

A licitação e as aproximações do Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal Supraindividual

Public procurement and the convergence between Administrative Sanctions Law and Collective Criminal Law

Maíra Mayrink de Castro Garcia Dias 

Mestranda em Direito das Relações Econômicas e Sociais da Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Processual no Instituto de Educação Continuada - PUCMINAS. Especialista em Ciências Criminais pela UCAM/RJ. Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Advogada.

Luciano Santos Lopes 

Graduação, Mestrado e Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG). Professor Adjunto (graduação e mestrado) da Faculdade de Direito Milton Campos - MG. Pesquisador convidado na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FESMP/RS). Advogado Criminalista.

Resumo: O presente artigo científico investiga a zona de intersecção entre o Direito Administrativo Sancionador (DAS) e o Direito Penal Supraindividual (DPS) no âmbito das contratações públicas brasileiras, tendo como parâmetro normativo a Lei nº 14.133/2021. O objetivo central é analisar como a convergência desses ramos do ius puniendi estatal impacta a segurança jurídica e a proteção de bens coletivos. Para tanto, utiliza-se como marco teórico o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin, especificamente sua Teoria do Bem Jurídico e os critérios da Imputação Objetiva. A metodologia adotada consiste na abordagem hipotético-dedutiva, com procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A investigação demonstra que a licitação transcende o rito procedimental para se configurar como um subsistema de proteção à probidade e à competitividade, bens de natureza supraindividual. Os resultados indicam que existem interfaces e

limites pouco claros entre os dois ramos (administrativo sancionador e penal). Conclui-se que a estrutura punitiva da Nova Lei de Licitações deve ser interpretada de forma coordenada, assegurando que a sanção administrativa não se converta em um pragmatismo punitivo acrítico, mas em um instrumento normativo que interaja com a tutela penal e com esta não se confunda.

Palavras-chave: Licitações Públicas; Direito Administrativo Sancionador; Direito Penal Supraindividual; Claus Roxin; Bens Jurídicos.

Abstract: *This article examines the intersection between Administrative Sanctions Law and Collective Criminal Law in the context of Brazilian public procurement, taking Law No. 14,133/2021 as its normative framework. It aims to analyze how the convergence of these branches of the State's ius puniendi affects legal certainty and the protection of collective interests. The study is grounded in the rational-teleological functionalism of Claus Roxin, particularly his theory of legal interests and the criteria of objective imputation. Methodologically, it adopts a hypothetico-deductive approach based on bibliographic and documentary research. The analysis shows that public procurement transcends a merely procedural function, operating as a subsystem for safeguarding probity and competitiveness, both of which are collective legal interests. The findings point to overlapping areas and unclear boundaries between administrative sanctions law and criminal law. The article concludes that the punitive framework established by the new Public Procurement Law should be interpreted in a coordinated manner, ensuring that administrative sanctions do not devolve into uncritical punitive pragmatism, but instead function as a normative mechanism that interacts with, without conflating itself with, criminal law protection.*

Keywords: *Public Procurement; Administrative Sanctioning Law; Supraindividual Criminal Law; Claus Roxin; Legal Assets.*

1. Introdução

A atividade administrativa contemporânea, especialmente no que tange às contratações públicas, não se esgota na mera gestão de recursos, mas projeta-se como um campo de intensa intervenção do poder punitivo estatal.

Historicamente, a licitação brasileira percorreu sucessivos marcos normativos até consolidar-se como instrumento de organização objetiva e impessoal das contratações públicas. Com o advento da Lei nº 14.133/2021, a estrutura das licitações passou a exigir uma releitura dogmática que harmonize a eficiência administrativa com as garantias fundamentais do administrado.

Nesse cenário, emerge o debate acerca do Direito Administrativo Sancionador (DAS) e sua crescente aproximação com o Direito Penal Supraindividual (DPS), ramos que, embora autônomos, compartilham a finalidade de resguardar valores de titularidade coletiva.

Assim, o problema central deste ensaio reside na porosidade das fronteiras punitivas. O Direito Administrativo Sancionador não pode ser concebido como campo imune a garantias, devendo observar balizas materiais e procedimentais compatíveis com o sistema punitivo estatal.¹

Nesse cenário, o marco teórico adotado oferece os critérios necessários para que a sanção não seja um fim em si mesma, mas uma proteção respeitadora de legitimidade e racionalidade.²⁻³

Quer-se investigar, nesse sentido, as aproximações entre esses dois ramos (DPS e DAS), especialmente na tutela da concorrência. A teoria do bem jurídico, e a conceituação do que se denominou “administrativização da tutela penal” serão ferramentas dessa análise proposta.

O marco teórico eleito é o funcionalismo racional-teleológico. A escolha justifica-se pela necessidade de compreender a norma sancionadora não como um fim em si mesma, mas como um instrumento de proteção a bens jurídicos fundamentais para a coexistência social. No contexto licitatório, a probidade e a competitividade assumem o status de bens supraindividuais que reclamam uma tutela coordenada entre a esfera administrativa e a penal.⁴

¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

2. Breve retrospecto histórico e a transição de paradigmas nas licitações brasileiras

A compreensão do fenômeno punitivo nas licitações contemporâneas exige o resgate de sua trajetória legislativa, marcada pela transição de um controle meramente formal para uma tutela axiológica de bens jurídicos. Historicamente, o embrião do controle das contratações públicas no Brasil remonta ao Decreto nº 2.926 de 1862, que regulamentava as arrematações para o serviço de estradas de ferro, pautado por um formalismo incipiente. Posteriormente, o Código de Contabilidade da União de 1922 (Decreto nº 4.536/1922) institucionalizou a concorrência pública como regra, embora o foco residisse estritamente na proteção imediata do erário.

A maturidade do sistema licitatório iniciou-se com o Decreto-Lei nº 2.300/1986⁵, que pela primeira vez sistematizou as normas gerais de contratação, servindo de base para a posterior Lei nº 8.666/1993⁶. Esta última, reflexo de um período de redemocratização e moralização administrativa, consolidou a licitação como um dever constitucional (art. 37, XXI, da Constituição Federal⁷). Todavia, a prática sob a égide da Lei nº 8.666/93 caracterizou-se por um “formalismo exacerbado”, onde a sanção administrativa era frequentemente aplicada de forma mecânica, desprovida de uma análise profunda sobre a ofensividade real da conduta ao bem jurídico.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, observa-se uma ruptura paradigmática. A nova legislação não apenas unificou regimes, mas inseriu a gestão de riscos e a governança no cerne do procedimento. No campo sancionador, essa evolução histórica culmina na necessidade de uma hermenêutica funcionalista: a passagem de um modelo punitivo de “desobediência à regra” para um modelo de “proteção ao bem jurídico”. É neste contexto de amadurecimento institucional que a teoria do bem jurídico encontra solo fértil, permitindo que a sanção administrativa seja lida não como um fim em si mesma, mas como uma resposta proporcional à lesão de interesses supraindividuais que a evolução histórica buscou, paulatinamente, resguardar.

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal.**

⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.** Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 37. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

3. Conceito e Natureza Jurídica das Licitações Públicas: Entre o Interesse Público, a Proteção de Bens Jurídicos e a atuação do Direito Administrativo Sancionador (DAS)

A compreensão do instituto da licitação sob a égide da Lei nº 14.133/2021 exige uma análise que transcenda a sua definição como mero rito de seleção de propostas. No Estado Democrático de Direito, a licitação assume a natureza de um procedimento administrativo vinculado, cuja finalidade última é a concretização do interesse público em suas duas dimensões: o interesse público primário (os anseios e necessidades da coletividade) e o interesse público secundário (o interesse patrimonial do ente administrativo enquanto pessoa jurídica).

Sob uma perspectiva funcionalista, a natureza jurídica da licitação ganharia densidade ao ser interpretada como um subsistema de proteção a bens jurídicos supraindividuais. Nessa perspectiva, a função do Direito e, por extensão, do poder punitivo que resguarda as normas é a proteção de condições necessárias para a vida em sociedade. No contexto licitatório, o procedimento deixa de ser um fim em si mesmo (formalismo) para tornar-se o instrumento de salvaguarda da probidade administrativa e da livre concorrência.

Nesse sentido, a distinção entre interesse público primário e secundário revela-se crucial para a atividade sancionadora:

Em chave administrativa, o interesse público primário, no campo licitatório, diz respeito à própria finalidade pública do certame: assegurar uma contratação orientada pela impessoalidade, pela igualdade competitiva e pela obtenção da proposta mais vantajosa. Por isso, quando a Administração pune um licitante por fraude, não tutela apenas o seu patrimônio imediato, mas também as condições institucionais de funcionamento regular do sistema de contratação.

Já o interesse público secundário corresponde ao interesse patrimonial do ente estatal enquanto pessoa jurídica. Embora o patrimônio público possa, em situações específicas, constituir bem juridicamente tutelado, ele não esgota, por si só, a razão de ser da resposta sancionadora nas licitações. Nessa seara, a sanção gravosa reclama demonstração de lesão ou de perigo concreto às condições objetivas de lisura, impessoalidade e competitividade do certame.

A natureza jurídica da licitação é a de um procedimento administrativo vinculado. A licitação é instrumento de concretização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nessa linha, a indisponibilidade do interesse público não se reduz à defesa do caixa estatal, mas alcança a preservação da finalidade pública do procedimento, da igualdade entre os concorrentes e da confiança

institucional dos administrados.⁸

Assim, qualquer conduta que viole o procedimento licitatório deve ser analisada sob o prisma da ofensividade: houve criação de um risco juridicamente desaprovado à objetividade, à impessoalidade ou à igualdade competitiva do certame? Se a falha for meramente formal e não atingir o interesse público primário, a natureza do instituto repele a incidência de sanções extremas, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

O Direito Administrativo Sancionador (DAS) constitui o conjunto de normas e princípios que fundamentam o poder punitivo do Estado exercido pela Administração Pública. Diferente do Direito Penal, que atua como ultima ratio para as ofensas mais graves aos bens jurídicos, o DAS opera na gestão cotidiana das infrações administrativas, visando a manutenção da ordem jurídica e a eficiência das instituições. Contudo, ambos compartilham a mesma matriz ontológica o ius puniendi único do Estado o que exige que o DAS seja regido por garantias fundamentais adaptadas à sua esfera, como a legalidade, a tipicidade (ainda que com maior flexibilidade que no crime), a culpabilidade e, primordialmente, o devido processo legal.

Dentre os princípios que estruturam o DAS, destacam-se a proporcionalidade e a razoabilidade, que atuam como vetores de contenção do arbítrio estatal. A aplicação de uma sanção administrativa não deve ser um ato puramente mecânico de subsunção do fato à norma, mas um exercício de ponderação que considere a gravidade da conduta, a reprovabilidade do agente e a efetiva lesão ao interesse público. Assim, o Direito Administrativo Sancionador moderno abandona a visão puramente disciplinar e autoritária para se consolidar como um sistema garantista, onde a sanção possui finalidades preventivas e repressivas, sempre pautada pela proteção de valores finalísticos e não apenas formais.⁹

Nesse cenário, a ligação entre o DAS e a tutela da licitação torna-se indissociável: o Direito Administrativo Sancionador é o braço coercitivo que assegura a integridade do certame. Sob a égide da Lei nº 14.133/2021, o DAS não deve ser invocado para punir meras irregularidades procedimentais desprovidas de má-fé ou de prejuízo ao interesse coletivo, visto que a incidência do poder punitivo estatal seja na esfera administrativa ou penal pressupõe a observância do princípio da ofensividade. Dessa forma, a punição só se justifica quando a conduta ultrapassa o plano do descumprimento formal e atinge a substância do bem jurídico tutelado. A função precípua do DAS é, portanto, tutelar a licitação enquanto bem jurídico supraindividual, reprimindo

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

condutas que criem riscos juridicamente desaprovados à objetividade, à igualdade e à competitividade. Por conseguinte, a sanção administrativa na licitação serve como ferramenta de proteção do interesse público primário, garantindo que o subsistema das contratações públicas permaneça hígido e confiável perante a sociedade.

4. O Direito Penal Supraindividual (DPS): conceito, características e a proteção do bem jurídico

O Direito Penal Supraindividual (DPS) pode ser definido como o conjunto de normas voltadas à proteção de bens que transcendem a esfera individual, focando na tutela de valores fundamentais para a coexistência e o funcionamento do sistema social. Enquanto o Direito Penal tradicional, de matriz liberal, concentrava-se especialmente (mas não somente, frise-se) na proteção de valores individuais (primeira geração de direitos fundamentais), o DPS volta-se para os interesses difusos e coletivos, como a ordem econômica, a probidade administrativa entre outros (direitos fundamentais de terceira geração).

Nessa análise aqui apresentada, parte-se da premissa de que a tutela penal da supraindividualidade não constitui um universo completamente apartado da tradição liberal do Direito Penal. Trata-se, antes, de um campo que reelabora categorias clássicas para enfrentar bens jurídicos coletivos e interesses institucionalizados em sociedades reguladas e economicamente complexas.¹⁰⁻¹¹

Desta forma, adota-se para a criminalidade supraindividual o entendimento de que tais delitos compreendem comportamentos que lesionam ou ameaçam lesionar a atuação das instituições no ordenamento vigente. Tais ofensas colocam em risco a própria continuidade da atividade coletiva, razão pela qual o conceito do DPS pode ser obtido a partir da natureza social ou coletiva do bem jurídico protegido.¹²⁻¹³

¹⁰ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹¹ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹² SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA,

Em resumo a tutela penal da supraindividualidade pode ter sua análise iniciada a partir dos seguintes pontos: substitui a proteção de bens jurídicos individuais por aqueles supraindividuais; protege bens que possuem “unidade funcional”, para que existam condições necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo e para o funcionamento do sistema estatal e social; pode ser analisada a partir de um intervencionismo do Estado na economia e em outros setores especialmente regulados, como meio ambiente, sistema financeiro, ordem tributária etc.; esses bens supraindividuais, para que tenham relevância penal, precisam ser considerados direitos fundamentais de terceira geração.¹⁴

Certo é que o conceito do DPS é obtido a partir da análise do objeto da sua norma.

Adiante, a gênese da sistematização do que hoje se denomina Direito Penal Supraindividual remonta ao período da Primeira Guerra Mundial. Foi nesse momento que o Estado se viu obrigado a intervir no mercado, deixando de ser apenas um observador para se tornar um instrumento controlador da vida econômica.¹⁵

Essa transição marcou a passagem do Estado liberal para o Estado social (ou Welfare State), evidenciando a crise do liberalismo clássico. O intervencionismo estatal deu origem a dispositivos constitucionais sobre a ordem econômica e social. Posteriormente, a globalização retira (ou, ao menos, mitiga) o caráter meramente nacional das relações sociais, dando origem a uma criminalidade supranacional e ao crime organizado. Neste sentido:

*A literatura contemporânea do direito penal econômico destaca que a sociedade de riscos amplia a percepção de perigos endógenos produzidos pela própria atividade humana e pelo desenvolvimento tecnológico, deslocando o foco da tutela penal para contextos coletivos e sistêmicos. Essa moldura ajuda a compreender por que a criminalidade supraindividual se apresenta, hoje, vinculada à proteção de estruturas de funcionamento institucional e econômico.*¹⁶

Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹⁵ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

¹⁶ LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.

O Direito Penal Supraindividual apresenta características marcantes que o distinguem da dogmática clássica, sem que isso implique em uma plena autonomia principiológica, em relação à tradição da tutela penal (como antes se sustentou).

Quanto ao bem jurídico protegido nessa denominada tutela penal da supraindividualidade, é preciso admitir uma delimitação (de bem jurídico) que ultrapasse um conceito pessoal de bem jurídico, que se opõe à proteção penal de valores supraindividuais que não se liguem de forma direta às proteções individuais. Pensa-se possível, e necessário admitir algum nível a tutela de valores supraindividuais, mesmo sem uma direta/automática ligação às necessidades individuais. Por evidente, frise-se, esta proteção deve respeito à ofensividade na conduta a ser proibida, mantendo o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal como *ultima ratio*.¹⁷

Sem a pretensão de exaurir a questão, que não é objeto deste ensaio, essas são algumas dessas características: a tutela de bens jurídicos difusos (supraindividuais); um determinado (e, em algumas situações legitimamente contestado) expansionismo da intervenção punitiva; técnica legislativa sintética, com utilização recorrente de normas penais em branco e elementos normativos, que exigem complementação por outros instrumentos jurídicos ou atos administrativos para que o conteúdo típico se complete; e a antecipação recorrente da tutela (crimes de perigo abstrato), que por vezes traz para dentro da intervenção punitiva uma clara, incontestável e ilegítima administrativização do Direito Penal.

5. A estrutura sancionadora e punitiva das licitações: possibilidades e limites que transitam entre o DAS e o DPS

A análise da estrutura punitiva incidente sobre as licitações públicas exige a superação da dicotomia clássica entre o ilícito administrativo e o penal, migrando para uma visão de unidade do *ius puniendi* estatal.

De início, e mesmo não sendo o escopo do presente ensaio, entende-se que se faz necessária a determinação de uma espécie de teoria geral do sistema punitivo. Tratar-se-ia de uma estrutura principiológica, normativa e dogmática que consiga trazer harmonia e coordenação aos diversos mecanismos e estruturas estatais de punição.

No que releva a este texto, os âmbitos administrativos e penal precisam dialogar mais e melhor acerca dos pressupostos mínimos das tutelas pretendidas, das estruturas

¹⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

procedimentais de apuração do ilícito praticado (com a lembrança do respeito às garantias fundamentais dos envolvidos), dos limites de atuação de cada instância e das comunicações de provas produzidas e de resultados alcançados.

Nesse sentido, e a demonstrar que o sistema de justiça tem buscado essa questão específica em suas intervenções punitivas, veja-se recente precedente do Supremo Tribunal Federal (Agravio Regimental 1.428.742/São Paulo, Relator Min. Alexandre de Moraes, e que resultou no Tema 1.260 de repercussão geral¹⁸).

De acordo com a fundamentação utilizada no citado julgamento, e trazendo para este ensaio essa argumentação, verifica-se que realmente há essa comunicabilidade entre instâncias de julgamento, com as tentativas de definição dos limites necessários à evitação do *bis in idem*.

Certo é que o tratamento dado aos atos ilícitos precisa ser coordenado e parametrizado, para que a independência relativa (ou a comunicabilidade limitada, como se preferir denominar) entre as citadas instâncias julgadora não gere desarmonia e desacordo interpretativo. E essa conclusão se fundamenta em uma premissa, que igualmente autoriza (exige) a elaboração dessa (aqui) denominada teoria geral do sistema punitivo: a ilicitude é geral e una em todo o ordenamento jurídico.¹⁹

Em resumo, e aqui já focando no objetivo do presente ensaio, pode-se concluir que há uma relação de envolvimento mútuo entre os ramos jurídicos que organizam a estrutura punitiva das questões licitatórias. Há uma, ainda não muito clara, delimitação de atuação do DPS e do DAS nessas questões concorrenciais.

Sem pretensão de exaurir todas as hipóteses sancionatórias que se aplicam as questões licitatórias, apresentam-se algumas dessas possibilidades, que permeiam o entorno dessa anunciada relação limítrofe entre o DPS e o DAS.

E surge a questão que aqui se releva anunciar, para o argumento que se seguirá: a já mencionada antecipação da tutela penal, com os crimes de perigo abstrato, por vezes ultrapassa o limite autorizado (pela necessária função de proteção de bens jurídicos), e introduz na intervenção penal uma ilegítima administrativização da atuação deste ramo jurídico. Essa constatação fragiliza a relação entre DPS e DAS, por não respeitar limites de atuação das duas estruturas sancionatórias.

Como antes já tratado, o Direito Penal Supraindividual (DPS) tutela a “unidade funcional” do sistema social. Nas licitações, esse bem jurídico é a integridade do sistema concorrential. A legitimidade da punição pressupõe a criação de um risco juridicamente

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravio em Recurso Extraordinário n. 1.428.742/SP (Tema 1.260). Relator: Min. Alexandre de Moraes.

¹⁹ LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

desaprovado para esse bem jurídico e a sua aptidão concreta para lesá-lo. No DAS, isso significa que sanções não devem ser aplicadas pelo “descumprimento da regra pela regra”, mas pela efetiva afetação à objetividade, à impessoalidade e à igualdade do certame.²⁰

Neste sentido, as funções administrativas, de igual forma como são tratados os denominados bens jurídico-penais, precisam de conteúdo valorativo para as proibições. Em outras palavras, a exigência de cumprimento dos deveres em relação à Administração Pública não devem se limitar à formalidade típica desprovida de materialidade racional da tutela sancionadora (administrativa) pretendida.

Assim, pode-se sustentar que o artigo 37 da Constituição Federal fornece tal valoração à tutela do DAS, aqui nas licitações especialmente a partir de parâmetros como impessoalidade, objetividade procedimental e eficiência econômica nas relações concorrenciais.²¹

Pode-se, inclusive, argumentar pela viabilidade de transposição de um dos fundamentos do funcionalismo racional-teleológico para o Direito Administrativo Sancionador: algo que se assemelhe à ofensividade penal (que se liga a uma legalidade material, ou racionalidade legitimadora da punição).²²

A ausência de legalidade material nas infrações licitatórias deve trazer como consequência a evitação da deflagração do poder punitivo estatal. Em outras palavras, e levando o argumento para a questão das licitações: não se verificando existência de algo similar ao que no Direito Penal se denomina ofensividade, a tutela sancionadora administrativa pode (e deve) ser evitada.

Mesmo atuando na proteção de “meros comandos estatais”, funcionando mais como um reforço à fiscalização do que como uma resposta a ofensas graves a valores sociais, pensa-se que o DPS ainda pode (e deve) agir com adequação ao que se denomina legalidade material (racionalidade da tutela).

Em outras palavras, e na vigência da Lei nº 14.133/2021²³, em situações marcadas por ínfimo potencial ofensivo como irregularidades meramente formais que não

²⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 37. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

²² ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²³ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 17 abr. 2026.

maculem a competitividade ou o resultado econômico da contratação, a aplicação de sanções no DAS revela-se desprovida de tipicidade material e de finalidade preventiva dos valores administrativos ali protegidos.

Na apresentação da 2ª edição de obra dedicada à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assinala-se que a Lei nº 14.133/2021 conserva traços marcadamente burocráticos e formalistas. Essa observação é relevante para o presente ensaio porque evidencia que, mesmo na nova legislação, subsiste o risco de uma leitura sancionatória excessivamente automática, dissociada da finalidade material da contratação pública.²⁴

Lado outro, o DPS somente se legitima a intervir na tutela da concorrência (licitações) quando a necessidade protetiva ultrapassar as possibilidades e finalidades do DAS. Tal questão, seguindo com o argumento, se coloca de forma ainda pouco clara quando a estrutura penal decide atuar em situações com características de tutela administrativizada.

Cria-se uma ausência de clareza nessa zona limítrofe entre um ramo e outro, na prática. Isso, repete-se, porque a “administrativização” do DPS pode ser descrita como um fenômeno em que a estrutura punitiva penal é utilizada como um verdadeiro instrumento de gestão do Estado. Passa, então, a resolver os problemas socioeconômicos e as necessidades de cumprimento de deveres administrativos. Assim, assemelha-se em finalidades ao DAS: fiscalização e regulação de infrações administrativas.

A administrativização do DPS surge da necessidade de proteção ao intervencionismo estatal em uma sociedade de riscos e de elevada complexidade regulatória. Nesse ambiente, a tutela penal tende a expandir-se para garantir a observância de deveres organizacionais e de mecanismos de controle ligados ao funcionamento de setores sensíveis da Administração e da economia.²⁵⁻²⁶

No plano específico da Lei nº 14.133/2021, a literatura recente identifica relevante impacto da nova disciplina sobre o regime jurídico das sanções administrativas, com modernização do sistema sancionatório, tipificação mais nítida das condutas e reforço à segurança jurídica, sem que isso elimine as dificuldades

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 5-6.

²⁵ LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.

²⁶ DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-352.

interpretativas relativas à dosimetria e à finalidade material da sanção.²⁷

Em resumo, a tutela penal com esse viés administrativo apresenta as seguintes marcas: proteção de funções, focando na garantia das atividades interventoras e regulatórias do Estado na economia; ampliação do objeto de proteção, abrangendo violações no âmbito do DAS, muitas vezes sem filtrar adequadamente se o objeto de proteção é realmente um bem jurídico digno de tutela penal.

E, para evitar que a administrativização subverta os princípios fundamentais do Direito Penal, é imperativo redescobrir sua dimensão constitucional. A solução reside em filtrar a intervenção punitiva através do princípio da ofensividade.

A tutela de valores supraindividuais só é legítima quando a conduta proibida apresenta uma ofensividade real e pode ser reconduzida à proteção das condições de vida dos indivíduos. O Direito Penal deve proteger bens que possuam “unidade funcional”, ou seja, pressupostos necessários para o funcionamento do sistema social e para a realização dos direitos fundamentais.²⁸

Uma advertência final: a atuação penal em crimes de perigo abstrato até pode ser aceita nesse cenário, com as necessárias ressalvas. Entende-se que é possível, em situações específicas e bem delimitadas, verificar, ex ante (em abstrato) a ofensividade constitucionalmente determinada (de forma implícita) do perigo de ofensa ao bem jurídico supraindividual. Para tanto, deve haver clareza de que a conduta que se quer proibir/ordenar gera perigo (aferível ex ante) de dano, assim verificável com critérios probabilísticos ou científicos.

Não se pode utilizar do princípio da precaução para, sem mensurar o perigo com os critérios antes mencionados, antecipar o Direito Penal como forma de precaver riscos futuros. Essa postura legislativa administrativiza a tutela e não se encaixa no conceito de abstrato. Este (perigo abstrato), mesmo de forma mais complexa, trabalha com algum nível de ofensividade.²⁹

Em resumo a administrativização da tutela penal rompe os limites entre DPS e DAS, devendo ser tida como inconstitucional.

Essa leitura explica por que a coordenação entre instâncias não autoriza

²⁷ DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-352.

²⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.

²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

superposição irrefletida de respostas punitivas. Se o mesmo núcleo de desvalor já foi suficientemente absorvido por uma sanção administrativa voltada à recomposição da objetividade e da igualdade competitiva do certame, a ulterior incidência penal somente se legitima quando houver excedente de lesividade juridicamente relevante. Sem esse filtro material, a independência entre esferas deixa de funcionar como técnica de repartição de competências e passa a operar como duplicação substancial de reprovação, com potencial comprometimento da segurança jurídica e da estabilidade das relações econômicas.

6. Considerações finais: a síntese funcionalista como garantia de estabilidade jurídica

Com as advertências finais do capítulo anterior, pode-se concluir que a estrutura sancionadora entre o DAS e o DPS, nas licitações não deve ser vista como uma linha divisória rígida, mas como um continuum de intervenção estatal. Isto, porque a racionalidade punitiva impõe que, em ambas as esferas, a sanção seja legitimada pela proteção de um valor delimitado, vedando a punição de condutas meramente formais que não coloquem em risco a finalidade pública da licitação.

A fragmentação do *ius puniendi* estatal em compartimentos estanques Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal Supraindividual não mais subsiste diante da complexidade das relações econômicas e das licitações públicas contemporâneas. A análise das aproximações entre esses ramos, sob a lente funcionalista, revela que ambos compartilham a missão fundamental de proteção de valores indispensáveis à gestão da coisa pública, diferenciando-se menos pela essência da conduta e mais pela gravidade da lesão e pela teleologia da resposta estatal.

A racionalidade do DPS, especialmente por meio da teoria do bem jurídico, oferece um anteparo dogmático essencial para a definição de interfaces e separações em face do DAS.³⁰

A objetividade, a impessoalidade e a igualdade competitiva, enquanto valores tuteláveis no DAS, devem orientar a resposta administrativa. Sem a demonstração de um risco juridicamente desaprovado apto a comprometer o certame, a intervenção punitiva carece de fundamentação ética e jurídica. Ademais, a independência de instâncias, embora consagrada no ordenamento brasileiro, deve ser compreendida em chave material, de modo a evitar a duplicação substancial de reprovação quando já

³⁰ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

houver resposta adequada ao mesmo núcleo de desvalor.

Em conclusão, a aproximação entre o DAS e o DPS somente se legitima quando a imputação do ilícito funciona como filtro material de responsabilização: não basta a posição formal do agente no procedimento licitatório, sendo necessária a demonstração de contribuição juridicamente relevante para a criação ou incremento de risco proibido ao bem jurídico tutelado. Nessa chave, os critérios de imputação objetiva oferecem parâmetro útil para impedir automatismos punitivos e para preservar a coordenação entre as instâncias sem transformar a independência sancionatória em duplicação substancial de reprovação.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2026.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 abr. 2026.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.428.742/SP (Tema 1.260). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 abr. 2026.
- DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. Infrações e sanções administrativas (art. 155 a 163). In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais inovações e desafios para sua implantação**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 349-366.
- LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- LOPES, Luciano Santos. O princípio constitucional da legalidade, seu corolário da taxatividade e o direito penal econômico. In: FERNANDES, Jean Carlos (org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Volume II. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 99-138.
- LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José (coord.). **Direito penal e criminologia**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 83-109. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>. Acesso em: 20 abr. 2026.

- NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 179-210.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.