

Título : POR QUE A ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 78/2023 DA AGU ESTÁ EQUIVOCADA?
Autor : Aldem Johnston Barbosa Araújo

POR QUE A ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 78/2023 DA AGU ESTÁ EQUIVOCADA?

ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO

Advogado de Mello Pimentel Advocacia. E-mail: aldem.johnston@mellopimentel.com.br.

A Orientação Normativa nº 78 de 28/11/2023 da AGU consignou que:

“O regime jurídico das sanções previstas na Lei nº 14.133, de 2021 não é aplicável aos contratos firmados com base na legislação anterior, nem alterará as sanções já aplicadas ou a serem aplicadas com fundamento na legislação anterior, em respeito à proteção do ato jurídico perfeito”.

Assim, na visão da Advocacia Geral da União, as normas de direito administrativo sancionador previstas na Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (NLGLC) não são aplicáveis às licitações empreendidas e aos contratos celebrados pela Administração Pública Federal com base, por exemplo, na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002.

A importância da Orientação Normativa nº 78/2023 da AGU é inequívoca, pois a Lei Complementar nº 73, de 1993 deixa claro em seu art. 11, III que às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União, e aqui, repita-se: apenas e tão somente quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União.

A Lei Complementar nº 73/1993, ainda veda aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União contrariar orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II).

No mais, para os agentes públicos sem vinculação à AGU, a Orientação Normativa nº 78/2023 é claramente uma orientação geral nos termos do art. 24, caput e parágrafo único da LINDB e, tendo sido extraída do Parecer nº 00002/2022/CNLCA/CGU/AGU, traz consigo o ônus da motivação para que deixe de ser aplicada (art. 50, VII da Lei nº 9.784/1999).

Ou seja, é inegável a sua **importância para a Administração Pública Federal**. E como não é incomum ver a presença de orientações da Advocacia Geral da União sendo agasalhadas em pareceres jurídicos exarados em Estados e Municípios, um eventual equívoco **tem um potencial lesivo bastante considerável**.

E qual o equívoco (ou os equívocos) da Orientação Normativa nº 78/2023?

Veja, normas sobre (i) a dosimetria das penas (art. 156, § 1º da NLGLC); (ii) a prescrição da pretensão punitiva (art. 158, § 4º da NLGLC) e (iii) o rito processual (arts. 157, 158, 166 a 168 da NLGLC) contidas no regime jurídico das sanções previstas na Lei nº 14.133/2021 são claramente mais benéficas que o regime punitivo consagrado nas Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011.

As Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 não trazem a necessidade de, quando na aplicação das sanções serem considerados, dentre outros fatores, a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias agravantes ou atenuantes e muito menos que a prescrição para aplicação de penalidades ocorrerá em 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração.

Ademais, a NLGLC traz um rito processual mais organizado para a apuração da ocorrência de infrações e para a aplicação de penalidades, prevendo, inclusive, prazos maiores para os defendentes e recorrentes.

Diante da constatação de que o regime do direito administrativo sancionador da Lei n.º 14.133/2021 é mais benigno que o estabelecido nas Leis n.º s 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, é preciso lembrar que o STJ decidiu ser aplicável no âmbito dos processos submetidos ao regime do direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (v.g. RMS 37.031/SP) e que na Rcl 41.557 **o STF entendeu que a** unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador.

Assim, em tal cenário, por força do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica está equivocada a Orientação Normativa n.º 78 de 28/11/2023 da AGU quando do afastamento das normas do regime jurídico das sanções previstas na Lei n.º 14.133/2021 dos contratos firmados com base na legislação anterior.

Diante da pouca probabilidade de uma revisão da **Orientação Normativa n.º 78/2023 no âmbito da Administração Pública Federal, resta esperar que seu equívoco de ignorar a aplicação do princípio da retroação da norma penal mais benigna não seja reproduzido por Estados e Municípios.**

Como citar este texto:

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. Por que a Orientação Normativa n.º 78/2023 da AGU está equivocada? Zênite Fácil, categoria Doutrina, 20 jan. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.