

A Nova Lei de Licitações: o que muda no sancionamento administrativo licitatório e contratual

Ana Cristina Fecuri

Em caso de dúvidas sobre os temas discutidos nessa publicação, favor contatar o escritório.

If you have any questions regarding the matters discussed in this publication, please contact the office.

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo

Sócio-fundador | Founding partner
araldo@dalpozzo.com.br

Augusto Neves Dal Pozzo

Sócio-fundador | Founding partner
augusto@dalpozzo.com.br

Beatriz Neves Dal Pozzo Cunha

Sócia | Partner | CEO
beatriz@dalpozzo.com.br

Evane Beiguelman Kramer

Sócia | Partner
evane@dalpozzo.com.br

João Negrini Neto

Sócio | Partner
joao@dalpozzo.com.br

Percival José Bariani Junior

Sócio | Partner | CLO
percival@dalpozzo.com.br

Renan Marcondes Facchinatto

Sócio | Partner
renan@dalpozzo.com.br

A presente publicação é produzida pelo corpo técnico do escritório Dal Pozzo Advogados e se destina a fins meramente informativos. Ela não constitui e tampouco deve ser utilizada como aconselhamento advocatício. O texto reflete a opinião pessoal de seus autores.

This text is published by Dal Pozzo Advogados for informational purposes only. It is not intended and it should not be interpreted, or construed, as legal advice. The text expresses the opinion of the authors.

© Dal Pozzo Advogados | All rights reserved



São Paulo

Rua Gomes de Carvalho, 1510 | 9º andar
04547-005 | Vila Olímpia | São Paulo | SP
Telefone +55 11 3058 7800

Brasília

SEPS Q 702/902 | Conjunto B | Bloco A | 3º Andar
70390-025 | General Alencastro | Brasília DF
Telefone +55 11 3058 7800

dalpozzo.com.br



Ao tratar do tema “Das infrações e Sanções Administrativas”, o legislador ordinário, objetivando dar concretude aos anseios doutrinários e às manifestações jurisprudenciais que defendem um maior rigor na tipificação das penalidades administrativas, prestigiar a garantia constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXIX1, da Constituição Federal, e atender ao princípio da segurança jurídica, tipificou as condutas licitatórias e contratuais irregulares passíveis de penalização e definiu as sanções correspondentes, observada a gravidade e reprovabilidade da infração.

É o que se extrai da leitura combinada dos artigos 25, 92, inciso IV, 155 e 156, todos da Lei nº 14.333, de 1 de abril de 2021, os quais claramente reduzem a competência discricionária do agente público para eleger infrações e determinar as sanções, como reafirmam a obrigatoriedade de o sancionamento estar expressamente disciplinado e detalhado no edital, permitindo um conhecimento prévio da antijuridicidade das condutas por parte dos interessados em participar em contratar com a Administração.

Nota-se da leitura desses dispositivos legais que o sistema punitivo apresentado pelo novo marco legal licitatório é mais rigoroso do que o previsto na Lei nº 8.666/1993, pois insere no rol de condutas infracionais aquelas praticadas no curso da licitação – embora repita, em sua grande maioria, aquelas já previstas na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC) –, assim como a prática dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção).

A solução legislativa proposta, todavia, apresenta alguns tipos infracionais abertos e imprecisos, a exemplo das condutas previstas no inciso X do artigo 155 – “comporta-se de modo inidôneo” ou “cometer fraude de qualquer natureza”, fórmula que fatalmente dará margem a incertezas e questionamentos administrativos e judiciais, vez que deixa para o administrador público a realização de um juízo de valoração de seu conteúdo.

Ainda em relação ao recrudescimento legislativo do sistema sancionador licitatório, a norma legal desmembra o tipo infracional “inexecução parcial”, dando um tratamento mais rigoroso aos casos em que houver grave dano à Administração, como por trazer uma maior rigidez nas penalidades destinadas a infrações graves.

Com a atual legislação, advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar passam a ser as sanções que podem ser aplicadas aos infratores, mantendo, em relação as duas últimas, diferenças temporais e de alcance dos seus efeitos. Enquanto a sanção de impedimento de licitar poderá ser aplicada pelo prazo máximo de até três anos e ficará restrita ao âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo, a declaração de inidoneidade, uma vez aplicada, alcançará a Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos e terá prazo mínimo de três anos

1 Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A Nova Lei de Licitações: o que muda no sancionamento administrativo licitatório e contratual

e máximo de seis anos. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, aplicável por até dois anos e de alcance restrito à Administração que aplicou a penalidade, desaparece do ordenamento jurídico.

A nova Lei também cuida de explicitar os critérios a serem considerados para a aplicação das sanções administrativas no § 1º de seu artigo 156, seguindo orientação contida no § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que reforça o princípio da motivação no exercício da competência sancionatória, e claramente auxiliarão na redução dos excessos sancionatórios.

Desta feita, a natureza e gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos advindos da conduta infracional, e a existência de programas de integridade ou o seu aperfeiçoamento, conforme normas e orientações dos órgãos de controle, passam a ser obrigatoriamente considerados para a gradação da pena.

Não há, todavia, previsão de parâmetros normativos que auxiliem na dosagem dos percentuais das multas, considerando-se os limites contidos no § 3º do art. 156, e na fixação dos prazos das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade quando da sua aplicação, deixando a critério da autoridade sancionadora competente a sua determinação, o que notadamente fragiliza o sistema.

Nos termos do artigo 157 desta Lei, o infrator sujeito à penalidade de multa terá a faculdade de se defender, no prazo de 15 dias úteis, contado da data de sua intimação. Desta decisão, ainda caberá recurso, nos termos previstos do disposto no artigo 166. A aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, por sua vez, dependerá da instauração prévia de um processo de responsabilização, nos termos expressamente previstos no artigo 158, que será conduzido por uma comissão processante, observado o rito mínimo previsto. A nova Lei nada dispõe, entretanto, a respeito da advertência, o que traz dúvidas quanto ao atendimento do princípio do devido processo legal e às garantias do contraditório e da ampla defesa, sem falar no prejuízo que a omissão legislativa trará para a aferição da dosimetria das penas.

A prescrição da pretensão punitiva dos infratores foi prevista no § 4º do artigo 158 da Lei nº 14.133/2021 e segue regra geral de 5 (cinco) anos, a contar da ciência da infração pela Administração, definindo as suas causas interruptivas e suspensivas. Nada prescreve, todavia, sobre o prazo prescricional, interrupções e suspensões para a aplicação das penalidades de advertência e multa, o que dará margem a numerosas discussões acadêmicas, administrativas e judiciais.

Aspecto também relevante contido na nova Lei está em seu artigo 159, que determina a apuração conjunta e nos mesmos autos dos atos previstos como infrações licitatórias/contratuais que também tipifiquem atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013), vale dizer, condutas corruptivas. A regra já estava prevista no artigo 12 do Decreto nº 8.420, de 2014, que regulamenta a Lei Anticorrupção, mas era restrita ao âmbito federal. Segundo o Relator do projeto, Antônio Anastasia, o dispositivo legal tem por objetivo conferir maior segurança jurídica ao procedimento de apuração de irregularidades em face da multiplicidade de órgãos de controle que têm competência para a celebração de acordos de leniência.

Por força do disposto no artigo 160 da Lei em comento, as pessoas jurídicas que forem utilizadas para o fim de facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos, ou mesmo para provocar confusão patrimonial, poderão ter a sua personalidade jurídica desconsiderada na esfera administrativa, caso em que os efeitos decorrentes das sanções a ela aplicadas serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, as suas sucessoras, coligadas, controladas, de fato ou de direito.

A utilização do instrumento de desconsideração da pessoa jurídica pela Administração Pública, apesar de polêmico, já era admissível doutrinária e jurisprudencialmente. O legislador ordinário perdeu a oportunidade, no entanto, de indicar a autoridade competente para adotar a medida e detalhar o procedimento a ser empregado, apesar de determinar a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como a sua submissão à prévia análise jurídica. A omissão legislativa trará insegurança jurídica às partes envolvidas e dará azo a contestações judiciais.

A Nova Lei de Licitações: o que muda no sancionamento administrativo licitatório e contratual

Finalizando esse giro legislativo, nota-se a ausência de qualquer dispositivo legal que institua um novo modelo sancionador consensual e alternativo, por meio da adoção de instrumentos que possibilitem a celebração de acordos que substituam a sanção a ser aplicada ao infrator ou autorizem a eventual suspensão do processo administrativo sancionador para, após o cumprimento do acordo, extingui-lo, ou mesmo determinar a sua não instauração, a depender do caso concreto. Caminha, nesse sentido, na contramão de atuação mais dissuasória, instrumental e funcional, e menos repressiva, como forma de conformar as condutas dos infratores e solucionar os conflitos, já consagrada pela disposição genérica contida no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.