condutas: uma genérica e outra em caso de grave danos à Administração Pública, serviços públicos ou interesse coletivo; e mediante remissão às condutas previstas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

A nova lei ampliou o rol de condutas e práticas apenáveis em relação aos regimes passados, estabelecendo um regime mais rigoroso de punibilidade, o que se justificaria pela desburocratização do acesso aos procedimentos de contratação pública, fato que submeteria a Administração Pública a maiores riscos e, conseqüentemente, demandaria um fortalecimento do seu poder punitivo.<sup>48</sup>

Fato é que, embora algumas condutas previstas no art. 155 possam conter conceitos pouco determinados ou lacunosos, deixando de atender à tipicidade

---

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> LUZIA, Cauê Vechhia, 2021, p. 231-232.

<sup>48</sup> LUZIA, Cauê Vechhia, 2021, p. 232.

necessária no Direito Administrativo Sancionador, a maioria dos tipos infrações especificados gozam de certa objetividade.

Nesse sentido, por mais que se possa tecer críticas à tipicidade das condutas infracionais inseridas na Lei nº 14.133/2011, a legislação já se encontra em vigor e, portanto, se faz necessário institucionalizar mecanismos aptos a afastar as incertezas e indeterminações verificadas, por meio da construção de doutrina e jurisprudência sobre o tema, no intuito de equilibrar a relação do particular com a Administração Pública, esta no uso do seu poder punitivo.

### **3.3.2. Sanções administrativas**

A Lei nº 8.666/93 trata da aplicação de sanções primeiramente em seu artigo 58, inciso IV, no qual dispõe que o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração Pública a prerrogativa de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. Nos artigos 86 a 88, da Seção II do seu Capítulo IV, dispõe de maneira específica sobre as sanções administrativas e sua aplicabilidade, prevendo quatro espécies de penalidades: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 156<sup>49</sup>, disciplinou praticamente as mesmas espécies de sanções previstas no regime anterior, mas inovou ao correlacioná-las às condutas infracionais previstas no art. 155 da Lei, reduzindo o campo de discricionariedade da Administração Pública no momento de aplicar a penalidade, com o intuito de prevenir a ocorrência de arbitrariedades por parte do gestor público no uso do poder punitivo que lhe é conferido.

A penalidade de advertência somente será imputada pela infração administrativa de inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade mais gravosa, uma vez que a advertência configura a forma mais

---

<sup>49</sup> Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. [...]

branda de penalizar o particular, pois não gera consequências financeiras, nem suspensão ou impedimento de licitar ou contratar com a Administração. Os propósitos dessa penalidade são cessar a conduta punitiva ou alertar o particular sobre um futuro dano decorrente dessa sua conduta.

A sanção de multa pode ser aplicada por quaisquer das infrações administrativas previstas no art. 155 e em conjunto com as demais infrações. O seu cálculo obedecerá a forma no edital ou no contrato, mas o valor não deve ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. Caso a multa aplicada e as indenizações cabíveis sejam superiores ao valor do pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

A penalidade de impedimento de licitar e contratar impedirá o responsável de licitar e contratar no âmbito do órgão que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 03 (três) anos, e será aplicada, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, pela prática das infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do caput do art. 155 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam: inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração Pública, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; inexecução total do contrato; deixar de entregar a documentação exigida para o certame; não manter a proposta; não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; ou ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto licitado sem motivo justificado.

A penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é a única sanção aplicável para as infrações previstas nos incisos VIII a XII do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam: apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação e praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção. No entanto, essa penalidade também poderá ser aplicada para as infrações previstas no inciso II a VII do art. 155 já citadas acima, quando a conduta do particular justificar a imposição de penalidade mais grave que a de

impedimento de licitar e contratar. A declaração de inidoneidade configura a penalidade mais gravosa, já que impede o particular de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 06 (seis).

O § 1º do artigo 156 prevê que a Administração, na aplicação das sanções, deve considerar a natureza e a gravidade da infração, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos derivados da conduta infracional e a existência de programa de aperfeiçoamento e integridade pelo infrator. Esse dispositivo objetiva instrumentalizar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das sanções administrativas, em consonância com o § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro<sup>50</sup>, a fim de conferir certa previsibilidade ao particular e estabelecer métodos de ponderação na aplicação das sanções. Nesse sentido, aduz Cauê Vecchia Luzia:

[...] o § 1º do artigo 156 estabelece que a Administração deve levar em conta as condições particulares e do entorno da infração, exigindo que a aplicação de sanções seja precedida de aferições sobre a natureza e gravidade da conduta, peculiaridades do caso concreto, circunstâncias atenuantes e agravantes, danos derivados da conduta infracional e a existência de programa de aperfeiçoamento e integridade pelo infrator. O dispositivo conforma-se à regra estabelecida pelo § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro.

Nessa linha, 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. [...] <sup>51</sup>

Por fim, a nova Lei de Licitações determina que a aplicação de sanções nela prevista não exclui, em nenhuma hipótese, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

---

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> LUZIA, Cauê Vecchia, 2021, p. 236.

### 3.3.3. Processo administrativo de apuração de responsabilidade administrativa

A Lei nº 14.133/2021 trata, em seus artigos 157 a 159, das regras e procedimentos para apuração de infrações e aplicação de sanções. Além disso, prevê que a prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração.

Ocorre que o texto legal estabelece procedimentos distintos para cada tipo de penalidade. No caso da penalidade de multa, o artigo 157 prevê a possibilidade de defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da sua intimação, o que sugere uma possibilidade de contraditório apenas após a intimação da aplicação da sanção administrativa, regra que não se coaduna com o princípio do devido processo legal e os institutos da ampla defesa e do contraditório previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Já no caso da advertência, a Lei nº 14.133/2021 não prevê nenhum tipo de direito de defesa, sugerindo que sua aplicação ocorrerá de maneira unilateral pela Administração, hipótese que também contraria o devido processo legal e afasta a ampla defesa e o contraditório.<sup>52</sup>

Apenas para as penas restritivas de direito, a Lei nº 14.133/2021 prevê, em seu art. 158, a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão compostas por 02 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliarão os fatos e circunstâncias conhecidos e intimarão o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretende produzir.

A instituição de procedimentos distintos para a apuração de infrações pode por si só causar quebra de isonomia, notadamente quando um desses procedimentos não se coaduna ao princípio do devido processo legal e ao instituto da ampla defesa e do contraditório, como no caso de apuração de condutas puníveis com as sanções de advertência e de multa. Ademais, nem sempre é possível relacionar determinada conduta com um tipo de penalidade a fim de submetê-la a determinado procedimento administrativo de apuração.

A penalidade de multa, por exemplo, para a qual a Lei sugere a possibilidade de contraditório apenas após a intimação da aplicação da sanção administrativa, pode

---

<sup>52</sup> LUZIA, Cauê Vechhia, 2021, p. 239-240.

ser aplicada a qualquer das condutas infrações previstas no art. 155 e, ainda, cumulativamente com as penalidades restritivas de direito. Nessa toada, preconiza Cauê Vecchia Luzia:

[...] A criação de processos distintos traz mais problemas do que se pode ver, sobretudo quando relacionada com a forma fluida e imprecisa das especificações entre conduta e penalidade. Veja que diversas condutas reputadas infracionais, a maioria delas na verdade, podem implicar qualquer uma das sanções agressivas (multa ou restrições de direitos). De forma mais precisa, a multa pode ser aplicada em face de qualquer tipo infracional, já o impedimento pode ser imposto em relação às condutas descritas pelos incisos II a VII do artigo 155 e, por fim, a declaração de inidoneidade é cabível em relação às condutas indicadas nos incisos II a XII do artigo 155. Ou seja, ainda que se anteveja a conduta a ser apurada, seria impossível definir qual a penalidade eventualmente será considerada adequada em decisão final. Logo, parece impossível condicionar o modelo processual em razão da sanção aplicável.

Para ilustrar, imagine processo instaurado para sancionar adjudicatório que tenha se recusado a celebrar o contrato após convocação, conforme hipótese do inciso VI do artigo 155. Para tal conduta, a penalidade poderá ser de multa, impedimento para licitar e contratar ou declaração de inidoneidade. Assim, não sabendo de antemão a penalidade, surgem diversas dúvidas: qual rito a ser adotado, o do artigo 157 ou do artigo 158? Para preservar o processo, poderá a Administração Pública adotar o rito mais complexo mesmo que o processo resulte em uma sanção mais leve? E se assim fizer, adotando o rito mais complexo, isto não poderia inculcar uma predisposição para uma penalidade mais grave e possivelmente excessiva? [...]<sup>53</sup>

Nota-se, portanto, que a vinculação de determinado procedimento de apuração às condutas infracionais, com estas correlacionadas às sanções previstas na lei, não se mostra razoável. Embora ainda não tenham surgido situações práticas decorrentes das previsões da Lei nº 14.133/2021, uma solução para os problemas acima citados seria submeter a aplicação de todas as sanções ao devido processo legal, assegurando ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa em qualquer caso, observando-se, apenas para as condutas infracionais em que forem cabíveis as penalidades restritivas de direito, a designação de comissão processante na forma do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021.

---

<sup>53</sup> LUZIA, Cauê Vecchia, 2021, p. 236.

## **4 A DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PRIVADO**

A Lei nº 14.133/2021 inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer, em seu art. 160, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública.

No entanto, antes de adentrar na análise da referida inovação jurídica, faz-se necessário analisar o conceito de pessoa jurídica, a evolução e a aplicação do instituto da personalidade jurídica no direito privado brasileiro.

### **4.1 A pessoa jurídica de direito privado**

As pessoas naturais associam-se para diversas atividades, dentre elas aquelas voltadas para fins econômicos, tais como as atividades empresariais, o que demanda a criação de uma pessoa jurídica com patrimônio próprio para atuar e assumir obrigações em nome dessas associações.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 45, estabelece que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se inicia com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A pessoa jurídica possui personalidade diversa dos integrantes da sociedade, a qual possui patrimônio distinto daqueles que integram o seu quadro societário. Assim, em condições normais, o patrimônio da pessoa jurídica não pode ser confundido com o dos seus sócios, pois ela possui autonomia patrimonial.

Nesse sentido, aduz Maria Helena Diniz:

[...] A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando, etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. [...] <sup>54</sup>

Nessa linha, a Lei nº 13.874/2019, Lei de Liberdade Econômica, acrescentou ao Código Civil o art. 49-A, o qual afirma que a pessoa jurídica não se confunde com

---

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

seus sócios, associados, instituidores ou administradores, e ratifica a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, classificando essa autonomia como “*instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos*”.

No entanto, nos casos em que a pessoa jurídica seja utilizada em desconformidade com os seus objetivos legais e/ou como meio para cometimento de ilícitos, a sua autonomia patrimonial pode ser afastada por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

#### **4.2 Breves reflexões históricas e conceituação da desconsideração da personalidade jurídica**

A origem da *Disregard Doctrine* ou Doutrina da Desconsideração se deu a partir do século XIX em países que adotam o *common law*, como Reino Unido e Estados Unidos da América<sup>55</sup>. A primeira decisão judicial que tratou do tema da desconsideração da personalidade jurídica data do ano de 1809, no caso *Bank of United States x Deveaux*, oportunidade em que a Suprema Corte do Estados Unidos, por meio de seu presidente, John Marshall, manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* e entendeu que, em um litígio entre pessoas jurídicas, as partes seriam substancialmente os sócios de cada uma e, conseqüentemente, cidadãos.<sup>56</sup>

O segundo caso aconteceu no Reino Unido, em 1897, por meio de um caso conhecido como *Salomon v. Salomon & Co.*, no qual o Sr. Aron Salomon constituiu uma sociedade denominada *Aron Salomon and Company, Limited*, em conjunto com sua esposa e seus filhos. Diante do inadimplemento do pagamento de juros devidos ao Sr. Broderip, restou ajuizada medida judicial para a cobrança do crédito, o que resultou na liquidação da sociedade *Salomon and Company*. Posteriormente, um litígio instaurou-se entre a sociedade representada pelo liquidante, em defesa dos credores quirografários, e o Sr. Aron, oportunidade em que restou reconhecido, em 1º grau, que a sociedade funcionava como mera agente do Sr. Aron e que a emissão de debêntures em seu favor visava permitir o desenvolvimento do negócio sem qualquer

---

<sup>55</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 112.

<sup>56</sup> FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 29

risco. Apesar de a *Court of Appeal* ter decidido no mesmo sentido, a *House of Lords* entendeu por assegurar a separação formal entre a sociedade e seus sócios.<sup>57</sup>

A desconsideração da personalidade jurídica visa superar a autonomia patrimonial da sociedade quando ocorre fraude ou abuso de direito pelos seus integrantes. Nesse sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho:

[...] Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão.  
[...] <sup>58</sup>

Nessa linha, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica permite afastar a autonomia patrimonial da sociedade e adentrar o patrimônio dos sócios quando a pessoa jurídica é utilizada para objetivos ilícitos.

### **4.3 Teorias aplicáveis à desconsideração da personalidade jurídica**

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica se baseia em duas principais teorias: a teoria maior e a teoria menor.

De acordo com a teoria maior, a desconsideração da personalidade jurídica só é admitida em situações específicas, diante do preenchimento dos requisitos necessários estabelecidos em lei, de modo que a medida só é aplicada em caráter excepcional, quando comprovada a ocorrência de dolo na conduta do sócio.

Essa teoria possui duas correntes de pensamento acerca da desconsideração: a subjetiva e a objetiva. Na teoria maior subjetiva, para que se proceda à desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessária a demonstração de culpa atribuível ao sócio, com a comprovação da fraude ou abuso. Já a teoria maior objetiva, a desconsideração é cabível nas hipóteses de desvio de função da personalidade jurídica, independentemente da culpa, como nos casos de confusão patrimonial. A teoria maior subjetiva e a maior objetiva não se excluem e podem ser

---

<sup>57</sup> FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes, 2022, p. 28.

<sup>58</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito comercial: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

usadas em conjunto. Nesse sentido, o art. 50 do Código Civil, em sua redação original, contemplou as hipóteses de abuso (teoria subjetiva) e de confusão patrimonial (teoria objetiva). Em sua redação atual, alterada pela Lei nº 13.784/2019, o dispositivo mantém alusão ao “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade”.<sup>59</sup>

De outro lado, na teoria menor, a desconsideração da personalidade jurídica ocorre independentemente da análise de requisitos específicos, sendo afastada a análise de dolo na conduta ou confusão patrimonial, bastando a insuficiência dos bens da sociedade. Essa teoria é duramente criticada, pois a desconsideração da personalidade jurídica ocorre pela mera insolvência da sociedade, invadindo o patrimônio dos sócios. Nesse sentido, a crítica de Fábio Ulhoa Coelho:

[...] Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente às sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso na forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível a sociedade. Equivale, em outros termos, a simples eliminação do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico. [...] <sup>60</sup>

Como veremos mais adiante, no ordenamento jurídico brasileiro, as três correntes acima citadas subsidiam a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: teoria menor; teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva.

#### **4.4 A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**

A desconsideração da personalidade jurídica foi adotada no direito brasileiro no século XX, por meio de jurisprudência, quando o instituto ainda não era previsto em lei. Posteriormente, surgiram trabalhos doutrinários a respeito do tema, como o de

---

<sup>59</sup> FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes, 2022, p. 48.

<sup>60</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 46.

Rubens Requião, que, em uma conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, defendeu que a teoria da desconsideração da personalidade já era aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, apontando julgado datado de 1955 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>61</sup>

Desde então, a doutrina e a jurisprudência pátrias se dedicaram ao estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo diretrizes e requisitos para que a autonomia patrimonial das sociedades fosse afastada para atribuir aos seus sócios controladores a responsabilidade pelas irregularidades praticadas pela pessoa jurídica.

O primeiro diploma legal a tratar da *Disregard Doctrine* foi a Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28<sup>62</sup>. Em seguida, a Lei Antritruste, Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, atualmente revogada pela Lei nº 12.529/2011, tratou de hipótese da desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 18<sup>63</sup>. Em 1998, foi publicada a Lei nº 9.605/98, que trata da responsabilidade penal e administrativa por danos ambientais, a qual possibilitou a desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 4º<sup>64</sup>.

Essas primeiras instituições da desconsideração da personalidade jurídica pela legislação brasileira se alinharam à teoria menor para aplicação do instituto, permitindo a desconsideração em caso de mero prejuízo ao credor, independentemente da comprovação de culpa ou atuação com excesso de poder, bastando a configuração da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica.

---

<sup>61</sup> FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes, 2022, p. 32-33.

<sup>62</sup> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver 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.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Nada obstante as críticas à utilização dessa teoria nas legislações supracitadas, pontua-se que o Código de Defesa do Consumidor busca proteger o direito da parte mais vulnerável na relação jurídica, que é o consumidor, bem como que a Lei nº 8.884/94, Lei Antitruste, revogada pela Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, visa proteger o interesse público, e, ainda, que a Lei ambiental nº 9.605/98 permite a desconsideração da personalidade jurídica, independentemente da comprovação de culpa e apenas mediante insuficiência patrimonial, com o intuito de reparar prejuízos causados pela pessoa jurídica ao meio ambiente.<sup>65</sup>

Em 2002, o Novo Código Civil Brasileiro consagrou, em seu art. 50<sup>66</sup>, a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, com base na teoria maior, estabelecendo como parâmetro para a sua aplicação o abuso da personalidade jurídica, em razão do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Relevante mencionar que o Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado de nº 51 <sup>67</sup>, determinou que a instituição da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002 não afasta os regramentos estabelecidos nos microssistemas legais e nem a jurisprudência construída sobre o tema.

O desvio de finalidade configura-se quando a pessoa jurídica for instrumento para a prática de finalidades diversas daquelas estabelecidas em seu objeto social com o intuito de enganar terceiros. Já a confusão patrimonial ocorre quando não é mais possível distinguir o patrimônio da sociedade com o patrimônio de um ou mais sócios, ou, ainda, o patrimônio entre empresas integrantes de um mesmo grupo empresarial.

Nota-se que o Código Civil optou pela aplicação da teoria maior de forma abrangente, utilizando-se tanto da teoria maior subjetiva, ao estabelecer que a abuso da personalidade jurídica ocorre por meio de desvio de finalidade, quanto da teoria

---

<sup>65</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 116-118.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Enunciado 51 do CJF – Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

maior objetiva, ao dispor que a confusão patrimonial também configura abuso da personalidade.

Mais recentemente, a Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, alterou a redação do art. 50 do Código Civil de 2002, mas a manteve praticamente idêntica à redação original. No entanto, a referida Lei inseriu parágrafos ao art. 50 do CC/2002, trazendo mais especificidades à desconsideração da personalidade jurídica no diploma civil, restringindo o espaço de discricionariedade.

#### 4.5 A desconsideração atributiva da personalidade jurídica

A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio tratada até então neste capítulo se refere à desconsideração para fins de responsabilidade, a qual possui a finalidade de permitir que o acervo patrimonial do sócio seja invadido para responder por obrigações e/ou deveres assumidos pela pessoa jurídica.

No entanto, a nova Lei de Licitações e Contratos aborda o instituto da personalidade jurídica em sua hipótese atributiva, que surgiu na Alemanha, com a nomenclatura de *Zurechnungsdurchgriff*, decorrente da *Durchgriff*, expressão utilizada em sentido amplo por Rolf Serick para designar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>68</sup>

A desconsideração atributiva autoriza a imputação de características, comportamentos, conhecimentos, direitos e deveres dos sócios à pessoa jurídica, ou vice-versa. Nesse sentido são as conclusões de Henrique de Moraes Fleury da Rocha, que ainda cita Calixto Salomão Filho para apontar exemplos para a hipótese de desconsideração atributiva:

[...] Calixto Salomão Filho indica os seguintes exemplos para a desconsideração atributiva: (i) características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade; (ii) comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade; (iii) conhecimentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade; e (iv) proibições impostas ao sócio podem ser estendidas à sociedade (e vice-versa).

Entendemos que também se enquadrariam na definição de desconsideração atributiva aquelas hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, com a extensão de certas características ou conhecimentos do sócio para a pessoa jurídica (e vice-versa), se dá em seu benefício, a exemplo do que se verifica no Enunciado nº. 486 da Súmula do STF – segundo o qual “admite-se a retomada para sociedade da qual o

---

<sup>68</sup> FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes, 2022, p. 38.

locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social". [...] <sup>69</sup>

A nova Lei de Licitações busca, por meio da desconsideração atributiva, estender a sanção aplicada a uma pessoa jurídica a terceiras pessoas, física ou jurídica, relacionadas à primeira. Nessa hipótese, o abuso da personalidade jurídica não ocorre pela tentativa da sociedade de se furtar ao pagamento de obrigações pecuniárias, mas sim pelo abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei de Licitações e Contratos ou para provocar confusão patrimonial, situação em que as sanções aplicadas à empresa licitante ou contratada poderão ser atribuídas aos seus administradores e sócios com poderes de administração e/ou à pessoa jurídica sucessora, como veremos adiante.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*. 2022, p. 39-40.

## 5 A DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

### 5.1 Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo

A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro tem nascedouro no Direito Comercial, mas esse instituto passou a ser aplicado em diversos âmbitos do direito, como no Direito do Consumidor, Direito Ambiental e, também, no Direito Administrativo, como meio de atender aos princípios intrinsecamente ligados à Administração Pública, como a indisponibilidade do interesse público e a moralidade administrativa. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

[...] Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados. [...] <sup>70</sup>

Inicialmente, a aplicação da *Disregard Doctrine* na seara administrativa gerou controvérsia pela ausência de normativo legal que autorizasse à Administração Pública aplicar o instituto, o que abriu debates quanto à real necessidade dessa previsão legal. Atualmente, essa controvérsia não se mostra relevante, pois há dois normativos vigentes com previsão de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito Administrativo: a Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, e a Lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos.

Ocorre que, antes mesmo da existência de normativos com previsão expressa de aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito administrativo, a doutrina pátria já se dedicava ao estudo do tema. Ademais, o Tribunal de Contas da União analisou a desconsideração da personalidade jurídica no contexto das licitações e contratos

---

<sup>70</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética: 15ª ed. 2012, p. 955-956.

administrativos e se manifestou pela possibilidade de aplicação desse instituto, mesmo sem expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho objetiva justamente analisar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos administrativos sob o enfoque da permissão legal inserida na Lei nº 14.133/2021, mas, antes de adentrar a esse tema, se faz necessário apresentar a evolução da aplicação desse instituto na relação da Administração com os licitantes e contratados antes mesma da vigência da nova Lei de Licitações e Contratos.

#### *5.1.1. Aplicação do instituto no âmbito das licitações e contratos administrativos*

O cometimento de ilícitos por parte de pessoas jurídicas no curso de processos licitatórios ou na execução contratual atrai o poder-dever da Administração de sancioná-las, nos termos e limites da legislação aplicável.

As penas restritivas de direito de licitar e contratar objetivam afastar dos processos de contratações públicas as empresas que, no curso de certame licitatório ou durante a execução do objeto contratual, tenham incorrido em ilícito administrativo.

Ocorre que, em inúmeros casos, os sócios da sociedade empresarial apenada se constituem em outra pessoa jurídica, as vezes com o mesmo endereço e mesmo corpo societário, com o intuito de driblar as penalidades que lhe foram imputadas, notadamente quando se trata de penas restritivas do direito de licitar e contratar, as quais abarcam unicamente a pessoa jurídica, não atingindo individualmente os seus sócios. Essa conduta configura fraude à legislação aplicável às licitações e aos contratos públicos.<sup>71</sup>

Diante disso, a aplicação de penalidades restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração torna-se ineficiente, razão pela qual incumbe à Administração utilizar de mecanismos aptos a afastar essa nova ilicitude e estender a sanção aplicada à empresa sucessora por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, a doutrina administrativa passou a se dedicar ao estudo da possibilidade de a própria Administração Pública utilizar-se do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no campo das licitações e contratos.

---

<sup>71</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 135.

Assim, surgiram construções doutrinárias ampliativas no sentido de que, presentes um dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica: fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, incumbe à Administração agir a fim de conferir legitimidade à sanção aplicada a uma empresa fraudulenta, ainda que ausente legislação que permitisse a aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito administrativo, sob o fundamento de que a conjugação dos princípios aplicáveis à atividade administrativa, tais como a indisponibilidade do interesse público e a moralidade, justificaria a decretação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração. Nessa perspectiva, aduz Antônio Cecílio Moreira Pires:

[...] a sanção administrativa imposta à empresa, cujos sócios venham a se constituir em outra pessoa jurídica, e continuem a participar de licitações, exige da Administração providências no sentido de lançar mão da desconsideração da personalidade jurídica, como modo de conferir legitimidade à sanção perpetrada.

Dito isso, uma vez verificada a incidência de um dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica – fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial – cabe à Administração agir.

Pensar de outra forma é aviltar o Direito, é aviltar os valores por ele tutelados, é compactuar com a fraude, é, em última análise, desconsiderar o princípio da moralidade administrativa, que exige do administrador um agir de acordo com o Direito.

Ao dizermos que o princípio da moralidade oferta à Administração o sustentáculo adequado para a desconsideração da personalidade jurídica, não podemos esquecer de agregado a esse, temos outro princípio de igual magnitude, o princípio da indisponibilidade do interesse público, a impulsionar a Administração a uma tomada de decisão que venha ao encontro do interesse público.

Temos como inquestionável que o princípio da indisponibilidade do interesse público é norma que exige a desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, a Administração, ao sancionar o contratado, visa com esse ato impedir o acesso às licitações e contratos públicos. Esse é o interesse público, que a doutrina, a uma só voz, identifica como de natureza indisponível.

Deveras, em razão da indisponibilidade do interesse público, que obriga a Administração a atingir fim colimado, nos encontramos no campo da função administrativa. Decorrente disso, a Administração tem o dever de concretamente realizar a abstração prevista nas normas jurídicas. [...] <sup>72</sup>

Nesse panorama, parte da doutrina declinou-se à possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica para estender a aplicação das sanções restritivas do direito de licitar e contratar em caso de abuso da personalidade jurídica, sob o fundamento que essa medida é autorizada pelo ordenamento jurídico, mediante

---

<sup>72</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 136.

a conjugação de princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como: indisponibilidade do interesse público, moralidade, eficiência.

Atualmente, como dito, a questão encontra-se superada, uma vez que a Lei nº 14.133/2021 autorizou, expressamente, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos.

No entanto, repisa-se que, ante a regra de transição imposta na nova Lei de Licitações e Contratos, o regime antigo e o regime atual permanecerão coexistindo por longo prazo, já que a vigência dos contratos vinculados às licitações realizadas no regime antigo, dentro do biênio de transição, poderão perdurar por até 60 (sessenta) meses, de modo que, eventual aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso de direito por parte da contratada, deverá observar as previsões da Lei nº 8.666/93 e, conseqüentemente, a teoria aplicada até a permissão legal da Lei nº 14.133/2021.

#### *5.1.1.1. O entendimento do Tribunal de Contas da União e das Cortes Superiores*

Antes da previsão expressa de aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito administrativo, o Tribunal de Contas da União já havia firmado jurisprudência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no contexto das licitações e contratos, independentemente de acesso ao Judiciário.

No Acórdão nº 2.589/2010 <sup>73</sup>, TCU-Plenário, de 29.9.2010, o Ministro Aroldo Cedraz destacou em seu voto que a jurisprudência da Corte de Contas é uniforme quanto à adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar administradores ou sócios de entidades privadas, reais responsáveis por ilícitos geradores de prejuízo ao erário, quando tal atuação ilícita fica demonstrada, objetivando resguardar o interesse público com o ressarcimento ao erário, citando diversos acórdãos nesse sentido: 2.990/2006, 1.300/2009 e 1.525/2009 de 1ª Câmara, 294/2002 e 3.135/2006 de 2ª Câmara e 83/2000, 182/2000, 189/2001, 463/2003, 195/2004, 143/2006, 873/2007, 2.151/2008, 779/2009, 791/2009 e 1.209/2009 de Plenário.

---

<sup>73</sup> Acórdão 2.589/2010, TCU-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgamento em 29.9.2010.

Nota-se que há vasta jurisprudência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Tribunal de Contas, revelando-se impossível esgotá-la no presente trabalho, de modo que serão apontados dois casos em que o tema foi detalhadamente analisado pelo TCU.

O primeiro se trata do Acórdão nº 928/2008-TCU-Plenário, referente a uma representação formulada junto ao TCU por empresa interessada, com fulcro no art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, com apontamento de supostas irregularidades praticadas no curso de processo licitatório referente a Pregão Eletrônico realizado pelo Banco do Brasil. Após análise dos autos, restou demonstrado que a empresa apontada foi instituída de forma fraudulenta com a finalidade de fraudar credores e burlar a exigência de regularidade fiscal para participar em licitações. Diante disso, a Corte de Contas decidiu por desconsiderar a personalidade jurídica da empresa, de forma a preservar o ordenamento jurídico, e declarar a nulidade da licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos, além de declarar a empresa fraudulenta inidônea para partir de licitação por três anos na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92, senão vejamos:

Sumário: REPRESENTAÇÃO FORMULADA COM FULCRO NO ART. 113, § 1º DA LEI DE LICITAÇÕES. EMPRESA CONSTITUÍDA COM O INTUITO DE BURLAR A LEI. FRAUDE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE LICITANTE. NULIDADE DO CERTAME E DA CONTRATAÇÃO.

1. Confirmado que a empresa licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.
2. Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos.

#### **RELATÓRIO**

##### **[...] 13. CONCLUSÃO**

13.1 Diante dos fatos descritos, está caracterizado que as empresas Fox, Rio Fort e Falcon são administradas pelo mesmo grupo de pessoas que mantêm até mesmo relações de parentesco entre si.

13.2 As alegações feitas pela empresa Falcon no sentido de que as empresas não possuem qualquer vínculo não procede, visto que em certos momentos compartilharam a mesma sede, tiveram testemunhas comuns, apresentaram diversas trocas gratuitas de sócios envolvendo o mesmo grupo de pessoas, além de possuírem objetos sociais semelhantes.

13.3 Ademais, as declarações feitas pela Sra. Marluce Pampolha de Queiroz mostram que o Sr. David não agiu com boa fé e que foram constituídos sócios “laranjas” com a finalidade de burlar o ordenamento jurídico.

13.4 Assim, com o intuito de conferir eficácia aos incisos XIII e XIV do art. 4o da Lei no 10.520/02, no caso concreto deve ser desconsiderada a personalidade jurídica das empresas Falcon, Fox e Rio Fort, alcançando a pessoa do Sr. David Antônio Teixeira Figueira.

[...]

**VOTO**

[...] cabe considerar que a empresa Falcon Vigilância e Segurança Ltda. foi utilizada como instrumento de fraude ao Pregão Eletrônico GECOP No 2005/0155 realizado pelo Banco do Brasil.

Assim, cabe declarar a empresa inidônea para participar por três anos de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92. No mesmo sentido, a licitação, porque eivada de vício insanável, consistente no fato de terem sido burlados os requisitos de regularidade fiscal, deve ser declarada nula. [...] <sup>74</sup>

O segundo caso se refere ao Pedido de Reexame interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) contra o Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, que determinou não fossem incluídas em seus editais de licitação cláusulas impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública e de empresas de cujo ato constitutivo façam parte diretores, sócios ou dirigentes que tenham participado de outra pessoa jurídica suspensa. Nesse caso, a Primeira Câmara da Corte de Contas acolheu o voto revisor do Ministro Walton Alencar Rodrigues e reconheceu, por meio do Acórdão nº 2.218/2011-TCU-1ª Câmara, a possibilidade de inserção de cláusula nos instrumentos convocatórios permitindo a extensão dos efeitos da sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/93.

O voto acolhido pelo Plenário do TCU trata da ausência de expressa previsão legal para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e afasta a violação ao princípio da legalidade, fundamentando a aplicação do instituto no princípio da juridicidade, qual seja o “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”. Ademais, salienta que a desconsideração da personalidade jurídica não implica imputação de nova penalidade, mas tão somente concessão à efetividade da sanção anteriormente aplicada:

SUMÁRIO: Pedido de Reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas a pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento.

[...]

**VOTO REVISOR**

[...]

Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o

<sup>74</sup> Acórdão nº 928/2008-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, julgamento em 21.5.2008.

Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.

[...]

A inserção da referida cláusula em edital não representa desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Como já mencionado, a desconsideração da personalidade jurídica tal qual defendida nesse voto 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.

Por se tratar de presunção *juris tantum*, a sociedade impedida de licitar tem a seu dispor o recurso de que trata art. 109, I, da Lei 8.666/93, ou a possibilidade de recorrer ao próprio judiciário, quando poderá apresentar os elementos de prova que entender pertinentes, para provar a ausência de fraude e afastar a desconsideração da personalidade jurídica. [...] <sup>75</sup>

Além do Tribunal de Contas da União, nossos Tribunais Judiciais também se manifestaram quanto à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, notadamente no contexto das licitações e contratos. O STJ possui jurisprudência no sentido de que, em caso de fraude à lei e abuso de forma, cabe a desconsideração da personalidade jurídica para extensão dos efeitos das sanções administrativas à sociedade com o mesmo objeto social, mesmo sócios e mesmo endereço da empresa apenada, ante a conjugação dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, respeitados o contraditório e a ampla defesa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento. <sup>76</sup>

<sup>75</sup> Acórdão nº 2.218/2011, TCU-1ª Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro, julgamento em 12.11.2011.

<sup>76</sup> RMS n. 15.166/BA, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7.8.2003, DJ de 8/9/2003, p. 262.

Conclui-se que, além da doutrina, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e dos tribunais judiciais firmou entendimento pela possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica com fundamento no próprio ordenamento jurídica e na conjugação de princípios aplicáveis à atividade administrativa.

### *5.1.2. Aplicação do instituto com fundamento na Lei Anticorrupção*

Consoante apontado anteriormente, a possibilidade de aplicação do instituto da personalidade jurídica em âmbito administrativo foi ratificada pelo TCU e pelo STJ nas hipóteses em que houver um conjunto de indícios e presunções da prática de burla aos processos licitatórios e/ou aos efeitos das sanções administrativas aplicadas, ainda que não houvesse autorização expressa em lei.

No entanto, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846, publicada em 01 de agosto de 2013, vigente após 180 dias dessa publicação, e que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, passou a prever, expressamente e pela primeira vez, o uso do instituto de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo.

O objetivo da legislação consiste em combater a corrupção e fortalecer os órgãos de controle da Administração, ampliando o rigor das sanções impostas às empresas pela prática de crimes de corrupção.<sup>77</sup> Ademais, a legislação aborda de maneira particular, em seu art. 5, inciso IV<sup>78</sup>, os atos lesivos à Administração Pública

---

<sup>77</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 158.

<sup>78</sup> Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; [...]

praticados pelas pessoas jurídicas no tocante a licitações e contratos, de modo que, além das penas previstas nas legislações destinadas às licitações e contratos, Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.052/02, a Administração ainda poderá aplicar às pessoas jurídicas infratoras as penalidades previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

A hipótese prevista na alínea, “e”, do inciso IV do art. 5º se refere, especificamente, à criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Dessa redação depreende-se que nos casos em que os sócios de uma pessoa jurídica, apenada com pena restritiva de licitar ou contratar com a Administração, criarem uma nova pessoa jurídica, com objeto e composição societária idênticos aos daquela, objetivando se esquivar da penalidade imposta, incorrerão em ato lesivo à Administração Pública, atraindo para a empresa fraudulenta a aplicação das penalidades previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

Ademais, nos termos do art. 14<sup>79</sup> da Lei Anticorrupção, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito, objetivando facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na legislação 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. Essa possibilidade de extensão das sanções aplicadas configura a desconsideração da personalidade jurídica atributiva, já tratada no presente trabalho.

Importa mencionar que o art. 30 da Lei nº 12.846/2013 estabelece que a aplicação das sanções previstas no seu art. 6º não afeta os processos de responsabilização e de aplicação das penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92, e os atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Nessa linha, embora a Lei Anticorrupção tenha inovado em nosso ordenamento jurídico ao prever expressamente a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa, entende-se, pela redação do citado art. 14, que a

---

<sup>79</sup> Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

desconsideração da personalidade jurídica permitida pelo normativo, alcançando seus sócios e administradores, somente poderá ocorrer quanto às penas previstas pelo art. 6º da Lei nº 12.846/2013, multa e publicação extraordinária, não abarcando, expressamente, as penas restritivas do direito de licitar e contratar previstas nas legislações específicas de licitações e contratos.<sup>80</sup>

De todo modo, a positivação da desconsideração da personalidade jurídica no art. 14 da Lei nº 12.846/2013 influenciou a criação do dispositivo inserido na Lei nº 14.133/2021, que permite a aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito das licitações e contratos administrativos.

### 5.1.3. Aplicação do instituto com fundamento na nova Lei de Licitações e Contratos

A Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, nova Lei de Licitações e Contratos, estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e, pela primeira vez na legislação licitatória, apresenta expressamente, em seu art. 160, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para extensão dos efeitos das sanções administrativas, instituto que já vinha sendo aplicado no âmbito administrativo pelo Tribunal de Contas da União e pelos tribunais judiciais:

Art. 160. 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, 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.

O art. 160 teve a redação claramente inspirada na previsão do art. 14 da Lei Anticorrupção já citado acima, mas ampliou o rol de pessoas cujos efeitos das sanções serão estendidos, acrescentando, além 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.

---

<sup>80</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 162.

A hipótese de desconsideração prevista na nova Lei de Licitações se trata da atributiva, a qual autoriza a imputação de características, comportamentos, conhecimentos, direitos e deveres dos sócios à pessoa jurídica, ou vice-versa. No caso das licitações e contratos, a aplicação do instituto busca estender as sanções aplicadas à empresa apenas aos seus administradores e sócios com poderes de administração e/ou à pessoa jurídica sucessora, a fim de evitar que uma nova pessoa jurídica constituída, livre de penalizações, continue a licitar e a contratar com o Poder Público, em visível fraude à Lei de Licitações.

A redação do artigo 160 tem sido alvo de inúmeras críticas, muitas delas relacionadas ao rol de sujeitos cujos efeitos das sanções serão estendidos e à ausência: de pressupostos para aplicação da teoria; de definição do órgão competente para proceder à desconsideração da personalidade jurídica; e de um procedimento administrativo de responsabilização pré-estabelecido, temas que serão tratados particularmente adiante.

#### *5.1.3.1. O rol de sujeitos cujos efeitos das sanções serão estendidos*

Da redação do art. 160 da Lei nº 14.133/2021, denota-se a exigência de um elemento subjetivo na conduta da pessoa jurídica, qual seja, o abuso de direito, com o intuito de facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos ou, ainda, provocar confusão patrimonial.

Como visto, no rol previsto no referido artigo, de pessoas cujos efeitos das sanções serão estendidos, estão incluídos administradores e sócios com poderes de administração, além da pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

Importa mencionar que o simples fato de o indivíduo figurar como administrador ou sócio de uma sociedade empresarial apenas e de uma empresa sucessora não se mostra suficiente para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos das sanções aplicadas a ele e/ou à pessoa jurídica sucessora. Faz-se necessária uma análise, mediante regular processo administrativo, quanto ao endereço das empresas, a composição do grupo societário, ao objeto social, e,

também, à data de criação da segunda pessoa jurídica, a qual deve estar alinhada ao conhecimento, pelos administradores ou sócios da primeira empresa, da possibilidade de aplicação de penalidade restritiva de direito. Verificada a ocorrência de todas essas hipóteses, restará comprovada a ocorrência de abuso de direito da personalidade jurídica, seja com o intuito de praticar atos ilícitos ou provocar confusão patrimonial, mostrando-se cabível a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se mostra razoável permitir a instituição formal de uma nova empresa com claro intuito de atuar em contrariedade aos seus objetivos sociais e/ou à legislação licitatória.

#### *5.1.3.2. Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração*

As dúvidas e críticas quanto à possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração, mesmo após a previsão do art. 160, a nosso ver, não fazem muito sentido.

Antes da permissão legislativa de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo art. 160, tanto a doutrina quanto a jurisprudência administrativa já haviam se posicionado pela possibilidade de decretação do instituto pela própria Administração Pública, com caráter autoexecutório.<sup>81</sup> Quanto a essa matéria, preconiza Diogo de Figueiredo Neto:

[...] A Executoriedade é, portanto, a regra da execução administrativa, embora sempre sujeita a duas inafastáveis condicionantes, uma positiva e outra negativa. A condicionante positiva é a satisfação do próprio pressuposto da exequibilidade, pois só o ato exequível se torna executório. A condicionante negativa é a inexistência de qualquer exceção legal específica, pois a legislação poderá submeter a execução de certos atos administrativos a um prévio controle de legalidade, caso em que se transferirá ao Poder Judiciário, com vistas a acautelar, desde logo, nessas hipóteses excepcionais, quaisquer direitos fundamentais [...]. O ato executório, também se denomina de ato autoexecutório, para destacar a autossuficiência do agente no emprego da força e a conseqüente desnecessidade de intervenção de outro agente, da Administração ou do Judiciário, para autorizá-la. [...] <sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 144-145.

<sup>82</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.161-162.

A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de licitações e contratos administrativos, além da atual previsão expressa em lei, também se alinha ao interesse público, o qual se sobrepõe aos interesses privados.

Nessa linha, a autoexecutoriedade deve ser entendida no contexto da função administrativa, alinhada à indisponibilidade das competências da Administração, figurando como um dever.<sup>83</sup>

O Tribunal de Contas da União possui firme entendimento quanto à decretação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração e à autoexecutoriedade desse ato administrativo, independente da atuação do Judiciário. Nessa perspectiva, cita-se novamente excerto do voto revisor proferido no Acórdão nº 2.218/2011-TCU-1ª Câmara:

[...] Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.

O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. **Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.**

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.

[...] <sup>84</sup> [Grifou-se]

Relevante destacar que o ato administrativo que desconsidera a personalidade jurídica e estenda a penalidade restritiva do direito de licitar aos sócios e à empresa sucessora não constitui a aplicação de nova penalidade e nem supressão de direito, mas promove uma recondução à legalidade, uma vez que a segunda empresa foi criada com o intuito de burlar os efeitos da prática de um ilícito administrativo.<sup>85</sup> Nessa linha, aduzem Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti:

---

<sup>83</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 146.

<sup>84</sup> Acórdão 2.218/2011, TCU-1ª Câmara. Rel. Min. José Múcio Monteiro, julgamento em 12.11.2011.

<sup>85</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 150-151.

[...] Do ato administrativo de descon sideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, que age com comprovado abuso de direito e pratica fraude contra a Administração, não surte supressão de direito algum, porém, ao revés, restauração de direito que o abuso e a fraude pretendiam eliminar. Pondere-se que a sociedade fraudadora estava impedida de participar de licitação e de contratar, cabendo à Administração, no exercício regular de seus poderes-deveres de atender à ordem jurídica, fazer prevalecer o impedimento nela previsto. [...] <sup>86</sup>

Desse modo, o ato administrativo que estende a penalidade restritiva possui caráter declaratório, já que a Administração reconhece uma situação jurídica consequente de outra preexistente. <sup>87</sup>

Conclui-se, portanto, ser plenamente possível a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica pela própria Administração, por meio de decisão administrativa com caráter de autoexecutoriedade e de natureza jurídica declaratória.

#### *5.1.3.3. Breves considerações acerca da obediência ao devido processo legal*

A nova Lei de Licitações e Contratos, apesar de normatizar o instituto da descon sideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, não tratou de maneira expressa do procedimento administrativo por meio do qual se aplicará a *Disregard Doctrine*.

De início, não se denota a necessidade de instauração, no âmbito administrativo, de incidente para descon sideração da personalidade jurídica nos termos previstos nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, até porque dificilmente seria possível a compatibilização desse procedimento no âmbito do Direito Administrativo, ante a lógica estabelecida na Lei nº 9.784/199 para o trâmite dos processos administrativos.

De outro lado, faz-se necessário observar o devido processo legal substancial, o qual observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fim de encontrar a justa adequação e a racionalidade entre os meios e fins da atuação administrativa, uma vez que tanto a aplicação de sanção quanto a eventual descon sideração da personalidade jurídica devem estar alinhadas aos princípios da

---

<sup>86</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas. 2. ed. rev. atual e ampli. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 365

<sup>87</sup> PIRES, Antônio Cecílio Moreira, 2014, p. 151.

motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, afastando, assim, a incidência de arbitrariedade.<sup>88</sup> Nessas palavras é o entendimento de Antônio Cecílio Moreira Pires:

[...] às sabendas, a função administrativa exige o dever de perseguir e alcançar o interesse público no cotidiano das atividades administrativas. Disse deflui que, no exercício da função administrativa, o atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se revelam nos fundamentos jurídicos para a correta interpretação e aplicação dos princípios da moralidade e eficiência, isso sem falar na própria indisponibilidade do interesse público que é ínsita à função administrativa enquanto dever, bem assim como o princípio da impessoalidade. [...] <sup>89</sup>

Nesse sentido, entende-se que, verificados indícios de abuso de direito da personalidade jurídica, a Administração deve proceder à autuação de processo administrativo próprio, em que seja observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5, LV, da Constituição Federal, mediante a notificação do licitante ou contratado quanto ao teor dos indícios percebidos e da demonstração da infração administrativa praticada por ele, com abertura de prazo para que o interessado apresente defesa nos autos do processo administrativo.

Se, após o trâmite de regular processo administrativo, restar demonstrado, de forma inequívoca, o abuso de direito da personalidade jurídica, com o intuito de facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, a autoridade competente para aplicar as sanções previstas na lei licitatória deverá proferir a decisão que vier a desconsiderar a personalidade jurídica e estender a penalidade aos administradores e sócios com poderes de administração e/ou a pessoa jurídica sucessora.

Essa decisão administrativa deve ser motivada de forma suficiente, clara e congruente pela Administração, a qual cabe demonstrar a licitude de seus atos por meio do apontamento dos motivos fáticos e de direito que fundamentaram sua tomada de decisão.<sup>90</sup>

Por fim, ao notificar o interessado da decisão proferida, a Administração deve lhe oportunizar a interposição de recurso administrativo, na mesma forma e prazo previstos na Lei de Licitações e Contratos para a aplicação de penalidades.

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 151-153.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 148-150.

## 6 CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou investigar a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do Direito Administrativo pátrio, sob o enfoque da expressa permissão legal prevista na nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, a fim de discutir a possibilidade, os limites e os meios de efetivação desse instituto nas licitações e contratos administrativos.

No primeiro capítulo do presente trabalho, foi apresentado o Direito Administrativo Sancionador, enquanto ramo próprio do Direito Administrativo, por meio da análise do seu alcance no ordenamento jurídico brasileiro e de seus objetivos principais, com enfoque nas referências teóricas oriundas do Direito Comparado e apontamento dos princípios jurídicos que lhe são aplicáveis, como núcleo mínimo de garantias necessárias à pretensão punitiva do Estado.

A seguir, passou-se aos estudos da teoria das sanções administrativas, como etapa imprescindível na conceituação do Direito Administrativo Sancionador e na concretização dos princípios jurídicos que permeiam esse ramo do Direito Administrativo. Nessa oportunidade, foram apresentados os conceitos de ilícitos e de sanção administrativos, abordando, ao final, as correntes doutrinárias aplicáveis para a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, o que levou à conclusão de que o critério dogmático se revela o mais apropriado para a função, diante da ausência de distinção ontológica e de diferenças substanciais entre os referidos ilícitos, além da inegável conexão do Direito Administrativo Sancionador com o princípio da legalidade e o âmbito formal e material da sua incidência.

A partir da conceituação do Direito Administrativo Sancionador e do debate da teoria aplicável às sanções administrativas, o segundo capítulo abordou a atuação desses temas no âmbito da nova Lei de Licitações.

Para tanto, foram apresentadas considerações iniciais acerca da Lei nº 14.133/2021, por meio de um breve histórico do projeto de lei que originou sua publicação e de um debate acerca das críticas e defesas à nova lei licitatória. Em seguida, foi analisada a aplicabilidade da Lei nº 14.133/2021, considerando o início de sua vigência e o período de transição nela estabelecido, o que levou a conclusão

de que os regramentos do regime antigo, previsto na Lei nº 8.666/93, e do regime novo, da Lei nº 14.133/2021, permanecerão coexistindo por longo prazo, pois a vigência dos contratos é vinculada às licitações realizadas no regime antigo, dentro do biênio de transição, de modo que os contratos formalizados pelo regime antigo poderão perdurar por até 60 (sessenta) meses, o que demandará a atenção da autoridade competente, dos servidores e dos interessados envolvidos nos processo administrativo de apuração de responsabilidade.

Apresentado esse panorama, iniciou-se uma análise comparativa das infrações e sanções administrativas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/2021 e, em seguida, foi discutido o processo administrativo de apuração de responsabilidade administrativa na nova Lei de Licitações e Contratos, oportunidade em se verificou a instituição de procedimentos distintos para a apuração de infrações, mediante a vinculação de determinado processo de apuração às condutas infracionais, com estas correlacionadas às sanções previstas na lei, conduta que não se mostrou razoável e pode causar quebra de isonomia, notadamente quando um desses procedimentos previstos na lei não se coaduna ao princípio do devido processo legal e ao instituto da ampla defesa e do contraditório, como no caso de apuração de sanções de advertência e de multa.

No terceiro capítulo, buscou-se estudar o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito do direito privado, mediante breve análise do conceito de pessoa jurídica de direito privado, além da evolução e dos objetivos do instituto da *Disregard Doctrine*. Em seguida, foram apresentadas as teorias aplicáveis à desconsideração da personalidade jurídica: (i) teoria menor, (ii) teoria maior subjetiva e (iii) teoria maior objetiva, com conclusão de que as três se aplicam no ordenamento jurídico, a depender do diploma legal em que está inserida a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Ao final desse capítulo, tratou-se da *Disregard Doctrine* em sua hipótese atributiva, a qual autoriza a imputação de características, comportamentos, conhecimentos, direitos e deveres dos sócios à pessoa jurídica, ou vice-versa, e se encontra prevista no art. 160 da Lei nº 14.133/2021.

No quarto capítulo, o estudo foi direcionado à aplicação da teoria da desconsideração jurídica no âmbito do Direito Administrativo, a qual, inicialmente, gerou controvérsia pela ausência de normativo legal que autorizasse à Administração

Pública aplicar o instituto, o que abriu debates quanto à real necessidade dessa previsão legal, notadamente para se aplicar o instituto no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Nessa linha, constatou-se que, antes mesmo da existência de normativos com previsão expressa de aplicação da *Disregard Doctrine* no âmbito administrativo, a doutrina pátria já se dedicava ao estudo do tema, concluindo pela possibilidade de se estender a aplicação das sanções restritivas do direito de licitar e contratar em caso de abuso da personalidade jurídica, sob o fundamento que essa medida é autorizada pelo ordenamento jurídico, mediante a conjugação de princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como: indisponibilidade do interesse público, moralidade, eficiência.

Ademais, restou demonstrado que o Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de que pode ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, sem violação ao princípio da legalidade, nada obstante a então ausência de previsão legal, fundamentando-se no princípio da juridicidade, qual seja o “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”. No mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência dos tribunais judiciais, conforme se observa no RMS n.º 15.166/BA, de relator Ministro Castro Meira, julgado em 07.08.2003, pela Segunda Turma do STJ, que permite a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, notadamente no contexto das licitações e contratos.

Em seguida, passou-se à análise da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo com fundamento no permissivo legal instituído pela Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, o que levou a conclusão de que o dispositivo legal somente permite a aplicação da *Disregard Doctrine* quanto às penas previstas pelo art. 6º da Lei nº 12.846/2013, multa e publicação extraordinária, não abarcando, expressamente, as penas restritivas do direito de licitar e contratar previstas nas legislações específicas de licitações e contratos.

Finalmente, o presente trabalho se dedicou à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos administrativos, com enfoque na análise do art. 160 da Lei nº 14.133/2021, apontando algumas das críticas que lhe foram atribuídas e analisando-as de maneira particular.

Concluiu-se que, verificada a incidência de indícios de abuso de direito da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos administrativos, com o intuito de facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, não pode mais a Administração se omitir, sob pena de compactuar com a ilegalidade, uma vez que os princípios da moralidade administrativa, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público, aliados à previsão legal do art. 160 da Lei nº 14.133/2021, exigem do gestor público uma ação em consonância com o Direito, sob pena de responsabilização.

Dessa forma, deve ser autuado processo administrativo próprio, em que seja observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5, LV, da Constituição Federal, em respeito ao devido processo legal substancial, para demonstrar, de forma inequívoca, o abuso de direito da personalidade jurídica, hipótese em que a autoridade competente para aplicar as sanções previstas na lei licitatória deverá proferir a decisão que vier a desconsiderar a personalidade jurídica, com caráter autoexecutório e natureza jurídica declaratória, a qual deve estender a penalidade aplicada anteriormente aos administradores e sócios com poderes de administração e/ou a pessoa jurídica sucessora.

Por fim, espera-se que esse trabalho possa servir de base para outros na área, fornecendo subsídios aos que buscam aprofundar ainda mais o entendimento sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações e contratos administrativos a partir da permissão legal estabelecida na Lei nº 14.133/2021.

## REFERÊNCIAS

ARBELLAEZ, Jaime Ossa. **Derecho Administrativo Sancionador: una aproximación dogmática**. Legis, 2009.

BRASIL. **TCU. Acórdão nº 2.589/2010, TCU-Plenário**. Rel. Min. Aroldo Cedraz, julgamento em 29.9.2010. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1157196/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1157196/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 51**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/750>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **STJ. RMS nº 15.166/BA**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7.8.2003, DJ de 8.9.2003. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200200942657&dt\\_publicacao=08/09/2003](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. TCU. **Acórdão nº 2.218/2011, TCU-1ª Câmara.** Rel. Min. José Múcio Monteiro, julgamento em 12.11.2011. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1170320/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1170320/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. TCU. **Acórdão nº 928/2008-TCU-Plenário.** Rel. Min. Benjamin Zymler, julgamento em 21.5.2008. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-38722/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-38722/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 06 ago. 2022.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.  
COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial: direito de empresa.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro,** 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Dialética: 15ª ed. 2012.

FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes. **Desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: JusPodivm, 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais no Direito Administrativo Sancionador no regime democrático da Constituição de 1988.** Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai/ago 2021.

LUZIA, Cauê Vechhia. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2ª ed., Florianópolis: Zênite, 2021.

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.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coordenador). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2ª ed., Florianópolis: Zênite, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova Lei de Licitações e Contratos comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marines Restelatto. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. rev., atual e ampli. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. **A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas**. São Paulo: Atlas, 2014.