

OS INSTITUTOS DA REINCIDÊNCIA E DA REABILITAÇÃO NO PROCESSO SANCIONADOR

Carmen Iêda Carneiro Boaventura¹

Viviane Mafissoni²

INTRODUÇÃO. 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 3. INFRAÇÕES E SANÇÕES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. 4. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO PROCESSO SANCIONADOR. 5. O PROCEDIMENTO DE REABILITAÇÃO 5.1 O INSTITUTO DA REABILITAÇÃO NO DECRETO Nº 10.086/2021 DO GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. 6. CONCLUSÃO

Resumo: Em que pese uma evolução do procedimento e a regulamentação de diversos institutos antes não tratados, no que se refere ao processo sancionador na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC, existe a necessidade de produzir debates e regulamentos para aprimorar o processo de aplicação de sanção. Nesse contexto, destacamos considerações e pontos relevantes sobre os institutos da reincidência e da reabilitação de licitantes e contratados.

Palavras-chave: Direito sancionador. Reincidência. Reabilitação. NLLC.

Introdução

A nova lei de licitações e contratos administrativos – a Lei nº 14.133/2021, trouxe expressamente no Capítulo I - das infrações e sanções administrativas, nos artigos 155 a 163, diversas disposições e regras atinentes às sanções em espécie e ao processo administrativo sancionador.

Ainda que a nova legislação traga mais consistência nas previsões normativas, ela acaba por incorporar o que a jurisprudência já vinha decidindo. Válido salientar, no entanto, que alguns dispositivos ou institutos previstos ainda estão pendentes de debates mais robustos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

¹ Advogada. Consultora em Licitações e Contratos Administrativos desde 2010. Pós graduada em Direito Administrativo e Pós graduada em Licitações e Contratos Administrativos. Especialista em Licitações na Effecti Tecnologia Web. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos da OAB/Bahia. Instrutora de treinamentos *in company*, palestrante, autora de diversos artigos jurídicos sob o tema licitações e contratos e idealizadora do perfil @direitosdolicitante no Instagram.

² Advogada; Especialista em Direito Público; Servidora pública do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul desde 2010, em exercício como Chefe de Serviço de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, vinculada ao Ministério da Educação. Autora de artigos e palestrante sobre temas que envolvem compras públicas.

Nesse sentido, no cenário do processo administrativo sancionador, temos os institutos da reincidência e da reabilitação. Ainda que a reabilitação já esteja normatizada na Lei nº 8.666/93, de forma sutil, a reincidência no processo sancionador apenas era prevista em normas de dosimetria no momento de regulamentação do processo de aplicação de penalidades pelos órgãos e entidades.

Portanto, com o objetivo de esclarecer um pouco mais estes temas que envolvem a reincidência e a reabilitação, sem, no entanto, o objetivo de esgotar e de fazer valer as opiniões aqui expressadas, trataremos nessa resenha sobre os principais aspectos dos institutos, pontos de reflexão, bem como sobre as principais dúvidas que os permeiam.

2. Considerações gerais sobre o direito administrativo sancionador

A priori, antes de tratar especificamente sobre os institutos da reincidência e da reabilitação, é importante salientar que a Lei nº 8.666/93 apenas previa o sancionamento de forma expressa nos casos de inexecução total ou parcial do contrato. Não havia menção, portanto, à aplicabilidade de sanção administrativa aos licitantes, como prevê a Lei nº 14.133/2021 - NLLC: *Art.155 “O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações(...)”*.

Ronny Charles³ menciona, inclusive, que o direito administrativo sancionador de licitantes e contratados vem evoluindo aos longos dos anos, desde a legislação e jurisprudência até a doutrina. Se identificarmos as previsões ainda da Lei nº 8.666/1993, percebemos uma referência de análise de condutas irregulares apenas na parte da contratação. Já na Lei nº 10.520/2002, avançou-se no sentido de trazer a descrição das infrações e não só na seara da relação contratual, mas também da fase do procedimento licitatório. Nesse aspecto, a NLLC absorveu o melhor dos diplomas em referência.⁴

É notório que o direito administrativo sancionador ainda é tema pouco explorado pela doutrina. Contudo, órgãos de controle e suas jurisprudências têm imposto uma atuação mais efetiva do gestor público na prevenção e combate à corrupção em licitações e contratos e na

³ Torres, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas – 12. Ed.rev., ampl. e atual.* – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021. Fl. 754/755.

⁴ “A Lei nº 14.133/2021 absorveu características interessantes de ambos os diplomas, estabelecendo um regime jurídico sancionatório que mescla dos dois anteriores e apresenta ainda alguns avanços.” (Torres, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas – 12. Ed.rev., ampl. e atual.* – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021. Fl. 755.)

obrigatoriedade de apuração de infrações administrativas em contratações, exigindo ações que objetivem resultados concretos na gestão de riscos da política de compra pública. Os regramentos normativos também vêm evoluindo. A exemplo da NLLC que, como já destacado, tem tratado da matéria de forma bem mais ampla do que as normas vigentes, do mesmo modo que os regramentos específicos sobre o procedimento sancionador de órgãos e entidades no país.⁵

O tema em destaque é considerável instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal. Entretanto, tem sido difícil encontrar uma conceituação do próprio termo na doutrina em geral. Nas palavras de Francisco Zardo, é a teoria que se dedica ao estudo dos princípios e das regras que incidem sobre a infração administrativa que irá se consumir a partir de uma apuração em processo administrativo⁶, sendo que esses princípios e regram emanam diretamente da Constituição Federal (art. 5º). Ou seja, o que a conceituação nos traz são os principais pilares do direito administrativo sancionador, quais sejam: a legalidade, a infração administrativa, os princípios e o processo administrativo apuratório.

Ainda voltado ao contexto conceitual é importante trazer para consideração a decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, RMS 24559/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que deu destaque informando: os mesmos princípios, garantias e normas do direito processual penal se aplicam ao direito administrativo sancionador⁷.

E segue Francisco Zardo:

Ocorre que, embora tais valores tenham sido plasmados no campo do direito penal, eles não lhe são excluídos. Como ensina Alejandro Nieto, “a potestade administrativa sancionadora, assim como a potestade penal dos juízes e tribunais, forma parte de um

⁵ Como exemplo a Instrução Normativa nº2, de 04 de janeiro de 2019, que dispõe sobre o rito de aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666 de 21 de junho de 1.993, 10.520 de 17 de julho de 2.002 e 12.462 de 04 de agosto de 2.011, instituindo o rito procedimental conexo ao Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade - PAAR das infrações praticadas por fornecedores, na fase licitatória e/ou contratual, no âmbito deste Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/58029901

⁶ “O direito administrativo sancionador é o ramo do direito administrativo que disciplina a aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o direito administrativo sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.” (ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção* (Lei 12.846/2013). 1ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. Pg. 37/38.)

⁷ Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. (STJ - RMS: 24559 PR 2007/0165377-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010).

genérico *ius puniendi* do Estado, que é único ainda que logo se subdivida nestas duas manifestações.”. Portanto, os princípios e regras ditos de direito penal e que incidam sobre o direito administrativo sancionador são, a rigor, normas comuns ao direito punitivo do Estado, que se manifesta sob duas formas.

Importante destacar que a interpretação deve ser mais limitada no sentido de não identificar que os princípios e regras do direito penal se aplicam igualmente no direito administrativo sancionador. São eles basilares da interpretação.

Portanto, observa-se que tanto a doutrina como a jurisprudência fazem crescer o debate sobre a matéria. Claro que isso não passa de um reflexo sobre uma Lei geral de licitações que apenas trata(va) do tema em 1 (um) artigo, no qual não havia sequer uma previsão de quais seriam as infrações administrativas, assim como não destaca(va) regras procedimentais para condução do sancionamento por parte dos gestores⁸.

Contudo, o contexto normativo restou alterado e a Lei nº 14.133/2021 traz um regime mais sólido em relação ao processo de aplicação de penalidades, conforme veremos no próximo ponto.

3. Infrações e Sanções na Nova Lei de Licitações e Contratos

A Lei nº 14.133/2021 estabelece no título IV, nos artigos 155 a 163, o regramento relativo às infrações e sanções administrativas nas licitações e contratos regidos sob a égide deste novo diploma normativo. A nova lei de licitações reúne o conteúdo disposto nas Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002, e ainda acresce novas regras em sua disciplina normativa.

O art. 155 inicia trazendo as infrações administrativas, com um rol de condutas que podem ensejar a instauração de procedimento administrativo de responsabilização e eventual aplicação de sanção administrativa por parte da Administração Pública. Frise-se que, a Administração Pública possui o poder-dever de aplicar sanções administrativas, decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado bem como da existência de cláusulas exorbitantes, característica presente nos contratos administrativos.

⁸ Neste ponto é importante destacar que, na data da publicação deste artigo, a Lei nº 8.666/93 ainda está vigente.

Destaque-se por oportuno, dois aspectos atinentes às sanções administrativas: o primeiro – quando verificada a infração contratual a Administração Pública necessariamente deve apurar o fato ocorrido, não sendo portanto, um ato de discricionariedade ou faculdade conferida ao agente público; o segundo – a Administração tem o poder-dever de apurar as condutas para eventual aplicação de sanção, mas não necessariamente aplica-la em todas as situações, pois pode ser que, ao final do processo de responsabilização, a empresa possa ter incidido, por exemplo, em uma das hipóteses excludentes de culpabilidade.

Nas palavras de Anderson Pedra⁹:

O dever da Administração é de instaurar um devido processo administrativo para apurar o que ocorreu, e depois de toda análise dos elementos, diretos e indiretos (sustentabilidade social, v.g.), envolvidos no caso, após o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo licitante/contratado, decidir pela (in) aplicação de sanção proporcional. A Administração não tem o dever de punir, tem o dever de apurar e motivar sua decisão, trazendo todos os motivos que ensejaram sua decisão! (Grifo nosso)

Assim, é oportuno sinalizar que a Administração não tem o dever de aplicar uma sanção - a obrigação se refere à instauração de procedimento administrativo para apurar a conduta praticada. Além disso, exsurge o dever de motivar sua decisão, elencando todos os motivos e justificativas que ensejaram o ato administrativo, além de oportunizar ampla defesa e contraditório para que as empresas possam também demonstrar as razões que ensejaram a prática de determinado ato.

A descrição das infrações administrativas já no primeiro artigo que trata sobre a matéria é um avanço em relação aos regulamentos vigentes, pois não são previstas infrações na Lei nº 8.666/1993. Já nos art. 7º da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e art. 47 da Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011) vem, de forma tímida, vinculada aos procedimentos que regem.

⁹ PEDRA, Anderson Sant´Ana. Sanções Administrativas nas contratações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p.259.

Sobre as espécies sancionatórias, a NLLC excluiu a sanção de suspensão temporária de participação em licitações e de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos constante do art. 87, inc. III da Lei nº 8.666/1993 e manteve a advertência, a multa, o impedimento de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade (art. 156 da Lei nº 14.133/21).

Destaca a Nova Lei, ainda, a regulamentação sobre a amplitude das sanções restritivas de licitar e contratar, pacificando a divergência existente na jurisprudência sobre o tema¹⁰. Enquanto o §4º do art. 156 rege a sanção de impedimento e impede o infrator de licitar e contratar com toda a administração pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção¹¹. O §5º do mesmo artigo normatiza que a sanção de inidoneidade impedirá o responsável de licitar e contratar no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos¹².

O § 1º do art. 156 fixa aparatos para cumprir a garantia da justa punição e o devido processo legal, a partir da necessidade de análise de requisitos de proporcionalidade, observando o caso concreto, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os danos que dela se derem e a implantação ou aprimoramento de programa de integridade (normas em sua maioria já destacadas em leis esparsas, editais e jurisprudência). É um importante norteador do gestor público na instituição de regulamento próprio para a condução de processos administrativos sancionadores, em especial quanto às circunstâncias a serem consideradas atenuantes e agravantes, promovendo uma parametrização de análise das situações verificadas.

Marçal Justen Filho¹³ inclusive ensina que:

(...) o sancionamento do infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a

¹⁰ Para compreensão cito o Acórdão nº 2530/2015 do Plenário do TCU, que aborda ser a sanção de inidoneidade de amplitude em todos os entes federados, a sanção de impedimento com amplitude apenas dentro do ente sancionador e a sanção de suspensão com amplitude apenas dentro do órgão sancionador. Já a decisão em REsp nº 151567/RJ, da Segunda Turma do STJ, o Tribunal entendeu que a amplitude das sanções de inidoneidade e de suspensão seria a mesma, ou seja, no sentido de fazer valer sobre todos os entes da federação.

¹¹ Ressaltando que a Lei nº 10.520/2002 já falava neste mesmo âmbito de aplicação, contudo pelo prazo de até 5 anos.

¹² Lembrando que a Lei nº 8.666/1993 não traz prazo específico para a pena de inidoneidade, apenas destacando que a sanção é vigente enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que fosse promovida a reabilitação.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.P.849.

intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados.

Ainda, os parágrafos 2º, 3º, 4º e 5º do art. 156 trazem uma especial singularidade no sentido de vincular a infração ao tipo de sanção a se aplicar. Ou seja, expressamente conecta a infração ocorrida com a sanção a ser passível de aplicação. No caso da advertência (sanção do inc. I do caput do art. 156), apenas resta vinculada a uma infração, qual seja: relativa à conduta do inc. I do art. 155. Por conseguinte, a norma deixa de associar a sanção de multa a algum tipo determinado de infração, destacando que esta poderá ser aplicada a todas as infrações do art. 155, de forma cumulativa com as demais previstas (nos termos do § 7º do art. 156), regra já prevista na Lei nº 8.666/1993. Sobre a sanção de multa destaca a Nova Lei que não poderá ser inferior à 0,5% e nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

A Lei nº 14.133/2021 também dilata o prazo de defesa previsto na Lei nº 8.666/1993. Ou seja, faculta a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis, contado da data de sua intimação. Isso tanto para a sanção de multa, como para as sanções restritivas de licitar e contratar, contudo, não regulamenta prazo de defesa para a sanção de advertência. Situação essa passível de resolução por regulamentações específicas dos gestores, vez ser direito constitucional do interessado a oportunização do contraditório e ampla defesa em todo e qualquer processo administrativo.

Cumprir referir, ademais, a previsão pelo legislador da necessidade de análise de determinados procedimentos pelas assessorias jurídicas, uma segurança maior aos procedimentos da NLCC como um todo, vez que ampliou o controle de legalidade do órgão jurídico. Entre eles: o constante do § 6º do art. 156, que obriga, no caso de aplicação da sanção de inidoneidade, a precedida análise jurídica; o constante do art. 160, que exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração da personalidade jurídica; e, o procedimento do art. 163 (reabilitação do licitante ou contratado) que obriga a análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo, sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação previstos no ato sancionador.

Importante salientar que a sanção de declaração de inidoneidade é diferente da declaração de inidoneidade prevista na Lei Orgânica do TCU¹⁴, não configurando, portanto, violação ao princípio do *non bis in idem*, a sua aplicabilidade cumulada – no mesmo sentido é

¹⁴ Art. 46 da Lei nº 8.443 /1992. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

o Acórdão nº 300/2020 TCU – Plenário: “É legítima a aplicação pelo TCU da sanção de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8443/1992, mesmo que a Administração-contratante já tenha aplicado outra espécie de sanção”¹⁵.

Sobre a parte procedimental da aplicação e penalidades a licitantes e contratados destaca a norma, no art. 158, a necessidade de observância de determinadas regras para o processamento do licitante ou contratado, na hipótese de aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar: de instauração de processo de responsabilização; de constituição de comissão formada por no mínimo 2 servidores estáveis em caso de órgão composto por servidores estatutários ou, no caso de órgão não composto por servidores estatutários, formada de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade; de providências de intimação para manifestação do licitante ou contratado em 15 dias úteis; da oportunidade de solicitação do licitante ou contratado para produzir provas; bem como, do deferimento do pedido de produção de provas ou com provas juntadas pela comissão, proporcionar ao interessado a apresentação de alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

O §4º do art. 158 regulamenta a prescrição, que ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração. Será interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o *caput* deste artigo, suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 ou por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

Já por força do *caput* do art. 159, as infrações da Nova Lei ou previstas em normas sobre licitações e contratos, também tipificadas na Lei nº 12.846/2013, serão apuradas e julgadas conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida norma (Lei Anticorrupção).

Outra considerável inovação sobrevém da previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo sancionador. Da análise do art. 160, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada no caso desta ser utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, estendendo todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa

¹⁵ Já há entendimento nesse sentido quando se comparava a sanção de inidoneidade da Lei nº 8.666/93 com a declaração de inidoneidade da Lei orgânica do TCU. Nesse sentido, entendemos que também não há violação ao princípio do *non bis in idem* diante da declaração de inidoneidade da Lei 14.133/2021 em relação à sanção da Lei orgânica do TCU, por tratar-se de sanção distinta, com fatos geradores diferentes e instâncias também distintas. Vide Petição nº 3.606/DF AgR do STF.

jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.¹⁶ Além disso, conforme já citado, para esse procedimento a Lei exige análise jurídica prévia à decisão de desconsideração, reforçando o controle de legalidade em procedimento administrativo mais severo aos licitantes e contratados.

Regras de publicidade das sanções estão no art. 161, que obriga órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos incluírem as sanções por eles aplicadas, no prazo máximo de 15 dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, nos portais informativos: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo menciona a respeito da necessidade de regulamentação, pelo poder executivo respectivo, da forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

O art. 162 trata da multa de mora em caso de atraso injustificado da execução, frisando que poderá ser esta convertida em compensatória.

A última previsão em matéria de sanção é a do art. 163 que traz novidades em relação à reabilitação, antes pouco tratada na Lei nº 8.666/1993. O referido artigo menciona a observância de exigências cumulativas para a reabilitação, sendo a especial delas a necessidade de transcurso mínimo de 1 ano da sanção de impedimento e de 3 anos no caso da aplicação da sanção de inidoneidade. Ou seja, a reabilitação se mostra possível tanto para o caso da imposição da sanção de impedimento como para a sanção de inidoneidade, desde que se tenha cumprido, entre outros, com os prazos mínimos de sanção estipulados na norma. Por conseguinte, prevê para a utilização do instituto a obrigatoriedade de análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo sobre o cumprimento dos requisitos de reabilitação, a reparação integral do dano causado, o pagamento da multa aplicada e o cumprimento de demais condições previstas no ato punitivo (destaque especial para a obrigatoriedade de se prever no ato punitivo as condições de reabilitação).

Reforça o parágrafo único do artigo 163 que a aplicação do instituto da reabilitação para as sanções impostas pelo cometimento das infrações previstas nos incisos VIII e XII do

¹⁶ Situação essa já pacífica na jurisprudência do TCU, vejamos: “O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação”. (Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8, relator Ministro José Múcio Monteiro, 9.7.2014)

caput do art. 155 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Fora do capítulo das infrações e sanções, temos os meios de defesa em relação ao ato punitivo, quais sejam: recurso e pedido de reconsideração.

O recurso vem previsto no art. 166, destacando que da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 156 (advertência, multa e impedimento) da NLCC caberá recurso no prazo de 15 dias úteis, contado da data da intimação. E segue a norma, no parágrafo único, regulando que referido recurso será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 dias úteis, contado do recebimento dos autos. É possível perceber que neste artigo é dado prazo também para a Administração se manifestar e que está prevista a possibilidade de interposição de recurso para o caso da aplicação da sanção de advertência.

Já o pedido de reconsideração é cabível quando da aplicação da sanção prevista no inciso IV do *caput* do art. 156 desta Lei (declaração de inidoneidade), que deverá ser apresentado no prazo de 15 dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 dias úteis, contado do seu recebimento (art. 167).

Por fim, conforme art. 168, o recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente. Sobre esta decisão, há previsão de auxílio pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-lo com as informações necessárias.

4. O instituto da reincidência no processo sancionador

Conforme descrito anteriormente, o art. 156, §1º da NLCC, estabeleceu critérios de dosimetria com o objetivo de o gestor delimitar a sanção e o prazo a ser aplicado, observando, em especial, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. São eles: a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; e, a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

E, nesses termos, aplicável ao critério “agravante”, podemos encontrar o instituto da reincidência. Inclusive, sobre este mesmo assunto, é interessante destacar a previsão constante

do art. 211, inc. IV do Decreto nº 10.086¹⁷ do Governo do Estado do Paraná, que regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, que mais adiante iremos abordar.

Volvendo ao Código Penal Brasileiro, o art. 63, define a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. De acordo com as lições de Mirabete¹⁸:

(...) duas são as espécies de reincidência: a *real*, que ocorre apenas quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior, e a *ficta*, que existe com a simples condenação anterior. Foi esta a adotada por nossa legislação. (...) é indiferente se o criminoso cumpriu ou não a pena anterior.

Além disso, para o direito penal, a reincidência tem prazo. Essa conclusão é feita a partir da análise do art. 64, inc. I, do Código Penal. Ou seja, a reincidência dura por 5 anos. Contudo, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Em situação similar se considera a reincidência para os casos de processo de aplicação de penalidades de licitantes e contratados. Entretanto, no caso do Decreto do Paraná, conforme art. 211, §2º, inc. II, essa contagem de 5 anos tem outra regulamentação, não prevalecendo a condenação anterior, se entre a data da publicação da decisão definitiva dessa e a do cometimento da nova infração tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos.

Por consequência, a reincidência é instituto que merece atenção e regulamentação pelos entes, órgãos ou entidades da Administração Pública. Entretanto, a avaliação e regulamentação do instituto merece passar pela análise de considerar tanto a “reincidência genérica”, como a reincidência específica. Explicamos: a reincidência genérica ocorre quando as duas condutas praticadas pelo infrator são de espécies distintas. Já a reincidência específica ocorre quando as duas infrações são as mesmas. São regras que podem ser observadas pelo gestor no sentido de facilitar a equação referente à dosimetria da sanção.

5. O procedimento de reabilitação

¹⁷ <https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Governador-regulamenta-lei-que-da-mais-transparencia-e-sustentabilidade-contratacoes#:~:text=O%20governador%20Carlos%20Massa%20Ratinho,Lei%20n%C2%BA%2014.133%2F21>)

¹⁸ MIRABETE. Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.308.

Pois bem. Conforme já destacado em capítulo anterior, a NLLC traz maiores esclarecimentos em relação ao procedimento de reabilitação, em especial quanto aos requisitos que devem ser cumpridos pelo sancionado para solicitação de sua reabilitação.

Importa lembrar que, conforme a Lei nº 8.666/93, a possibilidade de reabilitação do sancionado vem assim definida no art. 87:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

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.**

(...)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, **podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.**

Ou seja, pela Lei nº 8.666/93 o contratado deverá cumprir prazo mínimo de sanção e ressarcir a Administração dos prejuízos causados. Importante salientar, por oportuno que, a reabilitação deve ser requerida somente após o prazo mínimo de 2 (dois) anos, mesmo que a empresa contratada tenha realizado o devido ressarcimento, de acordo com a previsão acima colacionada.

Sidney Bittencourt¹⁹ assevera:

(...) impede que o sancionado participe de licitações e que venha a ser contratado pela Administração Pública (direta e indireta),

¹⁹ BITTENCOURT. Sidney. Infrações e crimes licitatórios. Curitiba: Íthala, 2019, p.125.

enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a sanção, a qual somente poderá ser requerida após dois anos de sua aplicação (ou seja, ainda que o ressarcimento seja realizado antes de se completar tal prazo, a reabilitação somente pode ser solicitada e concedida após esse lapso).

Já o art. 163 da Lei nº 14.133/2021, inovando a matéria, destaca pelo menos 5 (cinco) requisitos a serem cumpridos para a reabilitação da empresa sancionada, seja ela licitante ou contratada, quais sejam:

- a) reparação integral do dano causado à Administração Pública;
- b) pagamento da multa;
- c) transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;
- d) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;
- e) análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Ademais, o parágrafo único estabelece que, nos casos de apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 será exigida, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Neste aspecto, é importante destacar que a reabilitação é um direito do sancionado, após o cumprimento dos requisitos objetivamente definidos no art. 163. Trata-se, portanto, de ato vinculado, ou seja, não há margem de discricionariedade para a autoridade competente reabilitar.²⁰ Anderson Pedra²¹ inclusive ensina que

Diferentemente de um recurso que envolve apreciação de requisitos subjetivos e decisão de mesma linha, entendemos que o instituto da reabilitação comporta requisitos objetivos que se

²⁰ PEDRA, Anderson; TORRES. Ronny Charles Lopes de. O regime sancionatório na nova lei de licitações (Lei nº 14.133/2021). In: CARVALHO, Mateus; BELÉM, Bruno; TORRES, Ronny Charles Lopes de (Coord). Temas Controversos da nova lei de licitações e contratos. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 255.

²¹ PEDRA, Anderson. Provocações sobre a Lei nº 14.133/2021 (NLLCA). In: FORTINI. Cristiana; OLIVEIRA. Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO. Tatiana (Coord). Nova Lei De Licitações: Destaques Importantes. Lei Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

cumpridos impõem à autoridade que aplicou a sanção a reabilitação do sancionado para participar das licitações e para celebrar contratos, independentemente da espécie sancionatória aplicada (impedimento ou declaração de inidoneidade).

Outro ponto interessante previsto expressamente na nova lei de licitações é que a reabilitação é admitida perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Significa dizer que a reabilitação é específica para cada concreto, para cada sanção aplicada. Denota-se inclusive que, outras sanções restritivas, perante outros órgãos, podem ainda persistir, mesmo após a reabilitação de determinada sanção. Exemplificamos: uma empresa pode ter sido reabilitada diante de um impedimento de licitar e contratar no Estado da Bahia, mas continuar com uma sanção de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União, uma vez que o âmbito de aplicação da sanção de impedimento refere-se à Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção.

Fica claro também que os requisitos estipulados no art. 163, são cumulativos, de forma expressa, ou seja, para que a reabilitação ocorra, faz-se necessário que o sancionado, seja ele licitante ou contratado, cumpra todas as disposições ali previstas.

Importa destacar ainda que, a título de novidade, conforme descrito alhures, a NLLC trouxe como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável, nos casos de apresentação de declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato e praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Esta disposição é nova na Lei, já que não continha disposição neste sentido na Lei nº 8.666/93. Neste caso, será preciso que a regulamentação possa definir quais condições serão necessárias para aceitabilidade do programa de integridade, para fins, inclusive de cumprimento da norma.

Ademais o regulamento dos entes deverá entrar no ponto referente aos efeitos da reabilitação. Ou seja, se ela excluirá a sanção a ponto de não mais constar dos históricos nos cadastros informativos de sanção e, principalmente, sobre a sua consideração em relação à reincidência.

5.1 Os institutos da reincidência e da reabilitação no Decreto nº 10.086/2022 do Governo do Estado do Paraná

Em razão da possibilidade de regulamentação da NLLC pelos demais entes da federação, o Governo do Estado do Paraná publicou, em janeiro desse ano, o Decreto nº 10.086/2022.

A respeito do tema envolvendo reincidência e reabilitação, o Decreto dispõe diversas regras específicas que devem ser aplicadas no âmbito do Estado do Paraná, senão vejamos:

Art. 211. São circunstâncias agravantes:

(...)

IV - a reincidência;

§1º Verifica-se a reincidência quando o acusado comete nova infração, depois de condenado definitivamente por idêntica infração anterior.

§2º Para efeito de reincidência:

I - considera-se a decisão proferida no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta dos de todos os entes federativos, se imposta a pena de declaração de inidoneidade de licitar e contratar;

II - não prevalece a condenação anterior, se entre a data da publicação da decisão definitiva dessa e a do cometimento da nova infração tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos;

III - não se verifica, se tiver ocorrido a reabilitação em relação a infração anterior.

Art. 212. São circunstâncias atenuantes:

(...)

Parágrafo único. Considera-se primário aquele que não tenha sido condenado definitivamente por infração administrativa prevista em lei ou já tenha sido reabilitado. (grifo nosso)

Seção X - Da Reabilitação

Art. 226. É admitida a reabilitação do condenado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;

II - pagamento da multa;

III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo, dentre elas que o reabilitando não:

a) esteja cumprido pena por outra condenação;

b) tenha sido definitivamente condenado, durante o período previsto no inciso III desse artigo, a quaisquer das penas previstas no art. 156 da Lei Federal nº 14.133, de 2021, imposta pela Administração Pública Direta ou Indireta do Estado do Paraná;

c) tenha sido definitivamente condenado, durante o período previsto no inciso III desse artigo, por ato praticado após a sanção que busca reabilitar, a pena prevista no inciso IV do art. 156 da Lei Federal nº 14.133, de 2021, imposta pela Administração Pública Direta ou Indireta dos demais Entes Federativos.

V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do art. 155 da Lei 14.133, de 2021 exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Art. 227. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em decisão definitiva, assegurando ao licitante o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único. **Reabilitado o licitante, a Administração Pública solicitará sua exclusão do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal e no Sistema Gestão de Materiais e Serviços - GMS. (grifo nosso)**

(...)

Art. 535. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 da Lei Federal nº 14.133, de 2021, exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Como destacado pelo decreto, a definição de quais são as circunstâncias agravantes está prevista no art. 211, assim como o regramento referente a reincidência, que é considerada apenas quando o acusado cometer nova infração depois de condenado por idêntica infração anterior (reincidência específica - art. 211, §1º). Ou seja, a norma não considera como reincidente aquele que comete infração diversa da infração pelo qual já foi condenado (reincidência genérica).

Já o §2º destaca que para efeito da reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data da publicação da decisão definitiva dessa e a do cometimento da nova infração tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos e não será verificada a reincidência se tiver ocorrido a reabilitação em relação a infração anterior.

Ademais, pelo regulamento, a reincidência não se verifica, se tiver ocorrido a reabilitação em relação a infração anterior (art. 211, §2º, inc. III) e considerar-se-á primário aquele que não tenha sido condenado definitivamente por infração administrativa prevista em lei ou já tenha sido reabilitado (art. 212, parágrafo único).

Sobre a reabilitação, destaca o decreto pontos importantes, para além dos previstos no art. 163 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

- a) a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em decisão definitiva, assegurando ao licitante o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação;
- b) reabilitado o licitante, a Administração Pública solicitará sua exclusão do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal e no Sistema Gestão de Materiais e Serviços - GMS.

Observamos que no caso, apagar-se-á os registros do condenado, como se não tivessem existido, impossibilitando assim, que o reabilitado tenha sua sanção considerada para fins quaisquer, em especial, quanto à reincidência.

6. Conclusão

É perceptível que a NLLC trouxe novas regras e disposições já conhecidas, seja decorrente de leis, decretos e inclusive entendimentos do Tribunal de Contas da União, mas premente é a necessidade de discutir ideias e abordar quesitos para que sejam construídos os primeiros entendimentos acerca deste novo diploma normativo, notadamente a respeito da reincidência e reabilitação no processo administrativo sancionador – objeto do presente artigo, vez que são institutos ainda pouco debatidos e aplicados.

O presente artigo surge justamente para levantar o debate e trazer fundamentos e argumentos no sentido de auxiliar a aplicação e regulamentação nas esferas municipais, estaduais e federal, além de suscitar ideias a respeito de novas interpretações decorrentes do texto da NLCC. Nas palavras de Hamilton Bonatto²², não se deve pensar em interpretar a nova Lei como se os olhos estivessem locados nas costas. Entendemos, portanto que é preciso caminhar em outras direções, ampliando as percepções e seguindo novos horizontes.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT. Sidney. *Infrações e crimes licitatórios*. Curitiba: Íthala, 2019.
- BONATTO. Hamilton. *Habemus Legem! É o tempo da travessia*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/habemus-legem-e-o-tempo-da-travessia/>. Acesso em 07/03/2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MIRABETE. Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEDRA. Anderson Sant'Ana. *Sanções Administrativas nas contratações públicas*. In: TORRES, Ronny Charles L. de. *Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.
- PEDRA, Anderson; TORRES. Ronny Charles Lopes de. *O regime sancionatório na nova lei de licitações (Lei nº 14.133/2021)*. In: CARVALHO, Mateus; BELÉM, Bruno; TORRES, Ronny Charles Lopes de (Coord). *Temas Controversos da nova lei de licitações e contratos*. São Paulo: Juspodivm, 2021.
- PEDRA, Anderson. *Provocações sobre a Lei nº 14.133/2021 (NLLCA)*. In: FORTINI. Cristiana; OLIVEIRA. Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO. Tatiana (Coord). *Nova Lei de Licitações: Destaques Importantes*. Lei nº 14.133, De 1º de abril de 2021. Belo Horizonte:

²² BONATTO. Hamilton. *HABEMUS LEGEM! É O TEMPO DA TRAVESSIA*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/habemus-legem-e-o-tempo-da-travessia/>. Acesso em 07/03/2022.

Fórum, 2021. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas – 12. Ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

ZARDO, Francisco. Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). 1ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.