

LICITAÇÕES E CONTRATOS

Lei Anticorrupção e aplicação de penalidades na nova Lei de Licitações

28 de outubro de 2022, 8h00

Por Guilherme Carvalho e Raíi Sampaio de Paiva

A aplicação de penalidades em matéria de contratações públicas é sempre um tema complexo. Seja por exigir o fiel cumprimento aos princípios constitucionais que irradiam o processo administrativo, seja pela necessidade de se observar os princípios e as formalidades específicos do regime jurídico-administrativo, punir contratados exige uma série de cuidados. Ainda mais quando as sanções inviabilizam sua atividade econômica.

Logo, ao aplicar a penalidade, tem a administração pública, necessariamente, que proceder à abertura do devido processo administrativo, com direito ao contraditório, a mais ampla defesa e as demais garantias inerentes ao direito administrativo sancionador. Ao mesmo tempo, deve-se conferir ao apenado a possibilidade de reverter a penalidade sugerida pela administração e, inclusive, de substituí-la por outra mais branda, na conformidade da norma prevista no artigo 151, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Ocorre que, na prática, as penalidades não são impostas apenas em decorrência de alguma das tipificações previstas no artigo 156, da Lei nº 14.133/2021. Há, dentre outras, a possibilidade de a empresa ser apenada com base em decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) e, mais importante para o presente escrito, por meio das sanções a que se referem o artigo 5º da Lei Anticorrupção (nº



12.846/2013).

Promovendo um conflito entre sistemas normativos, a Lei Anticorrupção criou um rito próprio e diferenciado, que não garante ao apenado os mesmos direitos procedimentais e de defesa que já constavam na Lei nº 8.666/1993, previstos também pela Lei nº 14.133/2021. O conflito sistêmico-normativo instaurado se anunciava com a simplória redação do artigo 30, da Lei nº 12.846/2013, que não trouxe uma "cláusula de subsidiariedade" com referência à aplicação de outro diploma preocupado com as garantias incidentes ao direito sancionador, como a Lei nº 8.666/1993. A título de exemplo, a Lei Anticorrupção não oportuniza o direito ao recurso.

O já revogado Decreto nº 8.420/2015 perdeu a oportunidade de dar fim aos conflitos normativos criados pelo legislador nacional quando contemplou, tão apenas, o pedido de reconsideração, em seu artigo 11. Contudo, pelas mais eloquentes evidências, a reconsideração é instituto diverso do direito de recorrer.

Na seara federal, impera, para a União, a necessidade de uma orientação mais ampla, dócil e submissa ao texto constitucional, com a possibilidade de recurso administrativo decorrente da decisão sancionatória. Dito de outro modo, o mero pedido de reconsideração previsto na normativa federal não é deferente ao constituinte originário e, portanto, claramente inconstitucional.

Em 30 de março de 2021, essas dificuldades de aplicação dos paralelos sistemas penalizadores, instituídos pela Lei Anticorrupção e pela legislação de licitações, foram parcialmente analisadas em Mandado de Segurança (nº 35.435/DF) à Suprema Corte, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes. *In casu*, tratava-se da possibilidade de o TCU aplicar à impetrante a pena de inidoneidade de contratar com a administração, com base no artigo 46, da Lei nº 8.443/1992, sem impedimento de acordo de leniência anteriormente firmado entre a apenada, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU).

O voto do relator, condutor da unanimidade, destacou que "*A coexistência de múltiplos regimes de leniência requer um esforço normativo de alinhamento dos incentivos premiais dos sistemas e de criação de mecanismos de cooperação entre as agências responsáveis pelo enforcement das legislações*", referindo-se, indiretamente, às penalidades instituídas pela Lei nº 8.666/1993, pela Lei nº 12.846/2013 e pela Lei nº

8.443/1992, que foram objeto de acordo.

A denotar a complexidade da aplicação dos diversos sistemas de apenamento administrativo, o relator considerou que *"a partir de uma interpretação sistemática da Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, é possível compreender que o diploma instituiu verdadeiro regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas"*. Na conclusão do julgado, a 2ª Turma da Corte entendeu que a aplicação de inidoneidade à empresa impetrante, que havia firmado acordo de leniência baseado na Lei Anticorrupção, violaria o princípio constitucional da *segurança jurídica*.

Apesar da pontual manifestação da Suprema Corte sobre os efeitos de acordos de leniência, muitas questões permanecem em aberto, sem uma regulamentação adequada. Nesse contexto, mais uma vez, o Poder Executivo pôde melhorar os procedimentos de aplicação de penalidade da Lei Anticorrupção por meio do novo Decreto regulamentador nº 11.129/2022. Entretanto, limitou-se à referência indireta e contraditória a "recurso cabível", em seu artigo 61, ao tempo que, em seus artigos 15 e 16, não menciona a possibilidade de recurso, tão somente do pedido de reconsideração, estabelecendo como *exclusivo* o procedimento de aplicação das penalidades previsto em seu Capítulo II.

Além do mais, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 159, assevera, textualmente, que, se a sanção praticada no curso de um processo de contratação pública também se encaixar como ato tipificado como lesivo previsto na Lei nº 12.846/2013, o trâmite procedimental será o adotado por esta normativa:

"Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#), serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei."

Dito de outro modo, havendo a prática de qualquer dos tipos previstos nos incisos do artigo 5º, da Lei nº 12.846/2013, o rito adotado será o desta lei e não o da Lei nº 14.133/2021.

Longe de fornecer a segurança jurídica almejada pelo Constituinte e pelo Supremo

Tribunal Federal, o legislador terminou por redundar em imprecisão ao fazer referência ao "*rito procedimental*" adotado pela Lei Anticorrupção. Caminhando no mesmo sentido do legislador, o Poder Executivo não privilegiou a segurança jurídica, face à inexistência de menção à possibilidade de interposição de recursos no artigo 15, do Decreto nº 11.129/2022, a par da redação dada ao artigo 16 que parece impor a aplicação exclusiva do "*rito procedimental previsto neste Capítulo*".

Em outras palavras, todas as vezes em que a administração aplicar as penas do artigo 5º, da Lei Anticorrupção, inclusive os que também são capitulados pela Lei nº 14.133/2021, o apenado não terá direito de recorrer, somente direito a pedido de reconsideração.

Pode-se dizer que, mediante ato complexo conjunto, o legislador e o Poder Executivo, no exercício do seu poder regulamentador, deram fim ao conflito formal entre ambos os sistemas penalizadores. Contudo, sob o aspecto material, das garantias constitucionais dos apenados, o conflito entre os sistemas permanece. Basta lembrar que a própria Lei nº 14.133/2021 determina, em seu artigo 5º, a obediência aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da proporcionalidade, materialmente incompatíveis com a supressão da faculdade de recorrer.

Portanto, ainda cabe ao Poder Judiciário a árdua tarefa de compatibilizar a aplicação do procedimento penalizador da Lei Anticorrupção, agora conjugada com o artigo 159, da Lei nº 14.133/2021. Enquanto isso não acontece, os contratados pela administração sofrerão com a insegurança jurídica e com o constante risco de ter suas atividades econômicas desproporcionalmente limitadas pela impossibilidade de recorrer de penalidades.

Guilherme Carvalho é doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e políticas públicas, ex-procurador do estado do Amapá, bacharel em administração e sócio fundador do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados e presidente da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico (Abradade).

Raí Sampaio de Paiva é mestre em Direito Público, pós-graduando em cibersegurança e governança de dados, pesquisador e advogado no escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados.

