

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Saulo De Oliveira Pinto Coelho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-758-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Novamente nos encontramos em um encontro internacional do CONPEDI, repetindo o bem sucedido encontro realizado em Santiago de Chile em 2022. Tendo, na cidade de Buenos Ayres, como cenário e local de realização a belíssima arquitetura romana da Faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires, circundada por inúmeros Museus e atrações gastronômicas, dois fatos chamam a atenção para este período. Inicialmente, o fato da Argentina estar vivendo um momento bastante polarizado quando das vésperas da realização do 1º turno da eleição presidencial. Na sequência, considerando o cenário jurídico brasileiro, estávamos às vésperas do encerramento dos trabalhos do relator da reforma tributária junto ao Senado Federal após ter tramitado e sido aprovada, com algumas alterações a PEC n.º 45. Trata-se certamente da maior alteração na exação consumerista no sistema tributário nacional em décadas, afetando não todos os setores da economia bem como a balança de poder entre os Estados e Municípios, fazendo-nos repensar inclusive a existência do próprio pacto federativo. A referida reforma seria um antecedente ao que já se denomina a reforma administrativa. Reforma esta que buscará fazer com que tenhamos uma administração mais adequado à sociedade brasileira. Vivemos, pois, tempos de reforma em execução ou em pretensão. E o CONPEDI não poderia descurar de continuar sua luta contínua de estudar o direito brasileiro e propor com a qualidade de suas publicações medidas efetivas para aprimorar as relações entre os brasileiros e estes e a própria administração pública.

Boa leitura a todos !

O NOVO MODELO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI 14.133/2021 E SUA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA SE EVITAR O “BIS IN IDEM” EM FACE DOS ATOS LESIVOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/2013)

THE NEW MODEL OF ADMINISTRATIVE INFRACTIONS OF LAW 14,133/2021 AND ITS NECESSARY CONSTITUTIONAL INTERPRETATION TO AVOID “BIS IN IDEM” IN THE FACE OF HARMFUL ACTS OF THE ANTI-CORRUPTION LAW (12,846/2013)

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini ¹

Resumo

O objeto e o questionamento central do artigo residem na relação entre as infrações e sanções administrativas da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Em outras palavras: infrações administrativas licitatórias e atos lesivos relativos a licitações e contratos. A partir dessa central questão, naturalmente, surgiram durante a pesquisa questões secundárias – mas não menos importantes –, relacionadas às infrações da velha (Lei 8.666/1993) e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021), que concomitantemente vigorarão até do dia 29.12.2023, ou, ainda, do conflito existente no próprio interior das infrações administrativas licitatórias, haja vista uma complexa equiparação que o legislador expressamente fez entre infração e ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, problemas esses não estritamente normativos ou teóricos, mas reais, que podem ocorrer no mundo dos fatos e atingir pessoas, posto que atentatórios a direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial à segurança jurídica dos cidadãos administrados, sujeitos à uma aparente multiplicidade de punições de mesma natureza (bis in idem). O trabalho, representativo de esforço de interpretação gramatical, analítica, sistêmica, finalística e constitucional, levado a efeito mediante o uso do método dedutivo, parece satisfatório para, ao menos, se iniciar os estudos das complexas relações entre as infrações licitatórias da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos concernentes às licitações e aos contratos administrativos definidos na Lei 12.846/2013, consoante as respostas desenvolvidas no corpo do trabalho e sintetizadas, ao final, nas conclusões.

Palavras-chave: Infrações administrativas da lei 14.133/2021, Atos lesivos definidos no artigo 5º da lei 12.846/2013, Multiplicidade de punições, Bis in idem, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The object and the central questioning of the article reside in the relationship between the infractions and administrative sanctions of Law 14,133/2021 and the harmful acts defined in article 5 of the Anti-Corruption Law (Law 12,846/2013). In other words: administrative

¹ Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Estágio Pós-Doutoral junto à UFSC e à Universidade de Coimbra. Professor do corpo permanente do PPGD do UNICURITIBA. Financiamento da pesquisa: Instituto Ânima.

infractions in bids and harmful acts related to bids and contracts. From this central issue, naturally, secondary issues – but no less important – arose during the research, related to the infractions of the old (Law 8.666/1993) and the new Law of Public Procurement and Administrative Contracts, which concomitantly will remain in force until 12/29/2023, or even the existing conflict within the administrative bidding infractions, given a complex equation that the legislator expressly made between infraction and harmful act to the public administration, national or foreign, problems that are not strictly normative or theoretical, but real, that can occur in the world of facts and affect people, since they violate fundamental rights of the first dimension, in particular the legal security of administered citizens, subject to an apparent multiplicity of punishments of the same nature (bis in idem). The work, representative of an effort of grammatical, analytical, systemic, finalistic and constitutional interpretation, carried out through the use of the deductive method, seems satisfactory to, at least, begin the studies of the complex relations between the bidding infractions of Law 14.133/ 2021 and harmful acts concerning public tenders and administrative contracts defined in Law 12.846/2013, depending on the responses developed in the body of the work and synthesized at the end.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative violations of law 14.133/2021, Harmful acts defined in article 5 of law 12,846/2013, Multiplicity of punishments, Bis in idem, Legal security

1. Introdução

A Constituição de 1988, no seu artigo 37, inciso XXI (Brasil, 1988) estabeleceu que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Cuida-se o processo licitatório ou a licitação de um “verdadeiro princípio a que se vincula a Administração Pública” (DI PIETRO, 2008, p. 335), que ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, compõe a estrutura normativa fundamental da federação brasileira, e, portanto, da Administração Pública nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, norma-princípio também aplicável às entidades componentes de suas administrações indiretas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

O reconhecimento pelo constituinte brasileiro da licitação como um princípio constitucional está certamente relacionado à relevância desse procedimento administrativo destinado à padronizar as compras do setor público, um relevante mercado perante o qual vicejou um expressivo conjunto de empresas privadas fornecedoras de bens e serviços, de grande expressão econômica.

Para além de uma categoria jurídica integrante do Direito Administrativo, também se nota o caráter econômico das licitações. Por intermédio dessa modalidade de processo administrativo destinado à realização das compras públicas, o Estado protege os interesses públicos em jogo; oferece oportunidades iguais a todos os interessados que queiram com ele contratar, mediante a precisa determinação do objeto licitado, a fixação de regras claras de concorrência e julgamento das propostas; além dos cuidados com a probidade administrativa, por intermédio da definição de sanções aplicáveis em razão da prática de infrações civis, penais e administrativas para os casos de fraudes cometidas contra o processo licitatório ou o contrato administrativo. Como diz Bandeira de Mello (2023, p. 413), “atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos

interesses públicos e governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa”.

Nessa terceira perspectiva, é de amplo conhecimento de todos que o sistema brasileiro de responsabilização está baseado essencialmente em três esferas: a civil, a penal e a administrativa. No que se refere à responsabilidade civil, essa normalmente se resolve mediante o pagamento de indenização do prejuízo causado a outrem. A responsabilidade penal, por sua vez, alcança as pessoas naturais em função da prática de crimes definidos na legislação penal comum ou extravagante. Já a responsabilidade administrativa se resolve mediante a aplicação de penalidades de natureza administrativa ao infrator das regras de administração determinadas em lei ou no próprio contrato administrativo.

O artigo que ora se apresenta à comunidade jurídica tem por objetivo estudar as regras sobre infrações administrativas da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou seja, a Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021), diploma que expressamente revogou parcela da antiga Lei 8.666/1993 (Brasil, 1993), mas com a qual conviverá até 29/12/2023, conforme o seu artigo 193, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 198/2023 (Brasil, 2023).

A relevância do tema é indubitosa, na medida em que existe uma complexa relação entre a prática de infrações no âmbito das licitações e contratos administrativos, decorrente da existência temporária de duas leis gerais – a 8.666 e a 14.133, que regulam diversamente seus modelos administrativos sancionatórios, ou seja, a antiga e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos divergem no tratamento do tema, o que pode impactar na segurança jurídica dos administrados. Demais disso, a Lei 14.133/2021 define infrações administrativas tipificadas como atos lesivos da Lei 12.846/2013 (Brasil, 2013), sem falar da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que também reserva sanções administrativas e civis para ilícitos licitatórios.

Esse verdadeiro imbróglio legislativo produz insegurança jurídica e o perigo do excesso punitivo, gerador, em alguns casos, de verdadeiro *bis in idem*, o que não pode ser admitido.

O objeto e o questionamento central do artigo residem na relação entre as infrações e sanções administrativas da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Em outras palavras: infrações administrativas

licitatórias e atos lesivos relativos a licitações e contratos. A partir dessa central questão, naturalmente, surgiram durante a pesquisa questões secundárias – mas não menos importantes –, relacionadas às infrações da velha e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou, ainda, do conflito existente no próprio interior das infrações administrativas licitatórias, haja vista uma complexa equiparação que o legislador expressamente fez entre infração e ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, problemas esses não estritamente normativos ou teóricos, mas reais, que podem ocorrer no mundo dos fatos e atingir pessoas, posto que atentatórios a direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial à segurança jurídica dos cidadãos administrados, sujeitos à uma aparente multiplicidade de punições de mesma natureza. Em outras palavras, o que está em jogo é a “eficácia da segurança jurídica” (ÁVILA, 2016, p. 649).

Também é preciso dizer que o artigo não se propõe a cuidar de todo o regime sancionatório relacionado aos ilícitos licitatórios (improbidade administrativa, crimes licitatórios ou crimes de responsabilidade), porquanto essa tarefa ultrapassaria, em muito, os intransponíveis limites formais (20 páginas) desse trabalho científico, que ora se apresenta a esse evento acadêmico do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

De outra parte, registre-se a enorme dificuldade da pesquisa de artigos e livros que tratam do tema e dos problemas apurados, haja vista o pouco tempo de vigência da Lei 14.133/2021, ainda não visitada com profundidade pelos doutrinadores ou pelos tribunais, posto o curtíssimo período para a produção de obras acadêmicas verticalizadas e maduras, além da absoluta ausência de julgados específicos sobre a matéria, carências que não podem ser atribuídas à uma pesquisa ineficiente, mas à própria realidade.

O trabalho, representativo de esforço de interpretação gramatical, analítica, sistêmica, finalística e constitucional (BARROSO, 1996; SILVA, 2014), levado a efeito mediante o uso do método dedutivo, parece satisfatório para, ao menos, se iniciar os estudos das complexas relações entre as infrações licitatórias da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos concernentes às licitações e aos contratos administrativos definidos na Lei 12.846/2013, consoante as respostas desenvolvidas no corpo do trabalho e sintetizadas, ao final, nas conclusões.

2. A discrepância entre os regimes de infrações administrativas da Lei 8.666/1993 e o previsto na Lei 14.133/2021

O primeiro problema que se constata ao cotejar a Lei 8.666/1993 e a Lei 14.133/2021, ambas em vigor até o final do ano de 2023,¹ reside na assimetria de seus respectivos modelos infracionais administrativos. O segundo problema, que será tratado oportunamente, diz respeito à relação entre o regime de infrações administrativas da Lei 14.133 e a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/1993.

Começando pela assimetria dos regimes infracionais, se observa que a Lei 8.666 prevê em seu Capítulo IV, Seção II, intitulado “Das sanções administrativas”, o seu regime de infrações e sanções administrativas, composto pelos artigos 86, 87 e 88, em especial os artigos 86 e 87, que definem os ilícitos. Por outro lado, o título IV da Lei 14133, denominado “Das Irregularidades”, é composto de três capítulos, sendo o primeiro cognominado “Das Infrações e Sanções Administrativas”, no qual estão contidos os artigos 155 a 163, com ênfase no artigo 155, que se refere à definição das infrações administrativas, consoante o quadro comparativo que ora se apresenta, essencial para o cotejo analítico desses dois conjuntos normativos, ambos em vigor, e cuja precisa compreensão é o primeiro passo para a equação do conflito entre eles. Vejamos:

Artigos 86 e 87 da Lei 8.666/1993	Artigo 155 da Lei 14.133/2021
Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. ²	Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...). ³	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;

¹ Segundo a nova redação do artigo 193, inciso II, letra “a”, definida pela Lei Complementar 198/2023, a Lei 8.666/1993 será revogada no dia 30/12/2023, ou seja, ela produzirá efeitos até o dia 29. Do dia 30 em diante ter-se-á apenas uma Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 14.133.

² Os parágrafos desse artigo 86 cuidam do regime da multa de mora:

Art. 86. (...).

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

³ As sanções são as seguintes:

Art. 87 (...):

	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.
--	--

A olhos vistos, o número de infrações administrativas na Lei 14.133, que prevê 12 (doze) tipos infracionais, é muito superior àquele da Lei 8.666, que estipula apenas 2 (duas) infrações administrativas: atraso injustificado e inexecução total ou parcial do contrato administrativo. Aliás, o próprio atraso injustificado é forma de inexecução, sendo provável o destaque daquela modalidade do gênero inexecução contratual, por tratar-se de infração mais leve, sujeita somente à multa de mora.

O que se nota, porém, é que os incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 tratam, essencialmente, de infrações relacionadas ao descumprimento do contrato administrativo, algo contido nos citados artigos 86 e 87. O inciso VI do artigo 155 tipifica situação que antecede a regular formação do contrato administrativo, embora encerrado o procedimento licitatório. Sinteticamente, esses incisos estão relacionados ao contrato administrativo.

Em outros termos, o que os aludidos artigos 86 e 87 definiram sucintamente como infração administrativa – “inexecução do contrato administrativo” –, os incisos I, II, III,

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

V e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 fizeram-no com maiores detalhes, estipulando com maior precisão os casos de inexecução parcial ou total dessa modalidade de contrato da Administração Pública.

Já os incisos IV e IX, X e XI do artigo 155 definem comportamentos ilícitos relacionados ao processo licitatório. O inciso VIII cuida do uso de declaração ou documento falso no processo licitatório ou durante a fase de execução do contrato administrativo. Resumidamente, os referidos incisos contêm tipos administrativos ou infrações administrativas que não encontravam previsão na Lei 8.666/1993.

O inciso XII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 também inova, ao equiparar os atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção a ilícitos administrativos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A discrepância entre as Lei sob análise é evidente.

Como demonstrado, a trintenária Lei, em vigor até 29.12.2023, diferentemente da Lei 14.133/2021, não definiu como ilícitos administrativos as fraudes incidentes nos processos licitatórios concorrenciais, de dispensa ou de inexigibilidade, bem como o uso de documento falso nesses processos ou nos contratos administrativos, comportamentos ilegais que a Lei 8.666 definiu, em seu próprio corpo, como crimes licitatórios, revogados pela Lei 14.133/2021.⁴

Além disso, a Lei 8.666 igualmente não tipificou como infração administrativa os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, definidos no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Quanto a esse aspecto, é bom lembrar que a Lei Anticorrupção surgiu 20 anos depois da Lei de 1993.

Posto isso, é necessário se investigar a relação entre os respectivos regimes infracionais dessas duas Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, visando-se definir esse conflito, na medida em que o administrado não pode ser alcançado pelos dois diplomas concomitantemente, sob pena de *bis in idem*, ou por um desses diplomas legais aleatoriamente escolhido pela autoridade administrativa.

3. As regras da Lei 8.666, que definem infrações administrativas, ainda vigoram?

⁴ Os revogados artigos 89 a 108 da lei 8.666 dizem respeito aos crimes licitatórios, que foram reformados e transferidos para o Código Penal (Brasil, 1940), em um novo capítulo, o Capítulo II-B, do Título XI, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”.

A questão que se apresenta na relação entre as Leis 8.666/1993 e a 14.133/2021, diz respeito à incidência ou não do modelo de infrações administrativas da Lei de 1993, concomitantemente com o sistema de infrações de mesma natureza da Lei de 2021, pois, como sabido, até o final do ano de 2023 o Brasil terá duas Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, fugindo à tradição normalmente incidente de que a lei nova revoga a anterior, quando de mesma hierarquia e tratando do mesmo assunto. A importância dessa distinção é essencial para que o administrado conheça exatamente o modelo sancionatório que a ordem jurídica lhe reserva, levando-se “em consideração o universo da legalidade vigente” (OTERO, 2022, p. 213), no reconhecimento do Direito como sistema.

Com efeito, a Lei 14.133/2021, publicada no Diário Oficial da União no dia 1º/04/2021, estipulou que a derrogação da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos e da Lei 10.520/2002 ocorreria após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação, ou seja, o dia 1º/04/2023. O corre que o referido prazo de 2 (dois) anos para a derrogação da trintenária Lei de Licitações e Contratos Administrativos e da Lei do Pregão, foi alterado pela Lei Complementar 198/2023, que estendeu esse prazo até o dia 29/12/2023, inclusive.⁵

Durante esse período (1º/04/2021 a 29/12/2023), a nova e a velha Lei de Licitações e Contratos Administrativos conviverão no sistema jurídico, definindo-se que a opção pela utilização de uma ou outra Lei durante esse tempo constitui atribuição discricionária da autoridade administrativa competente, que há de registrar a opção escolhida expressamente no edital ou no ato autorizativo da contratação direta, lógica igualmente aplicada à Lei que instituiu o pregão, a Lei 10.520/2002 (Brasil, 2002).

Portanto, até o final do ano de 2023 as licitações realizadas em conformidade com a Lei 8.666 continuarão regidas por esse diploma legal, inclusive no que diz respeito aos respectivos contratos administrativos e às infrações administrativas definidas e regulas na Lei de 1993.

Essa parece ser a solução correta para se “eliminar a antinomia” (BOBBIO, 2010, p. 241-242) consistente no aparente conflito entre as aludidas Leis, posto que a Lei

⁵ Segundo a nova redação do artigo 193, inciso II, letra “a”, definida pela aludida Lei, a Lei 8.666/1993 será revogada no dia 30/12/2023, ou seja, ela produzirá efeitos até o dia 29. Do dia 30 em diante ter-se-á apenas uma Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 14.133.

14.133/2021 haverá de conviver com a Lei 8.666 – além da Lei 10.520/2002 – até o final do ano de 2023, mais precisamente, até 29 de dezembro, sem se olvidar da hipótese de incidência dos efeitos da Lei de 1993 para os contratos celebrados sob a sua égide, após o referido marco temporal.

Encerrada a análise comparativa das Leis 8.666 e 14.133, inicia-se, na sequência, a investigação sobre a correlação entre as infrações contidas na Lei 14.133/2021 e os atos lesivos definidos na Lei 12.846/2013, problema ainda maior, inclusive e especialmente porque Lei Anticorrupção é capaz de atingir com maior gravidade as pessoas envolvidas, em especial as pessoas jurídicas, cuja importância econômica e a sua função social não podem ser ignoradas (artigo 170, III, CF).

4. A “inexecução total ou parcial do contrato administrativo” e o artigo 5º da Lei 12.846/2013

Primeiramente, tem-se por objetivo esclarecer, nesse tópico, se a inexecução do contrato administrativo (incisos I, II, III, V, VI e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021) é também ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, o que motiva a seguinte pergunta: o artigo 5º da Lei Anticorrupção prevê como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, a “inexecução total ou parcial do contrato administrativo”?

Com efeito, saber se as hipóteses previstas nos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 similarmente constituem atos lesivos relacionados aos contratos administrativos, ilícitos previstos especificamente no inciso IV do artigo 5º da Lei 12.846/2013 (BERTONCINI *et al.*, 2015, p. 175-194) é essencial, posto que a solução dessa dúvida permite definir a natureza e o alcance das infrações administrativas previstas na Lei 14.133, bem como a autonomia, ainda que parcial, do processo administrativo sancionador previsto nessa Lei de Licitações e Contratos Administrativos relativamente aos processos administrativos e judicial da Lei Anticorrupção.

Novamente, se faz necessária a analítica comparação entre os tipos previstos nessas duas Leis:

Incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021	Inciso IV do artigo 5º da Lei 12.846/2013
Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato;	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.

<p>II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;</p> <p>III - dar causa à inexecução total do contrato;</p> <p>(...)</p> <p>V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;</p> <p>(...)</p> <p>VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;</p> <p>(...).</p>	<p>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:</p> <p>(...)</p> <p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <p>(...)</p> <p>d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;</p> <p>(...)</p> <p>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</p> <p>g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;</p> <p>(...).</p>
---	--

Ao se comparar os apontados incisos do artigo 155 da Lei 14.133/2021, com as alíneas “d”, “f” e “g” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, percebe-se que há uma grande diferença entre as infrações administrativas licitatórias e os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, relacionados ao contrato administrativo. Enquanto no primeiro caso o que se tem, verdadeiramente, é a inexecução total ou parcial do contrato administrativo, de modo a se considerar o descumprimento da avença, das cláusulas contratuais, à condição de infração administrativa, haja vista os reflexos que essa frustração, ainda que parcial, têm na consecução do interesse público almejado pela Administração Pública naquele contrato e no antecedente procedimento licitatório, o que se tem na Lei Anticorrupção é coisa diversa, a fraude ao contrato administrativo, verbo presente nas três alíneas do inciso IV do artigo 5º, elemento essencial para a caracterização de ato lesivo à Administração Pública, no tocante aos contratos.

Diferentemente, em nenhum dos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 houve referência ao verbo “fraudar” ou à expressão “de modo fraudulento”, do que se pode concluir não haver confusão ou identidade entre essas duas modalidades de ilícitos: as infrações administrativas relativas a contratos administrativos previstas no artigo 155 da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, referentes às fraudes incidentes sobre o contrato administrativo decorrente de licitação ou de procedimento licitatório de dispensa ou inexigibilidade, tipificados na Lei 12.846/2013.

O verbo “fraudar” ou a expressão “de modo fraudulento” são elementos fundamentais dos tipos de ato infracional previstos nas alíneas “d”, “f” e “g” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, distinguindo-os das meras infrações administrativas previstas nos aludidos incisos I, II, III, V e VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021, desprovidos do verbo e da expressão detectados na Lei 12.846/2013, verdadeiros *discrímen* capazes de apontar qual diploma deve ser aplicado no caso concreto. Se o agente “fraudar” ou agir de “modo fraudulento” incide a Lei Anticorrupção; caso contrário, tratar-se-á de infração administrativa, punida com menor gravidade.

Há, portanto, autonomia entre esses específicos ilícitos, o que se reflete no âmbito do processo respectivo. Enquanto para as hipóteses em comento do artigo 155 ter-se-á exclusivamente o processo administrativo regulado pela Lei 14.133/2021, os atos lesivos relacionados a contratos administrativos seguirão curso e lógica diversa, ou seja, a de um processo administrativo e um processo judicial, conforme preceitua a Lei 12.846/2013, por intermédio dos quais serão aplicadas as sanções correspondentes previstas nos artigos 6º e 19 dessa Lei.

O problema, no entanto, continua.

5. O inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Parece essencial responder-se nesse instante a seguinte indagação: como se deve proceder na hipótese do inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. De fato, o inciso XII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 tipifica como infração administrativa “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

Essa escolha do legislador tem implicações inconvenientes que necessitam ser superadas. O primeiro problema consiste na confusão que a definição do ato lesivo como infração administrativa produz, posto dar a impressão de que a previsão desse comportamento ilícito na Lei de Licitações e Contratos Administrativos é capaz de alterar a natureza jurídica dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. A segunda questão diz respeito à confusão de regimes jurídicos a que estão sujeitas essas distintas modalidades de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente processual, apesar de evidentes pontos de contato entre a responsabilidade por infração administrativa licitatória e a responsabilidade pela prática de ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, especialmente no que tange a licitações e

contratos (artigo 5º, inciso IV, da Lei 12.846/2013). E o terceiro problema refere-se à possibilidade de excesso punitivo, posto que o inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos dá ao intérprete e aplicador menos avisado a impressão de que as sanções da Lei 14.133/2021 e 12.846/2013 podem ser somadas.

A confusão promovida pelo inciso XII do artigo 155 é clara, pois a equiparação promovida com os ilícitos previstos na Lei Anticorrupção gera a impressão de que a Lei 14.133/2021 mudou a natureza jurídica dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, o que não parece adequado.

A Lei 12.846/2013, lei especial produzida pelo Congresso Nacional para cumprir com o compromisso assumido na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto 3.678/2000 (Brasil, 2000), cujo objetivo foi o de dar uma resposta adequado à questão da “Responsabilidade de Pessoas Jurídicas”, relativamente à prática de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, conforme disposto no Artigo 2 dessa Convenção internalizada pelo Brasil, *verbis*: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”.

Essa Convenção, igualmente, teve como consequência, a edição da Lei 10.467/2002, que promoveu alterações no Código Penal, para lhe acrescentar o Capítulo II-A ao Título XI, tipificando os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, ou seja, a corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B) e o tráfico de influência em transação comercial internacional (artigo 337-D), além da definição do conceito de funcionário público estrangeiro (artigo 337-D).

Em outras palavras, a Lei Anticorrupção integra um sistema punitivo voltado ao combate da corrupção no plano internacional, em conjunto com o Código Penal, ficando aquela encarregada de sancionar a pessoa jurídica pela prática da corrupção, e este incumbido de punir a pessoa natural, o funcionário público estrangeiro, pelo mesmo ilícito, na medida em que os princípios jurídicos que informam a estrutura do Direito Penal brasileiro não admitem a punição penal da pessoa jurídica, ressalvado o crime ambiental. Esse sistema, que também inclui a corrupção praticada no âmbito nacional,

continua hígido, de maneira que a equiparação promovida pela Lei 14.133/2021 em nada altera a natureza jurídica dos atos lesivos contidos na Lei especial.

A confusão de regimes jurídicos que os operadores do Direito poderão incidir parece evidente, posto que essas distintas modalidades de responsabilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro – infrações administrativas licitatórias e atos lesivos –, estão sujeitas a regras próprias materiais e processuais, apesar de pontos de contato entre esses regimes, como é o caso dos próprios atos lesivos do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção, que cuida exatamente das fraudes relativas a licitações e contratos administrativos.⁶

Essa distinção de regimes, se evidencia na própria Lei 14.133/2021, que estabelece em seu artigo 159:

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.

Ora, se é a Lei 12.846/2013 que dita a apuração e o julgamento das infrações equiparadas a atos lesivos, qual a utilidade do artigo 155, inciso XII?

A resposta, novamente, é encontrada na Lei 14.133/2021, em seu artigo 156, § 5º, ou seja, a aplicação da penalidade de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos”,⁷ não prevista na Lei

⁶ 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;

⁷ Art. 156, § 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá

Anticorrupção. A rigor, no lugar do inciso XII do artigo 155, o legislador poderia ter alterado a Lei 12.846/2013, acrescentando-lhe essa sanção administrativa.

Como acima mencionado, o terceiro problema refere-se à concreta possibilidade do cometimento de excesso punitivo, posto que o inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativas dá a impressão, a ideia à autoridade administrativa menos avisada, que as sanções da Lei 14.133/2021⁸ e da 12.846/2013⁹ podem ser somadas, o que não é correto, como visto. Com efeito, ao se equiparar os atos lesivos à uma modalidade de infração administrativa, cria-se a possibilidade dessa desnecessária confusão, que apenas expõe o administrado a um comportamento arbitrário da Administração Pública, em detrimento da segurança jurídica do cidadão e da empresa, direito fundamental de primeira dimensão garantido pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, o que é inaceitável, haja vista o “princípio da supremacia da Constituição” (BARROSO, 1996, p. 150-160).

Consoante demonstrado acima, o objetivo do reconhecimento dos atos lesivos à administração pública como infração administrativa, foi apenas o de permitir a aplicação da sanção de “inidoneidade de licitar e contratar”, o que na prática se dará no processo administrativo instaurado e regulado com base na Lei 12.846/2013, em conformidade

o responsável 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 6 (seis) anos.

⁸ Lei 14.133/2021

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.

⁹ Lei 12.846/2013

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

com o que dispõe o artigo 159 da Lei 14.133/2021, de acordo com o anteriormente asseverado.

6. Qual a natureza dos ilícitos tipificados nos incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021?

Até este momento, a pesquisa esforçou-se em demonstrar a distinção entre infrações administrativas, essencialmente relacionadas à licitação e, em especial, ao contrato administrativo, e, de outro lado, os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, regidos por lei própria, fruto da Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionário Público Estrangeiro em Transação Comercial Internacional, e ligada diretamente ao Código Penal. Isto é, a Lei Anticorrupção direcionada a sancionar a pessoa jurídica e o Código Penal tendente a punir as pessoas naturais dolosamente envolvidas em casos de corrupção.

Os atos lesivos, marcadamente timbrados pela corrupção e fraude – *discrímen* essencial, como visto – sujeitando-se a regime jurídico próprio, enquanto as infrações administrativas, destituídas desse elemento diferenciador, submetidas a sanções diversas e a um processo administrativo próprio, determinados na Lei 14.133/2021.

Constatou-se que os incisos I a VII do artigo 155 da Lei 14.133/2021 definiram as infrações administrativas relacionadas à inexecução total ou parcial do contrato administrativo, enquanto o inciso XII elegeu como infrações administrativas os atos lesivos definidos no artigo 5º da Lei 12.846/2013, o que não alterou a natureza desses últimos.

A questão que se coloca é a seguintes: e quanto aos demais incisos, ou seja, os incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021, eles seguem a mesma natureza dos incisos I a VII ou são atos lesivos conforme o inciso XII?

A indagação é importante, posto que se os comportamentos constantes dos incisos VIII, IX, X e XI forem infrações administrativas, a eles aplicam-se as regras materiais e processuais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, enquanto que, se possuírem a mesma natureza dos atos lesivos, receberão o correspondente tratamento desses, seja no plano substantivo – responsabilidade objetiva, p. ex. – e adjetivo – sujeição à um modelo processual completamente diverso –, conforme preconizado na Lei 12.846/2013.

Como afirmado inicialmente, não se trata de um mero problema teórico, haja vista as implicações práticas que isso representa para os administrados, especialmente para as pessoas jurídicas, para as empresas, que, inclusive, podem ser extintas com base na Lei Anticorrupção, consoante o seu artigo 19.¹⁰ algo inexistente no plano das sanções administrativas da Lei 14.133/2021, previstas em seu artigo 156 (BRASIL, 2021).¹¹

Verdadeiramente, a carga sancionatória da Lei Anticorrupção é muito mais grave do que a prevista na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que exige muito cuidado do intérprete e do aplicador do Direito, pois, como ensina Ávila (2016, p. 649), a partir da lição de Gustav Radbruch, “a segurança jurídica não é o único nem o decisivo valor que o Direito deve realizar. Junto com a segurança jurídica entram dois outros valores: conformidade a fins e Justiça”.

Novamente, o cotejo analítico entre dispositivos legais, nesse momento os aludidos incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021 e os atos lesivos do artigo 5º da Lei 12.846/2013, se apresenta necessário, para que o processo interpretativo e futuramente pragmático se dê com segurança, conformidade e Justiça:

Incisos VIII, IX, X e XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021	Alíneas “d”, “f” e “g”, do inciso IV do artigo 5º da Lei 12.846/2013
<p>Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:</p> <p>(...)</p> <p>VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;</p> <p>IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;</p> <p>X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;</p> <p>XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;</p>	<p>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:</p> <p>(...)</p> <p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <p>(...)</p> <p>d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;</p> <p>(...)</p> <p>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</p> <p>g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;</p> <p>(...).</p>

¹⁰ Vide nota de rodapé nº 9.

¹¹ Vide nota de rodapé nº 8.

O que se nota, inicialmente, é que os incisos IX e X do artigo 155 são marcados pelo verbo “fraudar” ou pelo substantivo “fraude”, encontrando-se as infrações descritas nesses incisos contidos na modalidade de ato lesivo definida na letra “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção. Em outras palavras, os incisos IX e X do artigo 155 são dotados do *discrimen* responsável pela caracterização de tais comportamentos como atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, e conseqüentemente sujeitando a pessoa jurídica às graves sanções da Lei Anticorrupção, jamais aos dois sistemas punitivos, haja vista a proibição do *bis in idem*.

Essa lógica interpretativa também se aplica aos incisos VIII e XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021?

Começando pelo inciso XI, apesar desse tipo de não utilizar o substantivo “fraude” ou o verbo “fraudar”, o comportamento de “praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação” não é um mero ilícito administrativo, restrito a essa esfera, mas crime em matéria de licitações e contratos administrativos, previsto no artigo 337-F do Código Penal, intitulado “frustração do caráter competitivo de licitação”.¹² Em outros termos, também uma fraude à licitação, um ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira.

O mesmo raciocínio parece aplicável ao inciso VIII, porque a apresentação de declaração ou documento falso é também crime, o tipo penal de “uso de documento falso”, previsto no artigo 304 do Código Penal, estratégia naturalmente utilizado para “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” (letra “d” do inciso IV do artigo 5º), ou para obter vantagem ou benefício indevido (letra “f”) ou ainda para “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro” do contrato celebrado (letra “g”).

Em síntese, os incisos VIII a XI do artigo 155 da Lei 14.133/2021, em última análise, possuem a mesma natureza dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, no tocante a licitações ou contratos, e por isso sujeitam-se ao regime jurídico

¹² Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)
Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

preconizado na Lei 12.846/2013 e não ao definido na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Para esses casos, novamente, ter-se-á de aplicar o artigo 159 da Lei 14.133/2021 anteriormente explicado, seguindo os referidos incisos VIII, IX, X e XI a mesma sorte do inciso XII do artigo 155 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

7. Conclusão

O artigo parece ter alcançado o seu objetivo: conhecer as infrações administrativas previstas na Lei 8.666/1993 e aquelas de mesma natureza da Lei 14.133/2021, cujos regimes infracionais conviverão até o dia 29.12.2023, posto que a partir do dia 30 de dezembro do corrente ano vigorará exclusivamente a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que importa dizer que a partir dessa data, as novas licitações e contratos correspondentes seguirão o novo modelo.

Por outro lado, a pesquisa demonstrou a real natureza jurídica do rol de infrações do artigo 155 da Lei 14.133/2021. Como visto, são verdadeiras infrações administrativas os tipos definidos nos seus incisos I a VII.

Diversamente, os ilícitos definidos nos incisos VIII a XII possuem natureza diversa, posto tipificarem comportamentos definidos no artigo 5º da Lei 12.846/2013, e por isso sujeitando-se ao mesmo tratamento dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, por força do que dispõe, aliás, a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos em seu artigo 159.

A repercussão dessa diferença é muito grande, porquanto a sujeição à Lei Anticorrupção impõe tratamento muito mais grave aos envolvidos, inclusive com reflexos penais para as pessoas físicas como demonstrado, o que exige dos agentes públicos envolvidos na investigação e processamento desses casos um especial cuidado, fazendo a necessária distinção quanto ao regime jurídico aplicável, para se evitar o *bis in idem* e agir com respeito à segurança jurídica dos administrados, para fazer Justiça.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Lei 14.133/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Lei 8.666/1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Medida Provisória 1.167/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Lei 10.520/2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Decreto 3.678/2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm Acesso em: 23.04.2023.

BRASIL. Lei Complementar 198/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2 Acesso em: 15.08.2023.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus; SANTOS, José Anacleto Abduch; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito, 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 21ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 36ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2022.

SILVA, José Afonso. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.