

Direito Intertemporal e o Princípio da Retroatividade da Norma Benéfica no Processo Administrativo Sancionador na Licitação: A Sanção de Suspensão Temporária de Participação em Licitação e Impedimento para Contratar aplicada com fundamento no Artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 à luz da superveniente vigência da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021.

Resumo: O Artigo visa a proporcionar reflexões sobre o direito intertemporal e o princípio da retroatividade da norma benéfica no processo administrativo sancionador na licitação. Com o advento da Lei nº 14.133/2021 e a novel redação do Artigo 156, §4º, coteja-se a vigência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ quanto a extensão dos efeitos da penalidade do Art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

1 Introdução.

A Administração Pública, atendendo a previsão prescrita pelo legislador constitucional no Artigo 37, inciso XXI¹ da CF, ao pretender a contratação de obras, serviços, compras e alienações, como regra, o deverá fazer mediante processo de licitação pública. Este procedimento, durante quase 30 (trinta) anos, ficou regido pela Lei nº 8.666/93.

Ainda em 2013, iniciou-se movimento de “*modernização*” da legislação de licitações, através da criação de Comissão no Senado Federal para realização de estudos e propostas de uma nova norma. O Ato nº 19, de 28.05.2013 foi o passo inicial do PLS nº 559/2013 – texto inicial das proposições de reforma das regras de licitações e contratos administrativos.

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - 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.

Passando por processo legislativo que iria se prolongar por quase 01 (uma) década, o PL nº 4.253/2020 foi sancionado e promulgado como a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A par das críticas e elogios ao texto normativo apresentado, a novel legislação estabeleceu critérios intemporais de aplicação nos Artigos 190 a 193. Entre estes, trouxe a previsão de viabilidade de utilização da Lei Revogada, a Lei nº 8.666/93, por 02 (dois) anos², bem como estabeleceu que o contrato assinado de acordo com aquela permanecerá por ela regido até o seu encerramento³.

Isso deixa claro que teremos, ao longo dos próximos anos, a convivência de contratos administrativos regidos ora pela Lei nº 8.666/93, ora pela Lei nº 14.133/21. Por via de consequência, procedimentos administrativos sancionadores ora regidos pela lei revogada, ora pela NLLC. Some-se ao fato de que atos praticados quando da vigência da Lei nº 8.666/93, serão analisados à luz de processos licitatórios no novel regime. E é aqui que as reflexões irão se centrar.

A Nova Lei de Licitações trouxe novo cenário normativo no capítulo destinado às sanções, Título IV – Capítulo I – Das Infrações e Sanções Administrativas - Artigos 155-163. Por mais que tenha mantido as mesmas espécies de sanções aplicáveis – advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de idoneidade para licitar e contratar – o novel legislador trouxe nova conformação normativa quanto ao alcance destas penalidades.

Superando longa discussão que existia sobre o alcance e extensão dos efeitos da penalidade de suspensão/impedimento para licitar, na qual, em campos diametralmente opostos, defendiam-se posições antagônicas o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Tribunal de Contas da União – TCU, a NLLC, no Artigo 156, §4º, passou a estabelecer textualmente a limitação dos efeitos daquela penalidade ao Ente Sancionador. Neste cenário de coisas surgem reflexões – e como ficariam as penalidades aplicadas anteriormente? Utiliza-se o prisma do ato jurídico perfeito, mantendo-se o alcance amplíssimo da expressão “administração” prevista na lei revogada, ou opera-se a

² Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

³ Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada

retroatividade da norma benéfica para limitar o alcance, tal como previsto na vigente norma?

O que orienta este estudo é traçar linhas seguras de interpretação para atuação do Advogado Público no processo licitatório. Definição de caminhos jurídicos no alcance intertemporal da NLLC na concretização dos objetivos da licitação previstos no Artigo 11: (i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; (ii) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; (iii) evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos e (iv) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

A partir deste recorte é que o artigo se apresentará para delinear rumos que podem ser seguidos pelo Parecerista ao analisar o alcance de penalidades de suspensão temporária, aplicadas com base nas regras da Lei nº 8.666/93, ante o advento da Lei nº 14.133/21.

2 Processo Administrativo Sancionador na Licitação – Penalidade de Suspensão Temporária de Participação em Licitação e Impedimento para Contratar – Parâmetros normativos e jurisprudenciais à luz da vigência da Lei nº 8.666/93.

A licitação, em breves linhas, é a espécie de processo administrativo do qual o Ente Federado utiliza-se para contratar junto à iniciativa privada bens, obras e serviços de que necessita, por meio de seleção ampla, impessoal e isonômica, voltada a identificar a proposta mais vantajosa para a Administração. Nesta linha, Carvalho Filho, ao definir licitações, leciona que se constitui no:

procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.⁴

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 7ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001

Está espécie de processo administrativo é regido por uma série de regras, princípios e objetivos previstos, atualmente, ao longo dos artigos 3 e seguintes da Lei Revogada e do Artigo 5º da NLLC. Eles atingem todos os processos regidos pela Lei, isto é, tanto a licitação propriamente dita, como os procedimentos auxiliares e os processos contratuais de fiscalização, sancionamento, reequilíbrio econômico-financeiro e solução de disputas.

No curso deste procedimento, ou mesmo durante a execução do contrato que dele é decorrente, as partes – Administração e o particular – estarão vinculados ao cumprimento das regras previstas no Edital, no próprio Contrato e na legislação de regência. O processo sancionador, seja ele penal ou administrativo, surge como ferramenta para controle e fiscalização do cumprimento das regras no processo de licitação.

Ainda quando sob a égide da Lei nº 8.666/93, o aspecto penal, estava regulamentado em tipos penais previstos entre os Artigos 90 a 99 da norma. No aspecto administrativo regulamentou-se o tema ao longo dos Artigos 86 a 88. Nossa análise vai limitar-se ao processo administrativo sancionador, deixando ao lado os aspectos penais.

Uma análise da redação da Lei Revogada é possível concluir que, diferente do atual cenário normativo da NLLC, o legislador de 1993 foi mais econômico na definição dos aspectos que circundavam tipicidade, a extensão e o alcance das penalidades. Veja-se que o legislador tratou de especificar as espécies de penalidades, identificando a competência de sua aplicação, mas não foi muito além disto. Tal fato foi a mola propulsora para discussões e debates existentes na Doutrina e na Jurisprudência, especialmente, na interpretação do alcance e extensão da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no Artigo 87, inciso III. De início, vejamos o que previa o dispositivo revogado:

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

[...]

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

O legislador optou por utilizar a expressão *genérica* Administração, sem especificar de maneira mais detalhada qual era o alcance. Ou seja, se a penalidade impediria a contratação com todos os Entes Federativos ou apenas com o Ente Sancionador. É dizer, uma penalidade aplicada, por exemplo, pelo Município de Florianópolis - SC em face da Empresa “A” poderia ou não inviabilizar a sua participação em certame realizado em Salvador – BA.

Nesse cenário de coisas que, chamado para interpretar o dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ optou por concluir que a expressão “Administração” é grafada com letra maiúscula propositalmente. Em assim sendo, dever-se-ia conceder um alcance amplo, não apenas restrito ao ente que impôs a penalidade:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. DIREITO DE LICITAR. SANÇÃO. ANTECEDÊNCIA ÀS ALTERAÇÕES LEGAIS. ABRANGÊNCIA.

1. A orientação desta Corte é de que "a penalidade de suspensão temporária do direito de licitar prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 abrange toda a administração pública, não estando restrita ao ente que a impôs" (AgInt na SS 2.951/CE, relator Ministro Herman Benjamin, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 04/03/2020, DJe de 1º/07/2021)". Precedentes.

2. Caso em que, ao inabilitar a empresa, o município impetrante agiu com acerto, sendo ilegal o ato que cassou aquela decisão, devendo-se salientar que a inabilitação ocorreu antes das alterações à lei de licitação, prevalecendo o entendimento até então vigente nesta Corte.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no RMS n. 69.337/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 18/4/2024.)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 23/8/2013).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 72.436/SC, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 2/4/2024.)

Na mesma linha – concedendo interpretação ampla - Marçal Justen Filho, inicialmente, leciona que “a pretensão de diferenciar ‘Administração Pública’ e ‘Administração’ é irrelevante e juridicamente risível”, no entanto conclui que:

14.1 Distinção entre as figuras dos incs. III e IV

(...) Não haveria sentido em circunscrever os efeitos da “suspensão de participação em licitação” a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar “suspense”. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa⁵.

Em posição diversa, diametralmente oposta, o Tribunal de Contas da União – TCU tem entendimento pela aplicação restrita dos seus efeitos apenas a entidade que a cominou. Em diversos acórdãos, dos quais destaca-se - Acórdão nº 1.017/2013-Plenário, TC 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013, o TCU manifesta-se no sentido de que o dispositivo deve ter interpretação restrita por se tratar de penalidade:

A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) **tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou.**

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2004

Agravo interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) contra decisão cautelar que determinara a correção do edital do Pregão Eletrônico 122/ADCO/SRÇO/2012 de modo a ajustá-lo ao disposto no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, ou seja, para que a **penalidade ali prevista alcance apenas as empresas suspensas por aquela estatal**, consoante o entendimento do Acórdão 3.243/2012-Plenário. Argumentou a recorrente que: (i) a jurisprudência do TCU não estaria pacificada nos termos da citada decisão; (ii) diante da dúvida objetiva, seria tecnicamente impróprio falar-se em *fumus boni iuris*; (iii) a aplicação retroativa do novel entendimento atentaria contra o princípio da segurança jurídica consubstanciado no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. O relator refutou todos os argumentos, esclarecendo que **“o Tribunal pacificou a sua jurisprudência em considerar que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, que impõe a ‘suspensão temporária para participar em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos’, tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a aplicou”** e restabeleceu “o entendimento já consolidado na sua jurisprudência, no sentido de fazer a distinção nítida entre as sanções previstas nos aludidos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, conforme Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário”. O Plenário acompanhou o relator e negou provimento ao Agravo⁶.

O TCU, portanto, adota posição mais garantista. Nas suas manifestações a Corte de Contas da União entende que pelo fato de a legislação não especificar o seu alcance não caberia uma interpretação a prejudicar o licitante. Neste mesmo sentido, a lição de Di Pietro:

Os incisos III e IV do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem à Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades. **O inciso III, ao prever a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, refere-se à Administração, remetendo o intérprete ao conceito contido no artigo 6º, XII, da Lei, que define como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.** O inciso IV do artigo 87, ao falar da inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente ao artigo 6º, XI, que

⁶ (Acórdão nº 1.017/2013-Plenário, TC 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013)

define Administração Pública de forma a abranger “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”⁷

Diversos Autores filiam-se a este posicionamento, na mesma linha, Hely Lopes Meireles defende que as sanções do inciso III, do Art. 87 da Lei 8.666/93, operam seus efeitos somente no âmbito da Administração que impôs a penalidade. Vejamos:

“A suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou; o mesmo ocorre em relação à inidoneidade, que só opera efeitos em relação à Administração que a declarada, pois que sendo uma restrição a direitos, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração feita pela União, pelo Estado ou pelo município só impede as contratações com as entidades e órgãos de cada uma dessas entidades estatais, e se declarada por repartições inferiores só atua no âmbito e no de seus órgãos subordinados”⁸.

Também neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr:

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do artigo 87 da Lei n° 8.666/93 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a Administração, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutra lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, isto é sobre todo o aparato administrativo do Estado. (...)

Trocando-se em miúdos: quem é declarado inidôneo não pode participar de licitação nem ser contratado por qualquer órgão ou entidade integrante do aparato administrativo estatal, isto é por qualquer órgão ou entidade que exerça função administrativa. Em sentido bem diferente, quem é suspenso temporariamente somente não pode participar de licitação e contratar com aquele órgão ou entidade que aplicou a penalidade⁹.

Na mesma linha, Antônio Roque Citadini:

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 282.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. Ed. Atual. Até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba: Zênite, 2008

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública é a mais grave que pode ser imposta com amplitude a todos os órgãos da Administração, não ficando, como no caso da suspensão temporária, restrita ao órgão onde ocorreu a irregularidade¹⁰.

Aliás, é preciso verificar que essa posição mais restrita é reconhecida, inclusive, por alguns Tribunais no País, tal como o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO. ART. 83 DA LEI 8.666/93. **EXTENSÃO DOS EFEITOS SE RESTINGE AO ÓRGÃO QUE APLICAR A SANÇÃO. PRECEDENTES DO TCU E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. I. O TCU possui o entendimento pacificado de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou.** II. Na hipótese, em razão da inexecução parcial das obrigações contratuais assumidas, a parte agravante, restou penalizada com o impedimento de licitar, por um período de 02 (dois) anos com o Município de Porto Alegre, nos termos do art. 83, III da Lei 8.666/93. II. Contudo, o Município de Porto Alegre ao cadastrar a empresa recorrente no sistema CEIS, **extrapolou os limites da sanção aplicada, ocasionando a interrupção de outros contratos em curso.** III. Desse modo, considerando que a suspensão do direito de licitar foi aplicada apenas em relação ao Município de Porto Alegre, não há como impedir a parte agravante de participar em outros certames públicos. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70084394782, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 29-10-2020)

Portanto, por mais que a posição mais ampla firmada pelo STJ esteja vigente e reiteradamente aplicada pela Corte Cidadã, os Tribunais Locais tem utilizado o paradigma prestigiado pelo TCU por entender que a extensão dos efeitos seria ilegal.

3 *Distinguishing* – Aplicação restrita da penalidade.

¹⁰ CITADINI, Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. 3. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: M. Limonad, 1999

Ao lado do entendimento fixado pelo TCU e aquele fixado pelo STJ, ligeiramente distinto de ambos, reside um entendimento igualmente restrito, mas que caminha por promover *distinguishing* da jurisprudência fixada pela Corte Cidadã.

Inicialmente, é necessário recordar que a sistemática do *stare decises* – precedentes judiciais, prevista expressamente no Código de Processo Civil – CPC, em seu Artigo 489, §1º, inciso VI, traz consigo o instituto do *distinguishing*. Entende-se, por *distinguishing*, confirme lição de Didier Jr.:

“....quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.”¹¹

Aplicar o *distinguishing* é, portanto, o oposto de raciocinar por analogia. Quando se distingue um caso do outro, o argumento utilizado aponta que os fatos do caso precedente são, em alguma medida, diferentes dos fatos do caso em julgamento, de tal modo que as razões fundamentais do precedente não deverão ser aplicadas ao caso em julgamento, realizando-se uma exceção que permite que o julgador se furte da aplicação do precedente¹². Em suma, verifica-se que o precedente seria aplicável para solucionar o caso; todavia a existência de alguma peculiaridade existente no caso em julgamento que não existia no caso precedente autoriza que o julgador excepcione a aplicação do precedente que permanecerá válido, mas terá seu sentido reduzido para se adaptar ao caso concreto.

Neste prisma de coisas, verifica-se que Cortes Estaduais, cito como exemplo, novamente o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, sem necessariamente filiar-se ao entendimento do TCU, mas promovendo distinção do precedente do STJ, reconhecem que se no caso de a penalidade indicar expressamente o seu alcance limitado ao Ente Sancionador não haveria como promover interpretação extensiva.

¹¹ Didier Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm

¹² Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 2, p. 402-403.

REMESSA NECESSÁRIA. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL Nº 0012/2019. AQUISIÇÃO DE UMA ESCAVADEIRA HIDRÁULICA. MUNICÍPIO DE PAIM FILHO/RS. DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA DECLARADA VENCEDORA COM BASE NA PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE SERAFINA CORRÊA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. PENALIDADE APLICADA ESPECÍFICA E LIMITADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. Em que pese esta Corte tenha o entendimento firmado de que a sanção administrativa aplicada não se restringe ao órgão administrativo que a aplicou, sendo extensivo à toda a Administração Pública, o caso concreto se mostra diferenciado. **In casu, a penalidade imposta à impetrante é expressa e se limita tão somente ao município sancionador, qual seja, o Município de Serafina Corrêa/RS, mostrando-se nulo o ato que desclassificou a empresa impetrante no certame licitatório do Município de Paim Filho/RS. Portanto, considerando que a penalidade imposta à empresa foi expressa quanto ao município de aplicação, não se pode falar em interpretação extensiva, em prejuízo à parte impetrante.** Penalidade que deve se restringir ao município sancionador, já que expressa nesse sentido. Segurança concedida. Sentença mantida. POR MAIORIA, SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Remessa Necessária Cível, Nº 70083634881, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em: 22-04-2020) – Grifei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. REVOGAÇÃO. ART. 87, III, DA LEI DE LICITAÇÕES. EXTENSÃO DOS EFEITOS. Tem esta Câmara entendido que a sanção administrativa aplicada à impetrada não se restringe ao órgão administrativo que a aplicou, sendo extensivo a toda a Administração Pública. **No entanto, há exceções a esta regra, e o caso em apreço é uma delas, haja vista ao aplicar a sanção de suspensão temporária do direito de licitar e contratar, expressamente se restringiu a sanção ao órgão licitante que a aplicou.** A impetrada tem vários contratos em execução, os quais poderão ficar comprometidos caso se mantenha o entendimento levado a efeito nestes autos pelo juízo de origem, de que a decisão administrativa de proibição de licitar seja extensivo a os órgãos da Administração Pública, especificamente no caso concreto, embora esta seja a regra geral. Prejuízo que implicaria não apenas

em possível encerramento das atividades da empresa, como na decorrência lógica da demissão de seus funcionários, justamente em tempos de severa crise econômica. Sancionamento que, ademais, esta na iminência de ter seu prazo expirado, se já não o teve. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70073701468, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 23-05-2018) – Grifei.

Vê-se que há distinção do entendimento fixado no STJ para apurar, caso a caso, o que restou inscrito no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS. Retornando ao exemplo anterior, caso o Município de Florianópolis - SC lance, expressamente, a limitação do alcance da suspensão/impedimento à Capital Catarinense, não pode surtir efeitos à licitação realizada pelo Município de Salvador – BA.

A diferença é sutil a aquele entendimento já defendido há décadas pelo TCU, mas merece a apresentação dos caminhos jurídicos existentes quanto ao alcance da penalidade prevista no Artigo 87 inciso III da Lei nº 8.666/93.

4 Do novo cenário normativo – Da redação do Artigo 156, §4º da Lei nº 14.133/2021 - Da Necessária Retroatividade Benéfica da Lei Posterior Benéfica.

A NLLC – Lei nº 14.133/2021, como dito, ao tratar a respeito de sanções e penalidades, desde o ano de 2021 estabeleceu que a penalidade de suspensão e impedimento para licitar tem os seus efeitos restritos ao ente licitante:

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.

[...]

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta **do ente federativo que tiver aplicado a sanção**, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. (grifo nosso)

O legislador reformador não deu margem de dúvida e filiou-se ao entendimento do TCU, ao reconhecer que a penalidade teria os seus efeitos limitados ao ente sancionador. Portanto, o atual cenário normativo é bastante claro sobre a temática. O que surge a partir desta modificação normativa é verificar se o novo parâmetro normativo produz algum efeito sobre às penalidades aplicadas à égide da Lei nº 8.666/93.

Como apresentados, devidos as regras intertemporais, ainda viveremos um longo período de convivência entre os efeitos da Lei nº 8.666/93 durante a vigência da Lei nº 14.133/21. Sejam penalidades anteriormente aplicadas ainda vigentes, sejam penalidades que se apliquem em relação a contratos que permanecem ainda regidos pela lei revogada. Há um farto campo para a discussão. Parecem surgir duas correntes para solução do problema: (i) a primeira, pela qual defende-se a irretroatividade da norma posterior, em homenagem a segurança jurídica e ato jurídico perfeito ou (ii) a segunda, que optaria por limitar o alcance de penalidades aplicadas com base na redação da Lei revogada, utilizando-se do prisma da retroatividade da norma mais benéfica. Vejamos cada uma delas.

A primeira corrente iria pautar-se por um viés mais garantista, fundado nos aspectos inerentes da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Carlos Roberto, ao lecionar a respeito da sucessão de normas no tempo, defende que a lei “não se aplica às situações constituídas anteriormente”¹³ Essa é a máxima expressão do ato jurídico perfeito, ou seja, é a garantia, a paz e a segurança social, aplica o princípio da segurança jurídica exatamente a preservar os casos conforme formados na vigência da lei anterior, como a lei nova só projeta seus efeitos para o futuro.

Nesta linha de coisas o advento da NLLC não seria capaz de alterar os efeitos da penalidade aplicada sob a égide da Lei nº 8.666/93.

No que toca a segunda corrente, a qual se filiam os Autores, parte dos ensinamentos do Fábio Medina Osório acerca do processo administrativo punitivo. Osório leciona que o direito processual punitivo – direito processual administrativo, direito processual judiciário cível e o direito processual judiciário penal – está vinculado às garantias procedimentais e processuais do sistema básico repressivo. Medida pela qual *a influência do devido processo legal ostenta dimensão subjetiva, da qual defluem direitos*

¹³ GONÇAVES, Carlos Roberto. “Direito Civil, volume I: parte geral.” 7 ed. E atual. São Paulo: Saraiva 2009, pag. 60

*fundamentais materialmente contemplados na Constituição, implícita ou explicitamente*¹⁴.

O direito administrativo sancionador não pode ser concebido ao arrepio do devido processo legal, no qual se consubstancia não apenas o direito de defesa, mas a análise justa e correta dos fatos e a aplicação do direito. Valendo-se de Osório:

Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal¹⁵.

Nessa medida, caso a sociedade, dentro de uma nova avaliação sobre os aspectos punitivos, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico anterior, passar a adotar uma regra mais benéfica, natural que a mesma seja aplicada retroativamente. Impedir este efeito, além de não fazer justiça, engessa indevidamente e não produz qualquer vantagem social.

Este entendimento, reiteradamente, tem sido adotado pelo STJ, pela aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador ao efeito de calcular a retroatividade da norma mais benéfica. Disse aquele Tribunal, no caso, que:

“as condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da

¹⁴ Osório, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2022, p. 240. RT.

¹⁵ Osório, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2022, p. 42. RT

sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inderogáveis os demais atos processuais. (...)”¹⁶

Nesta dimensão de coisas é que o princípio da retroatividade da norma benéfica do direito penal aplica-se de igual maneira e dimensão ao processo administrativo sancionador – v. STJ, RMS 37.031/SP, 1ª Turma, j. em 8/2/2018¹⁷. Registrou-se neste acórdão que:

“a retroação da lei mais benéfica é um princípio geral do Direito Sancionatório, e não apenas do Direito Penal. Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator. Constatando, portanto, ser possível extrair do artigo 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa”

A posição, inclusive, renovada recentemente, fixou que:

“o art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do

¹⁶ RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018

¹⁷ "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. (...) III – Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. IV – Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inderogáveis os demais atos processuais. (...) VI – Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido". (STJ, RMS 37.031/SP, 1ª Turma, j. em 8/2/2018)

Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa.”¹⁸

O Supremo Tribunal Federal – STF, por sua vez, no âmbito da improbidade administrativa, decidiu, na Repercussão Geral ARE 843.989/PR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, que a nova Lei de Improbidade teria uma retroatividade mitigada no que tange às normas mais benéficas.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *López Lone e outros vs. Honduras*, entendeu que as garantias previstas no artigo 9º do Pacto de San José da Costa Rica consagra os princípios da legalidade, tipicidade e retroatividade da lei penal mais benéfica, os quais devem ser aplicados no âmbito do direito administrativo sancionador. A Corte entendeu, nesse passo, por equiparar os efeitos dos processos disciplinares aos efeitos dos processos penais, eis que os mesmos direitos fundamentais são atingidos.

Portanto, tendo entrado em vigência desde 10.06.2021, a retroatividade da norma mais benéfica impõe a superação do clássico entendimento fixado pelo STJ quanto ao alcance da penalidade prevista no Artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93. Os diversos entendimentos fixados pela própria Corte Cidadã em processos administrativos sancionadores são suficientes para reconhecer que a partir da edição da NLLC os efeitos de penalidade de suspensão/impedimento realizadas com base na Lei Revogada devem ter alcance apenas ao ente federativo que aplicou a sanção. A superveniência da regra de limitação dos efeitos da penalidade de suspensão retira qualquer entendimento jurídico que permita estender o alcance da penalidade a ente diverso daquele que aplicou a sanção.

Este, inclusive, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. ART. 87, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. APLICAÇÃO RESTRITA AO ÓRGÃO. **INCIDÊNCIA DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 156 DA LEI Nº 14.133/21. A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao**

¹⁸ . STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.024.133-ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/3/2023 (Info 769)

órgão ou entidade que a cominou. Aplicação da Lei posterior mais benéfica (art. 156, § 4º, da Lei nº 14.133/21). APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (TJ-RS - AC: 51545835820218210001 PORTO ALEGRE, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 27/07/2022, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 01/09/2022)

Na mesma linha tem sido o entendimento do TRF1:

“[...]Assim, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, deve também alcançar as leis que disciplinam o processo administrativo disciplinar. Dessarte, cumpre à parte recorrida rever a dosimetria da sanção imposta, observando a legislação mais benéfica ao recorrente, mantendo-se intactos os demais atos processuais. Nesse sentido, reconhecido que a lei 14.133/21 trouxe previsão expressa de que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas e impedirá 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, não se justifica a manutenção de punição aplicada ao agravante no ano de 2014 e, assim, em prazo em muito superior ao limite de 06 anos previsto na legislação vigente. Isso posto, defiro o pedido de antecipação de tutela para suspender, com amparo no art. 156, 5º da Lei nº 14.133/21, a penalidade de inidoneidade constante no cadastro da Agravante, no SICAF, desde 2014, até o julgamento do mérito do presente recurso. Comunique-se, com urgência, ao Juízo a quo o teor desta decisão para cumprimento. Intime-se a parte agravada para os fins do art. 1.019, inciso II, do CPC. Publique-se. Intime-se. Brasília, data da assinatura constante do rodapé. CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO Desembargador Federal Relator”. (TRF-1 - AI: 10419105320224010000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, Data de Julgamento: 19/12/2022, 5ª Turma, Data de Publicação: PJe 19/12/2022 PAG PJe 19/12/2022 PAG) (grifo nosso)

Some-se a isto que o entendimento termina por concretizar a busca pela melhor contratação da administração e os princípios de regência previstos no Artigo 5º da NLLC.

6 Conclusão

A edição da NLLC vem suscitando uma série de movimentos da Administração para a sua melhor utilização. Nessa dinâmica de coisas é dever do Advogado Público, utilizando-se dos melhores critérios de interpretação, achar o correto alcance das regras à disposição para consecução da finalidade pública. E a partir disto que propomos as seguintes teses jurídicas como orientadoras para melhor interpretação do alcance das penalidades aplicadas sob o parâmetro normativo do Artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93:

1. O Artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 não estabelece expressamente o alcance da sanção. O STJ possui firme entendimento de que os seus efeitos devem atingir todos os Entes Federativos, estando o TCU em posição oposta, limitando ao Ente Sancionador. Os Tribunais locais, antes mesmos da edição da NLLC, vem promovendo *distinguishing* para limitar o alcance quando a penalidade inscrita no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS indicar apenas o Ente Sancionador limitar o seu alcance.

2. A NLLC estabeleceu no Artigo 157, §4º a previsão expressa que a penalidade de suspensão/impedimento para licitar tem alcance limitado ao Ente Sancionador. A partir deste cenário, utilizando-se dos princípios aplicáveis ao processo administrativo sancionador, especialmente, a retroatividade da norma mais benéfica, defende-se que a superveniência da regra de limitação dos efeitos da penalidade de suspensão retira qualquer entendimento jurídico que permita estender o alcance da penalidade a ente diverso daquele que aplicou a sanção.

Assim, com esse artigo científico e com essas proposições, pretendemos contribuir para o debate de interpretação e aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos e oferecer diretrizes aptas a assegurar a relevante função exercida pelos advogados públicos na orientação jurídica no processo licitatório.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 7ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CITADINI, Antônio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. 3. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: M. Limonad, 1999.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm.

DIDIER, JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 282.

GONÇAVES, Carlos Roberto. “Direito Civil, volume I: parte geral.” 7 ed. E atual. São Paulo: Saraiva 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. Ed. Atual. Até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba: Zênite, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2022, p. 240. RT.