



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina
Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública

Parecer Referencial PGFN/PGACD/CGLA nº 01/2022

Parecer Referencial PGFN/PGACD/CGLA nº 01/2022.

Manifestação jurídica referencial para amparar os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas.

Processo SEI nº 12600.102175/2022-94

I

1. A Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia, por meio da Nota Técnica SEI nº 37629/2022/ME (SEI 27335909), solicitou a esta Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CGLA/PGFN) a análise da viabilidade de emissão de **"Parecer Referencial específico para amparar os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas."** A área técnica justifica a proposta nos seguintes termos:

O Ministério da Economia foi criado a partir da junção das Pastas Ministeriais dos extintos Ministérios da Fazenda, do Trabalho, do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, por força da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Dito isso, a Coordenação-Geral de Licitações e Contratos recebeu um passivo expressivo de processos de penalidades pendentes de conclusão, instruídos de acordo com os fluxos particularizados por cada um dos extintos órgãos, o que dificultou a operacionalização de cada processo que se encontrava em curso.

Nesse contexto, a Norma de Execução nº 6 e a Norma de Execução nº 7, de 18 de março de 2022, foram publicadas visando a adoção de norma padrão referente ao processo de instauração de penalidades na fase contratual e na fase de licitação, em formato piloto por 180 dias, conforme se verifica no processo nº 12600.103088/2020-92.

As normas citadas acima estabelecem o envio dos processos à PGFN para análise e manifestação jurídica. Entretanto, ao analisar um dos processos de penalidades específicos (Nota SEI nº 97/2022/CGLA/PGACD/PGFN-ME (SEI 26165680) e Nota SEI nº 96/2022/CGLA/PGACD/PGFN-ME (SEI 26164147)), a Procuradoria manifestou-se, em síntese, acerca da não obrigatoriedade de parecer jurídico nos processos sancionatórios, em razão da ausência de previsão legal e, ainda, ressaltou que caso requerido o parecer diante de dúvida jurídica, servirá apenas de supedâneo para a tomada de decisão da autoridade julgadora, que não se exime de expressar de forma clara e fundamentada a sua decisão de mérito sobre a aplicação ou não da penalidade.

Nesse cenário, entende-se imprescindível a emissão de Parecer Referencial específico para amparar os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da

execução contratual, que podem dar ensejo à aplicação de penalidades administrativas, de forma a garantir o devido processo legal, com a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e a devida segurança jurídica à autoridade coatora.

Cabe lembrar que a maioria dos Contratos Administrativos em vigor foram celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93, e por essa permanecerão regidas de acordo com as regras previstas na legislação de origem, conforme previsão contida na Lei nº 14.133/2021. Contudo, as contratações na modalidade Dispensa de Licitação já vem sendo realizadas com base nas novas regras legais previstas na nova lei de licitações e contratos, a Lei nº 14.113/21, assim como as contratações por outras modalidades gradativamente deverão ser instruídas também pela nova lei, o que retrata a necessidade de se ter o Parecer Referencial adaptado para atender os procedimentos de ambas as leis.

Tendo em vista que as Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002 permanecem em vigor até 01/04/2023, sendo que a nova Lei nº 14.113/21 vigora desde 1º de abril de 2021, data em que foi sancionada e publicada, demonstra-se mais uma razão para solicitação do Parecer Referencial na área de penalidades em atendimento aos procedimentos específicos de cada lei.

Além disso, enfatizamos a necessidade de dar continuidade ao passivo de 44 (quarenta e quatro) processos de penalidades instaurados na fase contratual e 24 processos de penalidades instaurados na fase de licitação.

Oportuno destacar que a CGLIC, considerando as coordenações a ela vinculadas (COCAT e COLIC), teve uma perda de aproximadamente 45,61% (quarenta e cinco vírgula sessenta e um por cento) da mão de obra, se comparada à estrutura dos extintos Ministérios (MDIC, MTE, MF e MPOG) transformados no hoje Ministério da Economia, o que impactou significativamente o desenvolvimento das atividades inerentes às suas atribuições. Com a criação do então Ministério do Trabalho e Previdência, nos termos da Medida Provisória nº 1.058, de 27/07/2021, convertida na Lei nº 14.261, de 16 de dezembro de 2021, a equipe se tornou ainda mais reduzida, aumentando os impactos na Unidade.

Não bastasse tal situação, a Unidade recebeu um passivo expressivo de processos dos extintos órgãos pendentes de análise de diferentes demandas, tais como repactuação/reajuste de preços, e, ainda assim, realizou um expressivo número de análises.

Além disso, ante a recente criação do Ministério do Trabalho e Previdência, por força da edição da Medida Provisória nº 1.058, de 28 de julho de 2021, do Decreto nº 10.761, de 02 de agosto de 2021, e da Lei nº 14.261, de 16 de dezembro de 2021, a unidade vem prestando o apoio operacional e logístico para o aquele Ministério, conforme determinação constante do art. 8º do Decreto supracitado, conforme trecho transcrito a seguir:

Art. 8º O apoio administrativo prestado pelo Ministério da Economia às unidades da extinta Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia continuará sendo prestado ao Ministério do Trabalho e Previdência na forma prevista na Estrutura Regimental provisória em vigor.

Por todo exposto, considerando as razões expostas acima, sugere-se o encaminhamento dos autos ao órgão jurídico para verificar a possibilidade de edição de Parecer Referencial específico para amparar os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas, no âmbito da Lei 8.666/93, como também da nova lei de licitações e contratos, a Lei 14.133/21.

2. É o relatório.

II

3. Considera-se conveniente a consignação de que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Sob esse enfoque, à luz do art. 131 da Constituição Federal de 1988 e do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este Órgão de Execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar no exame de conveniência e

oportunidade dos atos praticados no âmbito do órgão consulente, nem tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

4. No mesmo sentido, temos o Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas, aprovado pela Portaria Conjunta nº 01/2012, da Consultoria-Geral da União: O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

5. A Advocacia-Geral da União (AGU) autorizou, por meio da ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, a emissão de manifestações jurídicas referenciais, destinadas ao exame das questões jurídicas envolvendo matérias idênticas e recorrentes. Nessas circunstâncias, ficam dispensadas as análises individualizadas, **“desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação”** (grifou-se).

6. Eis o texto da **ON/AGU nº 55/2014**:

O ADOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

I – Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II – Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

7. Da breve leitura da orientação acima transcrita, infere-se ter sido autorizada, no âmbito do referido órgão, a elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como aquela que tem por fulcro analisar todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

8. Nesta seara, convém salientar que a importância prática dessa medida reside na desnecessidade de os processos administrativos que versarem sobre matérias jurídicas idênticas às enfrentadas no parecer referencial serem submetidos à análise individualizada pela Consultoria Jurídica. Nessas hipóteses, basta que o administrador ateste, expressamente, que o caso concreto se amolda, perfeitamente, aos termos da manifestação referencial adotada.

9. Ressalte-se, neste ponto, que tal declaração deverá ser emitida pela autoridade competente, não devendo os autos serem encaminhados para o órgão consultivo deliberar se a análise individualizada se faz ou não necessária, visto que o escopo da manifestação referencial é, justamente, eliminar esse trâmite.

10. Desta feita, com base na ON AGU nº 55/2014, **o órgão requerente requer a presente manifestação jurídica referencial para "amparar os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas."**

11. Caso parem dúvidas sobre a situação fática, ou o administrador constate que o caso dos autos, por suas características peculiares, não se amolda às hipóteses albergadas pelo parecer referencial, poderá formular consulta à unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional competente.
12. Infere-se, portanto, que a manifestação jurídica referencial consiste, grosso modo, em parecer jurídico genérico, calcado no princípio da eficiência, destinado a balizar casos concretos cujos contornos se amoldem às premissas abstratamente analisadas pela Consultoria Jurídica.
13. Nesse diapasão, saliente-se que medidas que tenham por objetivo racionalizar a demanda e objetivar a análise de processos têm sido utilizadas, inclusive, pelo Poder Judiciário, a exemplo das súmulas vinculantes, recursos repetitivos e com repercussão geral.
14. Ressalte-se, ainda, que tal medida é considerada como salutar pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, conforme excerto abaixo transcrito:

Enunciado BPC nº 33

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas-padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “*in abstrato*”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica.

15. Igualmente, o Egrégio Tribunal de Contas da União não vislumbrou óbices para adoção de tal tipo de parecer, opinando, inclusive, pela viabilidade da utilização de manifestações jurídicas referenciais, desde que “envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes”, *in verbis*:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 277, inciso III, 282 e 287, § 1º do RITCU, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhes provimento;
9.2. informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma; e 9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao embargante.

(...)

Desse modo, a despeito de não pairar obscuridade sobre o Acórdão ora embargado, pode-se esclarecer à AGU que o entendimento do TCU referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados por este Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes.

(Acórdão nº 2674/2014)

16. Superada a questão da possibilidade jurídica de utilização de manifestações jurídicas referenciais, passa-se à análise dos requisitos previstos pela ON/AGU nº 55/2014 para emissão desse tipo de parecer.

17. Inicialmente, observa-se que a ON/AGU nº 55/2014 determinou, em linhas gerais, que a edição de manifestações jurídicas referenciais depende da comprovação de dois requisitos, a saber: **(i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e **(ii)** da simplicidade da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da conferência de documentos.

18. Quanto ao primeiro requisito, conforme informações da área técnica (SEI 27335909), há um passivo de 44 (quarenta e quatro) processos de penalidades instaurados na fase contratual e 24 processos de penalidades instaurados na fase de licitação.

19. Assim, o volume de processos sobre o tema teria o condão de causar um significativo impacto sobre a atuação deste órgão consultivo, o que poderia vir a comprometer a celeridade dos serviços administrativos prestados, além de reduzir o tempo que dispõe o Advogado Público para examinar processos mais complexos e que exigem uma análise jurídica mais detida e profunda.

20. Por fim, o segundo requisito resta atendido, uma vez que a atividade jurídica exercida se confina à amparar **os processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas**, diante da edição da Norma de Execução nº 6 e a Norma de Execução nº 7, de 18 de março de 2022, pelo Ministério da Economia, as quais foram publicadas visando a adoção de norma padrão referente ao processo de instauração de penalidades na fase contratual e na fase de licitação, inexistindo, a rigor, qualquer argumentação ou dúvida jurídica relevante e complexa acerca da matéria.

21. A análise desta Consultoria Jurídica se restringirá, por conseguinte, a analisar os contornos jurídicos mais gerais ligados aos **"processos de apuração de irregularidades cometidas na fase da licitação, ou da execução contratual, que possam ensejar a aplicação de sanções administrativas"**.

22. Pelo até agora exposto, verifica-se que a análise jurídica requerida, na forma da legislação de regência, amolda-se às diretrizes veiculadas pela ON/AGU nº 55/2014.

III

III.1. DO DIREITO INTERTEMPORAL - APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.666/93 E DA LEI Nº 14.133/2021.

23. Em relação à legislação a ser aplicada nos processos administrativos sancionatórios em questão, ratificamos o entendimento exarado no **Parecer SEI Nº 10780/2022/ME (SEI 26823756)** e **Parecer SEI Nº 14685/2022/ME (SEI 29071003)**, nos termos dos trechos abaixo transcritos:

Parecer SEI Nº 10780/2022/ME (SEI 26823756)

"As dúvidas expostas são questões atinentes ao direito intertemporal, o qual consiste no estudo das regras que disciplinam como as leis devem incidir, ao longo do tempo, aos casos

concretos. Assim, o direito intertemporal tem especial relevância sempre que uma nova lei é editada.

A Lei nº 14.133/2021, com vigência desde o dia 1º/04/2021, por força de seu art. 194, não possuiu *vacatio legis* (vacância da lei: a regra geral, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação). Significa dizer que com sua publicação ela já estava apta a produzir efeitos, podendo ser aplicada pela Administração imediatamente, não atingindo as situações já consolidadas (passado) em razão do princípio geral do *tempus regit actum*.

Como especificidade da Nova Lei de Licitações, há a previsão de que, uma vez sancionada e publicada, ela conviverá por dois anos com as leis que compõem o regime anterior (Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, Lei nº 12.462/2001), podendo a Administração, nesse intervalo de tempo, aplicar qualquer dos regimes, o antigo ou o novo, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Por outro lado, o art. 190 desse diploma normativo assim dispõe:

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.

Deve-se acrescentar que, conforme ensina JUSTEN FILHO (2021), esse dispositivo precisa ser interpretado de acordo com os postulados constitucionais, o que significa dizer que não comporta interpretação no sentido de que todos os contratos firmados em data posterior à vigência da Lei 14.133/2021 seriam por ela regulados, uma vez que o art. 5º, inc. XXXVI, da CF/1988 proíbe a aplicação retroativa da lei nova para afetar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Assim, deve-se ter em mente que as licitações em curso subordinam-se à disciplina da lei vigente à data da publicação do edital, o qual se configura como ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado nem mesmo em vista das alternativas previstas na legislação anterior. **O aspecto fundamental reside, por conseguinte, na divulgação do edital como marco temporal para aplicação da legislação pertinente.** Nesse sentido está a doutrina majoritária e entendimento do TCU, a exemplo do Acórdão do TCU n. 2.279/2019, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, que analisou questão intertemporal envolvendo a vigência da Lei 13.303/2016:

Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Legislação. Obrigatoriedade. Marco temporal. As empresas públicas e sociedades de economia mista devem aplicar a [Lei 13.303/2016](#) (Lei das Estatais) às licitações com editais pendentes de publicação, mesmo que a fase interna do certame tenha sido iniciada em data anterior ao limite estabelecido no art. 91 da mencionada lei (1º/7/2018). (Boletim de Jurisprudência n. 284, Sessões: 24 e 25 de setembro de 2019, TCU).

Tal interpretação, como anota JUSTEN FILHO (2021)¹, encontra amparo no parágrafo único do art. 191 acima transcrito. Confira-se sua argumentação precisa:

Anote-se que a interpretação adotada é corroborada pelo disposto no parágrafo único do art. 191, adiante. O dispositivo determina que, se a Administração deliberar promover, depois da entrada em vigor da Lei 14.133/2021, a licitação com base na legislação anterior, o contrato que vier a ser assinado será disciplinado pela mesma legislação durante toda a sua vigência.

Logo, seria um despropósito admitir que os contratos que, tendo sido licitados antes da vigência da Lei 14.133/2021, seriam disciplinados por ela, mas os que vierem a ser licitados posteriormente continuariam a subordinar-se à legislação anterior.

Diante das peculiaridades da Nova Lei de Licitações, a resposta às dúvidas da consultante será mais clara dividindo a análise em dois momentos. O primeiro diz respeito a aplicação da Lei 14.133/2021 em relação às licitações iniciadas antes de sua vigência e a segundo, às licitações iniciadas após sua vigência, no período de 2 anos de convivência com o regime antigo.

No que tange à aplicação da Lei 14.133/2021 às licitações iniciadas antes de sua entrada em vigor, podemos afirmar que, por força do art. 5º, XXXVI, da CF/88, esteio do art. 6º da

LINDB, o novo regime jurídico só poderá incidir em licitações cujo edital tenha sido publicado após sua vigência. Isso significa dizer, portanto, que vigorará o regime jurídico anterior (Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, Lei nº 12.462/2001) nos processos administrativos sancionadores no âmbito das contratações públicas, cujo editais foram publicados antes da vigência da Lei 14.133/2021. Essa conclusão é decorrência direta do princípio do *tempus regit actum*. Em outras palavras, no âmbito das sanções administrativas disciplinadas pela Nova Lei de Licitações, não há dúvidas que as novas sanções administrativas ou o agravamento das já existentes no ordenamento jurídico não retroage. Resta consagrada, portanto, a regra que impede a retroação da lei com o escopo de prejudicar o administrado que incorrer em uma infração administrativa.

De outro lado, no que concerne à retroatividade com o fim de beneficiar o administrado infrator no âmbito das sanções administrativas, não há posicionamento pacífico na doutrina ou jurisprudência sobre o assunto. Desse modo, pertinente o questionamento da consulente sobre a retroatividade benéfica da Lei 14.133/2021 nos processos administrativos sancionadores em contratações públicas.

Sabemos que há na própria Constituição Federal, uma única exceção ao princípio da irretroatividade da lei, no art. 5, XL, o qual prevê que *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*. Entretanto, como a norma fala em "lei penal" há muitos autores que restringem tal princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao âmbito do direito penal, enquanto tantos outros alargam sua aplicabilidade ao Direito Administrativo Sancionador, em razão de estar inserido na esfera punitiva estatal, investido que está do *jus puniendi*. Bem explica a divergência Aniello Parziale²:

(...) Nesse sentido, tem-se que parte substancial da doutrina pátria manifesta-se no sentido de que a lei que assenta sanção ou infrações administrativas com conteúdo mais benéfico retroage em caso de beneficiar o infrator. Manifestam-se neste sentido Regis Fernandes de Oliveira,³⁴¹ Daniel Ferreira,³⁴² Heraldo Garcia Vitta,³⁴³ Sergio Ferraz, Adilson de Abreu Dallari,³⁴⁴ Antônio Cecílio Moreira Pires,³⁴⁵ Maysa Abrahão Tavares Verzola³⁴⁶ e Edilson Pereira Nobre Júnior.³⁴⁷ Da mesma forma é o entendimento da jurisprudência.³⁴⁸ Por sua vez, Fabio Medina Osório e Rafael Munhoz de Mello entendem que, no direito administrativo sancionatório, afigura-se impossível a retroatividade da Lei, dado o seu dinamismo e pela ausência de identidade entre os ramos jurídicos,³⁵⁰ nada impedindo que o legislador disponha que a nova lei que assenta conteúdo mais benéfico retroaja."

Cabe acrescentar que a controvérsia a respeito da retroatividade da norma mais benéfica no contexto do processo administrativo sancionador é tamanha que recentemente foi erigida à sistemática da Repercussão Geral no que concerne à Lei 14.230/2021. Em 25/2/2022, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia e delimitou o tema a ser examinado no paradigma.

O Ministro Alexandre de Moraes, nos autos do ARE 843.989, leading case do Tema 1199 da sistemática da Repercussão Geral, referente à “definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (i) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (ii) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”, assim explicitou a divergência:

A Lei 14.230/2021 também passou a estabelecer o prazo de prescrição em 8 anos contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência (art. 23). Traz também marcos interruptivos da prescrição (artigo 23, §4º), bem como prevê, a prescrição intercorrente; assim verificada uma das causas interruptivas, "o prazo recomeça a correr do dia da interrupção", mas "pela metade do prazo previsto no caput deste artigo" (artigo 23, § 5º).

Como se vê, as novas disposições normativas são mais benéficas aos agentes públicos e aos que concorrem para o ato de improbidade.

A doutrina brasileira se divide quanto à retroatividade da lei mais benéfica no Direito administrativo sancionador.

Os que defendem a retroatividade invocam, em geral, a norma do art. 5º, XL, da Constituição Federal que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Essa é a posição, por exemplo, de HERALDO GARCIA VITTA, que propugna que o princípio da retroatividade de lei mais benéfica impõe-se "a fim de prestigiar a nova realidade

imposta pelo legislador; o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar"; e assim seria injustificável a punição "quando o legislador valoriza a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave" (*A Sanção no Direito Administrativo, Malheiros: 2003, p. 113*).

Em outra obra, o mesmo autor defende que os princípios estabelecidos para o Direito Penal, em especial no art. 5º, XL, da CF, "consustanciam 'regramentos' absolutos, não relativizáveis; e devidos aos valores, ou princípios constitucionais, aplicam-se na seara das sanções administrativas. Decorrem do Regime Democrático de Direito, e se legitimam na dignidade da pessoa humana, fundamento da República" (*A atividade administrativa sancionadora e o princípio da segurança jurídica, in Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo (org.), Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo, Belo Horizonte, Fórum, 2013, 2013, p. 678*).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, essa posição foi adotada no REsp 1.153.083, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 19/11/2014, no qual a redatora para o acórdão, a Ilustre Min. REGINA HELENA COSTA, inaugurando a divergência, defendeu a existência no Direito Administrativo Sancionador de um princípio implícito da retroatividade da lei mais benéfica, extraído do art. 5º, XL, da CF.

Eis a ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

I. 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 Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente.

II. Afastado o fundamento da aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido.

Na mesma linha, EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR indaga se "sobrevindo à imposição de penalidade administrativa lei mais benéfica, ora por deixar de considerar o fato perpetrado como infração, ora por amenizar as consequências do ilícito, haverá de lograr incidência retrooperante?" A esse questionamento, responde afirmativamente, argumentando que "a Constituição em vigor não deixa dúvida a respeito. O seu art. 5º, XL, é expresso em proclamar que a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu. Implica dizer, em outras palavras, ser a retroatividade um mandamento quando houver benefício para o acusado, franquia que o legislador não poderá coartar, pena de incidir em inconstitucionalidade. Complementa asseverando que o" dispositivo sobranceiro, com carradas de razão frisara Régis Fernandes de Oliveira, quando ainda vigente o art. 153, § 16, da Constituição pretérita, não tem o seu conteúdo limitado a albergar o fato criminal, abrangendo também o administrativo (*Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. Ano 24 – Mar/Abr-2000 – Vol. 175. São Paulo: Jurid Vellenich Ltda. p. 69*).

Nesta CORTE, no MS 23.262/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 30/10/2014, o PLENO do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL admitiu a aplicação de um preceito de Direito penal na seara administrativa, assentando que o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória") tem vez, igualmente, no processo administrativo disciplinar. Vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida.

1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva.

2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do

perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado.

3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa.

4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.

5. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade.

6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990. (grifo nosso)

Aqueles que advogam a irretroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador pautam-se no argumento de que a norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos. Realçam que, no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio *tempus regit actum*.

Adotando essa posição, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO (Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 154-155) afirma que “não se pode transportar para o Direito Administrativo Sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva”, pois “não há no Direito Administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator”. É que o dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica “funda-se em peculiaridades únicas do Direito Penal, inexistentes no Direito Administrativo Sancionador”.

Argumenta o autor que, por um lado, a retroatividade da lei penal tem por fundamento razões humanitárias associadas à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), por outro, a pena criminal é acompanhada de um juízo de desvalor ético-jurídico que torna intolerável a ideia de continuar a punir quando o fato não mais atingir a consciência do povo. Fundamentos esses que não estão presentes no Direito Administrativo Sancionador.

“No direito administrativo sancionador ocorre algo diferente, as normas jurídicas disciplinam o exercício da função administrativa, estabelecendo, em alguns casos, deveres e obrigações aos particulares. As infrações administrativas, em regra, consistem em condutas que representam a inobservância de tais deveres e obrigações, razão pela qual Alejandro Nieto entende que “los tipos sancionadores administrativos no son autónomos sino que se remiten a atra norma en la que se formula una orden o una prohibición” (CARLO ENRICO PALIERO e ALDO TRAVI. La sanzione amministrativa: profili sistematici, p. 181). Portanto, não há que se falar em juízo de desvalor ético no direito administrativo sancionador — argumento que justifica também a retroatividade da lei penal mais benigna” (idem, ibem, p. 155).

Esse também é o entendimento de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, para quem, no tocante ao princípio da retroatividade da norma mais benéfica, “o direito administrativo sancionador não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo”. É que, em regra, a lei que extingue a figura do ilícito administrativo ou toma a sanção administrativa mais branda não retroage para beneficiar quem praticou a infração administrativa sob a égide da lei anterior (*Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2015. p. 201).

Nessa linha, a Segunda Segunda Turma desta CORTE já decidiu no ARE 1019161 AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/5/2017, no qual o Relator consignou que “Verifica-se, portanto, que a retroatividade da norma mais benéfica em favor do réu é um princípio exclusivo do Direito Penal, onde está em jogo a liberdade da pessoa,

admitindo, até mesmo, o ajuizamento de revisão criminal após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há qualquer tempo.”

Confira-se a ementa do acórdão:

“Ementa: ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do tempus regit actum. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época. II - O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da retroatividade da lei penal mais benéfica. III - Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988). IV - Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. V - Agravo regimental a que se nega provimento.”

Em que pese a controvérsia, a AGU uniformizou o entendimento pela irretroatividade da lei mais benéfica no caso das sanções administrativas, conforme PARECER n. 00045/2020/DECOR/CGU/AGU, de 18 de maio de 2020, aprovado pelo Advogado-Geral da União por meio do Despacho n. 304, de 1º de junho de 2020, cuja ementa foi assim redigida: *IRRETROATIVIDADE DE NORMA MAIS BENÉFICA. AUSÊNCIA DE DIREITO AO DUPLO GRAU NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.*

1. *Irretroatividade da norma sancionadora mais benéfica. Aplica-se aos processos administrativos a legalidade estrita, devendo prevalecer o brocardo tempus regit actum, salvo expressa disposição em sentido contrário (art. 24 da LINDB). Inteligência do PARECER n. 00028/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União.*

2. *Inexistência de direito ao duplo grau nos processos administrativo. Julgamento proferido pela instância máxima da ANTAQ, inviabilizando recurso a instância superior. Ausência de prejuízo.*

3. *Descabimento de recurso hierárquico impróprio ao Presidente da República. Inteligência do Parecer Vinculante AC no 51, de 2006.*

Código 27

Assim, apesar de reservas dessa Consultoria quanto à irretroatividade da lei mais benéfica ao administrado no caso de sanções administrativas, conclui-se, com supedâneo no entendimento do PARECER n. 00045/2020/DECOR/CGU/AGU, de 18 de maio de 2020, referendado pelo Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 304, de 1º de junho de 2020, pela impossibilidade de aplicação de norma mais benéfica trazida pela Lei 14.133/2021 no contexto das infrações e penalidades administrativas no âmbito das licitações e contratos anteriores à vigência dessa norma.

Por outro lado, no que concerne às licitações posteriores à vigência da Lei 14.133/2021, o art. 191 admitiu a alternativa de escolha para a Administração promover licitação e contratação segundo a legislação anterior ou de acordo com a disciplina da Lei 14.133/2021, mas vedou a possibilidade de conjugar os regimes das leis anteriores e da Lei 14.133/2021.

Conclui-se, por conseguinte, que, por força do art. 191 da NLLC, cabe à cada entidade ou órgão da Administração Pública optar por aplicar a legislação anterior ou a Lei 14.133/2021.

A contratação, assim, será regida pela legislação a que se vincular, não podendo a autoridade combinar os dois regimes, ou seja, aplicar o regime sancionatório da Lei 14.133/2021 para licitações e contratos regidos pela legislação anterior, não sendo viável, portanto, a aplicação fragmentada da legislação atual combinada com a anterior, de modo a criar uma terceira regulamentação do tema (*lex tertia*). O órgão responsável pela imposição da infração também não poderá posteriormente alterar a disciplina jurídica anteriormente escolhida, nos moldes

dos arts. 190 e 191, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade estrita, da segurança jurídica e da separação dos poderes.

Concluimos, portanto, que, **em relação às licitações iniciadas após a vigência da Lei 14.133/21, no período de 2 anos de convivência com o regime antigo, a legislação aplicável aos processos administrativos sancionatórios será aquela escolhida discricionariamente pelo Administrador para disciplinar o processo licitatório e a contratação, não podendo haver combinação de regimes ou alteração posterior da disciplina jurídica anteriormente escolhida.**

Ademais, cabe ressaltar que o processo administrativo sancionador, para grande parte da doutrina e jurisprudência, no âmbito das contratações públicas possui a especificidade de a sanção necessitar de previsão anterior no edital ou contrato que a tipifique para poder ter eficácia, não bastando a previsão legal. É que a descrição das sanções administrativas no edital e instrumento contratual ou equivalente é obrigatória, consoante prevê os arts. 25 e 92, inciso XIV, da Lei n. 14.133/2021.

Em relação à Lei 8666/1993, o art. 55, inc. VII, também há previsão semelhante, conforme se lê abaixo:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VII. os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas”.

Deve-se ter em mente, ainda, neste contexto, o que dispõe o art. 58, inc. IV, da referida Lei, in verbis:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

IV. aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”.

Nesse sentido explica JUSTEN FILHO (2021)³:

A penalidade administrativa apenas poderá ser imposta quando prevista no contrato. O contrato não pode prever outras penalidades administrativas, além daquelas autorizadas no art. 156.

No mesmo sentido temos Pablo Leiza Zunino, Bernardo Strobel Guimarães e Francisco Zardo, entre outros. Em sentido contrário, entendem Jessé Torres Pereira Junior, Marcos Jurueña Vilella Souto, Sonia Tanaka, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, entre outros.⁴

Apesar da divergência quanto a possibilidade de as sanções administrativas serem aplicadas sem previsão editalícia e contratual, o que transborda dos limites dessa consulta, entendemos que os preceitos constantes dos arts. 25 e 92, XIV, da Lei 14.133/2021 são claros quanto à obrigatoriedade da previsão das sanções administrativas no edital e instrumento contratual ou equivalente. Assim, entendemos que esses dispositivos corroboram o entendimento exposto no item 29 desse parecer, motivo pelo qual **aconselhamos, por força do princípio da tipicidade, da legalidade estrita e da segurança jurídica, e do disposto nos arts. 25 e 92, inciso XIV, 190 e 191 da Lei n. 14.133/2021, que a consultante exerça sua prerrogativa sancionatória de acordo com o regime jurídico sancionador estabelecido no edital e contrato.**

III

Considerando, portanto, tudo quanto foi exposto, conclui-se o seguinte:

- as licitações em curso subordinam-se à disciplina da lei vigente à data da publicação do edital, o qual se configura como ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado nem mesmo em vista das alternativas previstas na legislação anterior. **O aspecto fundamental reside, por conseguinte, na divulgação do edital como marco temporal para aplicação da legislação pertinente.**
- **com supedâneo no entendimento do PARECER n. 00045/2020/DECOR/CGU/AGU, de 18 de maio de 2020, referendado pelo Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 304, de 1º de junho de 2020,**

não há possibilidade de aplicação de norma mais benéfica trazida pela Lei 14.133/2021 no contexto das infrações e penalidades administrativas no âmbito das licitações e contratos anteriores à vigência dessa norma.

- **em relação às licitações iniciadas após a vigência da Lei 14.133/21, no período de 2 anos de convivência com o regime antigo, a legislação aplicável aos processos administrativos sancionatórios será aquela escolhida discricionariamente pelo Administrador para disciplinar o processo licitatório e a contratação, não podendo haver combinação de regimes ou alteração posterior da disciplina jurídica anteriormente escolhida.**
- **por força do princípio da tipicidade, da legalidade estrita e da segurança jurídica, e do disposto nos arts. 25 e 92, inciso XIV, 190 e 191 da Lei n. 14.133/2021, aconselhamos que a consultante exerça sua prerrogativa sancionatória de acordo com o regime jurídico sancionador estabelecido no edital e contrato.**

Parecer SEI Nº 14685/2022/ME (SEI 29071003)

O julgamento pelo STF do ARE 843.989, *leading case* do Tema 1.199 da sistemática da Repercussão Geral, não tem o condão de alterar o entendimento acima exposto, pois, em primeiro plano, se refere à definição de (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021 e não da Lei 14.133/2021, e, em segundo, não fixou entendimento sobre a retroatividade de qualquer norma mais benéfica no que tange ao Direito Administrativo Sancionador. Na verdade, fixou entendimento pela **ir**retroatividade do novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 e igualmente pela irretroatividade da norma mais benéfica da Lei nº 14.230/2021 em relação à eficácia da coisa julgada e durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Ademais, entendeu que a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei (**retroagem**), porém sem condenação transitada em julgado e **em virtude de ter havido a revogação expressa do texto anterior, o que não se deu no presente caso.**

São as seguintes teses fixadas no julgamento em questão:

Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. **Tese:** 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) **A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;** 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

28. Podemos resumir, pois, as seguintes conclusões advindas dos Pareceres acima citados em relação ao direito intertemporal no que diz respeito à aplicação de sanções no âmbito de licitações e contratos:

28.1. As licitações em curso subordinam-se à disciplina da lei vigente à data da publicação do edital, o qual se configura como ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado nem mesmo em vista das alternativas previstas na legislação anterior. **O aspecto fundamental reside, por conseguinte, na divulgação do edital como marco temporal para aplicação da legislação pertinente.**

28.2. No que tange à aplicação da Lei 14.133/2021 às licitações iniciadas antes de sua entrada em vigor, podemos afirmar que, por força do art. 5º, XXXVI, da CF/88, esteio do art. 6º da LINDB, o novo regime jurídico só poderá incidir em licitações cujo edital tenha sido publicado após sua vigência. Isso significa dizer, portanto, que vigorará o regime jurídico anterior (Lei n. 8.666/1993, a Lei n.

10.520/2002, Lei nº 12.462/2001) nos processos administrativos sancionadores no âmbito das contratações públicas, cujo editais foram publicados antes da vigência da Lei 14.133/2021. Essa conclusão é decorrência direta do princípio do *tempus regit actum*. Em outras palavras, no âmbito das sanções administrativas disciplinadas pela Nova Lei de Licitações, não há dúvidas que as novas sanções administrativas ou o agravamento das já existentes no ordenamento jurídico não retroage. Resta consagrada, portanto, a regra que impede a retroação da lei com o escopo de prejudicar o administrado que incorrer em uma infração administrativa.

28.3. Com supedâneo no entendimento do PARECER n. 00045/2020/DECOR/CGU/AGU, de 18 de maio de 2020, referendado pelo Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 304, de 1º de junho de 2020, pela impossibilidade de aplicação de norma mais benéfica trazida pela Lei 14.133/2021 no contexto das infrações e penalidades administrativas no âmbito das licitações e contratos anteriores à vigência dessa norma.

28.4. Por outro lado, no que concerne às licitações posteriores à vigência da Lei 14.133/2021, o art. 191 admitiu a alternativa de escolha para a Administração promover licitação e contratação segundo a legislação anterior ou de acordo com a disciplina da Lei 14.133/2021, mas vedou a possibilidade de conjugar os regimes das leis anteriores e da Lei 14.133/2021. Por força do art. 191 da NLLC, cabe à cada entidade ou órgão da Administração Pública optar por aplicar a legislação anterior ou a Lei 14.133/2021.

28.5. A contratação, assim, será regida pela legislação a que se vincular, não podendo a autoridade combinar os dois regimes, ou seja, aplicar o regime sancionatório da Lei 14.133/2021 para licitações e contratos regidos pela legislação anterior, não sendo viável, portanto, a aplicação fragmentada da legislação atual combinada com a anterior, de modo a criar uma terceira regulamentação do tema (*lex tertia*). O órgão responsável pela imposição da infração também não poderá posteriormente alterar a disciplina jurídica anteriormente escolhida, nos moldes dos arts. 190 e 191, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade estrita, da segurança jurídica e da separação dos poderes.

28.6. Em relação às licitações iniciadas após a vigência da Lei 14.133/21, no período de 2 anos de convivência com o regime antigo, a legislação aplicável aos processos administrativos sancionatórios será aquela escolhida discricionariamente pelo Administrador para disciplinar o processo licitatório e a contratação, não podendo haver combinação de regimes ou alteração posterior da disciplina jurídica anteriormente escolhida.

III. 2 - OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

29. A Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz, em seu art. 2º, uma sequência de princípios norteadores, in verbis:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

30. O contrato administrativo, apesar de possuir características em comum com os contratos civis, apresenta algumas peculiares previstas no art. 54 da Lei nº 8666/93, nos termos seguintes:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

III.2.1 – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

31. Este princípio consiste, na verdade, num *supra* princípio que deve reger toda a atividade pública, posicionando o Direito Público em um patamar acima do Direito Privado. Tal diferenciação se justifica pelo fato da Administração Pública representar os interesses da sociedade como um todo; em contraposição aos interesses individuais velados pelo Direito Privado. Sobre o tema, assim disserta o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é o princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V, VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.”

32. Em suma, entende-se por “supremacia do interesse público” o fato da Administração Pública, representante do Estado, nas relações jurídicas com particulares, sobressair-se em relação a estes. Veja-se a lição do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. (...) Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares”.

33. É por causa desse princípio que os atos administrativos possuem autoexecutoriedade e o Estado pode, por exemplo, rescindir unilateralmente contratos e aplicar penalidades ao particular. Nos contratos administrativos, a supremacia do interesse público se manifesta por meio de determinadas cláusulas contratuais denominadas “cláusulas exorbitantes”.

34. A supremacia da Administração Pública na aplicação de sanções, ainda que se deva assegurar ao contratado o direito à ampla defesa e ao contraditório, permitindo-lhe acesso às acusações de descumprimento do contrato que lhes são imputadas para que possa se defender, consiste no fato dela mesma poder executar diretamente as penalidades impostas, sem necessidade de intervenção judicial.

III.2.2 – LEGALIDADE OBJETIVA

35. O princípio da Legalidade Objetiva vincula todos os atos do processo administrativo aos textos legais vigentes no Direito brasileiro. Pode ser observado nos incisos I e II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, *in verbis*:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

36. A Legalidade Objetiva tem como finalidade a preservação da lei. É dever da Administração embasar todos os processos administrativos numa norma legal específica, sob pena de invalidade do ato.

III.2.3 – GARANTIA DE DEFESA

37. Princípio de estatura constitucional, a garantia de defesa, também compreendida como ampla defesa e contraditório, está prevista no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, que estabelece:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

38. De suma importância para garantir a validade do ato processual, a garantia de defesa é reforçada pela Lei nº 9.784/99, no inciso VII do parágrafo único do art. 2º, assim:

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

39. Segundo Hely Lopes Meirelles, entende-se por garantia de defesa a observância do rito, a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, a produção de provas de seu interesse, o acompanhamento dos atos de instrução e a utilização dos recursos cabíveis no processo. Além disso, considera-se que o direito de defesa garante, também, a manifestação oral ou escrita sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. Ressalta-se que o processo administrativo que não tem em seu rito a oportunidade efetiva de defesa é nulo.

40. Além dessa perspectiva, temos o contraditório material, que garante às partes a análise de todas suas manifestações quando o julgador for produzir a sua decisão. Assim explica Egon Bockmann Moreira, in verbis:

Frise-se que o contraditório não alberga mero dever processual de intimação das partes envolvidas, mas também os desdobramentos substanciais desse dever. Seria inócua mera garantia formal, que não assegurasse resultados concretos ao processo. Assim, somente serão válidas as decisões que motivadamente apreciem cada uma das manifestações dos administrados.¹

41. Salienta-se ainda que o processo deve ser conduzido de forma imparcial, sob pena de nulidade. Com efeito, a aplicação de penalidade pressupõe a instauração de processo administrativo pautado pela imparcialidade.

III.2.4 – PROPORCIONALIDADE

42. Princípio geral do Direito brasileiro previsto no caput do art. 2º da Lei 9.784/99, a proporcionalidade deve permear os processos administrativos a fim de garantir uma punição justa e razoável à parte acusada de descumprimento ou má execução do contrato. Sobre o tema, assim leciona o administrativista Marçal Justen Filho:

“Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade.”

43. Assim, as sanções impostas pela Administração ao particular que tenha infringido as regras editalícias ou contratuais devem ser compatíveis com a gravidade da conduta. Tendo a Lei 8.666/93 previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves as condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente.

44. Pela leitura dos dispositivos previstos no art. 87 da Lei no 8666, de 1993, que existe uma gradação entre as sanções, da mais leve (advertência) para a mais grave (declaração de inidoneidade), uma vez que as consequências e amplitudes de efeitos que delas decorrem são diferentes. Entretanto, não há previsão legal que imponha à Administração, necessariamente, aplicar a sanção mais leve para

posteriormente, diante de um novo descumprimento, aplicar uma sanção mais grave. As sanções devem ser aplicadas em consonância com a gravidade do fato e da repercussão da conduta faltosa para a Administração, de forma que seja necessária, compatível e suficiente para reprimir a continuidade da conduta ou afastar temporariamente o direito de o particular licitar e contratar com a Administração, após a análise do grau de reprovabilidade do comportamento do licitante ou contratado.

45. Nesse sentido, está a jurisprudência do STJ, a exemplo do MS 7.311/DF, RSTJ 172/113 e RESP 914.087, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, DJ de 29.10.2007 e decisões do TCU, a exemplo do Acórdão 2.259/2011, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro.

III.2.5 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

46. É o princípio que garante a todos o direito a um processo com as etapas previstas em lei, do qual é possível extrair os demais princípios que compõem o regime jurídico do processo administrativo, tendo em vista sua função de orientar a produção e aplicação de normas. No sentido amplo, é um princípio que deve ser interpretado à luz da Constituição de 1988, principalmente com supedâneo no art. 5º, incisos LIV e LV, os quais consagram a exigência de um processo formal regular antes de a administração tomar decisões que tragam gravame e possam atingir a liberdade e a propriedade. Ou seja, a Administração não pode proceder diretamente a uma decisão que entenda cabível sem antes garantir o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

47. Importante ressaltar, nesse momento, que a Lei 14.133/2021, no art. 157 trata de um procedimento simplificado a propósito da imposição da sanção de multa. O art. 158 trata de processo mais consistente relativamente as sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade. Poder-se-ia interpretar que para aplicação de advertência não seria necessário garantir o devido processo legal. Entretanto, em sintonia com a Constituição Federal, devemos entender que simplicidade procedimental não significa não oportunizar a ampla defesa e a produção de provas.

48. Ademais, conforme posição adotada por Marçal Justen Filho, "O art. 157 exige interpretação conforme. A simplicidade procedimental não significa que, quando for cominada sanção de multa, a única formalidade a ser observada seria assegurar ao particular o prazo de quinze dias úteis para sua defesa. Todas as garantias inerentes ao devido processo se aplicam. (...) As garantias previstas no art. 158 são aplicáveis inclusive nas hipóteses em que forem cominadas sanções de advertência e de multa às infrações imputadas ao particular."

Constituição Federal de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)

Jurisprudência do TCU

Acórdão:3785/2013 – Segunda Câmara

Enunciado:

O direito à interposição de recurso em processo licitatório é vigorosa expressão do devido processo legal, sendo ilícita a sua supressão por parte da autoridade administrativa, sob qualquer pretexto.

III.3 - DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

49. Conforme leciona Marçal Justen Filho² *"A Lei 14.133/2021 manteve, em termos substanciais, a modelagem sancionatória consagrada pela Lei 8.666/1993."* (pg. 1621). Desse modo, inclusive por se

tratar de um parecer referencial, trataremos do arcabouço geral, que é o mesmo para os dois sistemas normativos punitivos.

50. A Lei nº 8.666, de 1993 traz vários dispositivos que impõem ao administrador público o dever de aplicar as sanções decorrentes de comportamentos que violem a Lei ou o contrato, dos quais é possível citar alguns importantes cuja base legal está disposta nos seguintes artigos, dentre outros:

Art. 41. A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada;

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o Contrato;

Art. 77. A inexecução total ou parcial do Contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento;

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o Contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas;

Art. 86. O atraso injustificado na execução do Contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no Contrato.

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

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

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

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

51. Como é possível perceber, a Lei 8666/93 contemplou elenco de sanções, mas não definiu, de modo preciso, as hipóteses de sua aplicação.

52. Os pressupostos específicos relacionados aos procedimentos previstos para o Pregão estão mencionados na Lei nº 10.520, de 2002 e no Decreto nº 10.024, de 2019: a) Não assinar o contrato ou a ata de registro de preços, quando convocado dentro do prazo de validade da proposta; b) Não entregar a documentação exigida no edital; c) Apresentar documentação falsa; d) Causar o atraso na execução do objeto; e) Não manter a proposta; f) Falhar na execução do contrato; g) Fraudar a execução do contrato; h) Comportar-se de modo inidôneo; i) Declarar informações falsas; e j) Cometer fraude fiscal.

53. As sanções administrativas passíveis de aplicação, pela Administração Pública, aos fornecedores, são aquelas estabelecidas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, quais sejam: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e os arts. 82 a 84 da Lei nº 13.303/2016 preveem também punições aos fornecedores de maneira similar à Lei nº 8.666/93. Para ilustração, eis um rol com as sanções administrativas e os respectivos fundamentos legais:

a) Advertência (art. 87, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 83, inciso I, da Lei nº 13.303/2016);
b) Multa (art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011, art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 83, inciso II, da Lei nº 13.303/2016);

c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016);

d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93);

e) Publicação extraordinária da decisão condenatória à custa do infrator (art. 6º, inciso II, da Lei nº 12.846/2013);

f) Descredenciamento do SICAF e de sistemas congêneres (art. 7º da Lei nº 10.520/2002).

54. Apesar de manter o arcabouço sancionatório previsto nas anteriores leis relativas às licitações e contratos administrativos, a nova lei resolve muitas divergências que haviam sobre qual penalidade aplicar, incluindo-se sua abrangência. Isso mostra segurança tanto ao aplicador, bem como ao fornecedor, ciente de que certos atos terão medidas imputadas, com adequações devidamente descritas. **De forma mais pedagógica, enumeram-se várias condutas reprováveis**, ensejando-se um processo administrativo sancionatório, que em sua apuração e comprovação, aplicar-se-á a penalidade adequada e descrita nesse novo estatuto de licitações e contratos administrativos.

55. A Lei nº 14.133/2021, o descrito no capítulo I, do título IV, iniciando-se com o art. 155, reflexo de legislações anteriores e instruções normativas da temática, elucida em seu teor a responsabilização do licitante ou contratado pelas infrações previstas no art. 155 e prevê as penalidades que a elas se encaixam no art. 156:

Art. 155. [...]

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

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.
- § 1º Na aplicação das sanções serão considerados:
- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
 - II - as peculiaridades do caso concreto;
 - III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
 - IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
 - V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.
- § 2º A sanção prevista no inciso I do **caput** deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no [inciso I do caput do art. 155 desta Lei](#), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.
- § 3º A sanção prevista no inciso II do **caput** deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no [art. 155 desta Lei](#).
- § 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.
- § 5º A sanção prevista no inciso IV do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos [incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155](#)

desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá 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.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do **caput** deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do **caput** deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do **caput** deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no **caput** deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

56. Deve-se ter em mente que a rescisão contratual não possui natureza sancionatória, pois não se trata de uma genérica pretensão punitiva do Estado, além de não estar elencada no rol de sanções previsto na legislação. A rescisão é uma consequência de ruptura dos efeitos decorrentes da relação contratual entre a administração pública e a contratada, que se tornou insustentável diante de uma situação específica.

57. Como às partes cabe cumprir as obrigações de acordo com a forma prevista no contrato, tanto a contratante quanto o contratado poderão incorrer em motivo para a sua rescisão. A ruptura contratual também pode derivar de outros acontecimentos, a exemplo de situações provenientes do interesse público ou de força maior, estes alheios à vontade dos contraentes, que tornam impossível a continuidade da execução do objeto, fatos estes que não podem ser considerados de natureza sancionatória.

58. Todo ilícito penal ou administrativo só pode ser reconhecido e toda penalidade só pode ser imposta em virtude de lei. Além da previsão legal, as sanções relativas à prática de atos ilegais cometidos na fase licitatória devem ser fixadas no edital e àquelas correspondentes ao descumprimento ou ao cumprimento irregular das obrigações contratuais, respeitadas especificidades de cada objeto, devem ser fixadas no contrato.

59. A previsão das sanções no edital e no contrato foi prevista expressamente no art. 92, XIV, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
(...)

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

60. Essa necessidade decorre, no âmbito das licitações e contratos, do fato de a legislação prever tipos genéricos, já que é impossível ao legislador apontar de forma precisa todos os comportamentos indesejáveis, dada a diversidade de objetos e infindáveis condutas desabonadoras que poderão ser praticadas, mas essa problemática que é a mesma da norma penal em branco não importa em delegação de competência punitiva ao Administração Pública. Assim elucida Marçal Justen Filho²:

11.6 A vedação à delegação de competência normativa punitiva

É inconstitucional a previsão legal que remeter ao administrador a competência discricionária para determinar o conteúdo da ilicitude ou a sanção aplicável.

Poderá definir-se a ilicitude através de cláusulas gerais, que retratem a natureza genérica dos deveres e restrições impostos ao sujeito. Admite-se discricionariedade na gradação da sanção, tendo em vista a gravidade da conduta praticada. Mas essa margem de autonomia não pode

abranjer inclusive a qualificação de determinada conduta como lícita ou ilícita, segundo a vontade do agente. Nem é admissível que a sanção a ser aplicada seja concebida ou escolhida livremente pela autoridade.²⁸¹ (pg. 1600)

61. Vale trazer importantes decisões do STJ a respeito do assunto em tela:

"A jurisprudência dessa Corte é no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo art. 87 da Lei 8.666/93." (AgRg no Agravo em Resposta 43.254/DF, decisão monocrática, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 20.02.2013, DJe de 20.02.2013).

"Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia, a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna"(AgRg no AI 1.030.498/RO, 2ª T, rel. Min. Castro Meira, j. em 09.09.2008, DJe de 10.10.2008).

62. Da afirmação constante do item 29 podemos tirar conclusões importantes, as quais deverão ser observadas pelo agente responsável pelo processo sancionatório.

63. Em primeiro plano, verificando-se o silêncio no edital e contrato administrativo, a doutrina majoritária entende que restará inviabilizada a punição aos particulares. Assim preceitua Marçal Justen Filho⁴:

10) Sanções para o inadimplemento (inc. III)

O dispositivo alude às sanções administrativas. As sanções oponíveis aos licitantes são apenas aquelas previstas em lei (art. 87). No entanto, não basta a previsão em Lei para a concreto possibilidade de imposição. O ato convocatório deverá indicar, concretamente, a extensão da penalidade e as condutas que acarretarão sua incidência.

O tema é extremamente relevante porque a Lei silenciou acerca dos pressupostos da imposição das sanções. Se outros diplomas legislativos não disciplinarem o tema e o edital também silenciar, será impossível impor punições ao licitante desidioso e inadimplente.⁶¹⁹

64. Cabe citar importante decisão do TCU nesse sentido:

Acórdão: 536/2011 – Plenário Enunciado: Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva gradação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.

65. Em segundo, a Administração, observando os limites legais do tipo infracional previstos na lei, ao detalhá-lo no edital e no contrato, vinculará o agente responsável pela decisão no processo sancionatório. **Há possibilidade de exercício de competência discricionária pelo agente público na escolha da sanção e sua quantificação, no caso concreto, de acordo com os limites legais. Entendemos, porém, que caso o regulamento ou o edital/contrato prevejam a sanção cabível para determinada infração e fórmula específica para o cálculo não há campo para a discricionariedade administrativa,** conforme entendimento firmado por essa Consultoria no Parecer SEI Nº 14.685/2022/ME (SEI 29071003). Mais uma vez Marçal Justen Filho³ bem resume a questão:

3.1) A discricionariedade e a proporcionalidade

As exigências de legalidade, tipicidade e culpabilidade não são incompatíveis com a atribuição à autoridade de competência discricionária no tocante ao dimensionamento em concreto da sanção. Aliás, tais exigências exigem essa margem de autonomia, que se destina a adequar a punição às circunstâncias da realidade.

67. Tratado acima o elemento objetivo do tipo, convém deixar claro que o nosso entendimento, em relação ao elemento subjetivo, é no sentido de que, sem culpa, no mínimo, não se pode punir particulares no âmbito das contratações públicas, o que já foi também objeto do **Parecer SEI Nº 14685/2022/ME (SEI 29071003)**, abaixo transcrito no que importa às conclusões acima exaradas:

"Devemos fazer algumas ponderações a respeito dos princípios da proporcionalidade e culpabilidade no âmbito das infrações e sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993 uma vez que percebemos certa confusão por parte do consulente ao formular a pergunta sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso em análise, qual seja, "É possível, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade, substituir a pena literalmente indicada no Termo de Referência pela sanção de advertência, tendo em vista que a área gestora informa que não houve, de fato, dolo ou má-fé por parte da empresa?".

Para aplicação de uma penalidade, além dos princípios que regem a Administração Pública, alguns dos princípios do Direito Penal devem ser observados, notadamente: (i) Princípios da legalidade e da anterioridade, segundo o qual nenhuma penalidade poderá ser imposta ao contratado sem que haja lei prévia que estabeleça a infração e a sanção correspondente; (ii) Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que impõem a adequação da penalidade à infração praticada, considerando-se a gravidade desta, as suas consequências e os prejuízos eventualmente advindos; e (iii) Princípio da culpabilidade, que demanda a comprovação, no caso concreto, da existência de elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta que ensejou o descumprimento contratual, o qual deverá ser levado em consideração na aplicação da penalidade.

Para doutrina majoritária, em respeito ao princípio da culpabilidade, entende-se que deve ser penalizado aquele contratado cuja conduta pressupõe uma reprovabilidade, caracterizada pelo descumprimento de deveres legais e contratuais. Para aplicação da sanção administrativa prevista na Lei nº 8.666/1993 é necessária, pois, a demonstração da culpabilidade do infrator da conduta (dolo ou culpa).

É necessário, porém, registrar que parcela da doutrina entende ser suficiente a voluntariedade para configurar a infração administrativa, como ensina Aniello Parziale¹:

"Denota-se, portanto, que a configuração da infração administrativa demanda a comprovação, nos autos do processo administrativo punitivo, do elemento subjetivo específico, ou seja, o dolo ou a culpa, em sentido estrito. Com efeito, tal exegese é comungada por Régis Fernandes de Oliveira⁹⁶, Rafael Munhoz de Mello⁹⁷, Francisco Zardo⁹⁸, Heraldo Garcia Vitta⁹⁹, Fábio Medina Osório¹⁰⁰, Marçal Justen Filho¹⁰¹, Ricardo Marcondes Martins¹⁰², Eduardo Rocha Dias¹⁰³.

Haja vista que tal assunto não é pacífico, como já alertado, não se pode deixar de delinear, sob pena de incompletude do referido capítulo, o entendimento de que a infração administrativa poderia ser configurada apenas com a verificação da mera voluntariedade - sendo tal exegese sustentada por autorizadas vozes, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁴, José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁵, Daniel Ferreira¹⁰⁶,-, sendo inexigível o elemento subjetivo, o que dispensaria, caso a lei assim expressamente preveja, a demonstração de culpa ou o dolo do infrator para a caracterização da infração administrativa."

14. O TCU tem julgamentos em que demonstra a importância da culpabilidade para averiguação da infração, conforme bem explicada conclusão a que chega o autor Victor Amorim²:

3. OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Dado o poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção nos casos de infração administrativa é um poder-dever e não uma discricionariedade. Portanto, uma vez que tenha conhecimento da infração administrativa praticada por servidor ou particular, tem a Administração o dever de instaurar imediatamente o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis.

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do

próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar (JUSTEN FILHO, 2013, p. 245, grifo nosso).

Desse modo, é preciso evidenciar a paradigmática recomendação do TCU materializada no Acórdão no 754/2015 – Plenário (BRASIL, 2015j): os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à penalização das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520 (BRASIL, 2002c), sob pena de responsabilização.

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, **injustificadamente**, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença; 9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1. deste acórdão (BRASIL, 2015j).

Ou seja, diante da atribuição conferida ao TCU pela CRFB para exercer o controle externo da atuação administrativa dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, não é dado aos servidores públicos, sob pena de responsabilidade, afastarem-se do dever de apurar condutas infracionais praticadas no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Do entendimento do TCU, extrai-se que somente haverá a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo sancionatório quando presentes o elemento objetivo (conduta) e o subjetivo (dolo ou culpa escusável).

Assim, não há que se falar na inexorabilidade da punição às empresas licitantes, como uma espécie de responsabilidade objetiva. Se a conduta do licitante for devidamente justificada e diante da inexistência de prejuízo à Administração, não haverá lastro para a instauração do processo sancionatório, devendo o servidor responsável justificar nos autos da licitação a motivação da não instauração⁵³. (grifamos).

Repare que o acórdão citado pelo autor Victor Amorim fala em "empresas que praticarem, **injustificadamente**, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002". A necessidade de comprovação de ato injustificado para caracterização da prática infracional no âmbito de licitações também foi exteriorizada em outro Acórdão do TCU, conforme trecho transcrito abaixo:

Acórdão: 754/2015 - Plenário Enunciado: A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, não depende da comprovação de dolo ou má-fé. Requer tão somente a evidenciação **da prática injustificada de ato ilegal tipificado nesse dispositivo legal**.

Devemos concluir, apesar da divergência doutrinária mencionada, que o TCU não exige dolo, salvo disposição expressa de lei, a exemplo do art. 84, I, da Lei 13.303/2016, para configuração das infrações administrativas que se dão no âmbito das licitações públicas, porém exige "a prática injustificada", ou seja, a culpa em sentido estrito. Por outro lado, afasta-se a responsabilidade objetiva no âmbito do sistema punitivo constante da legislação licitatória, salvo nas hipóteses contidas na Lei nº 12.846/2013, uma vez que seu art. 2º admite expressamente tal possibilidade.

Por conseguinte, em atenção ao princípio da culpabilidade, caso o gestor entenda que não houve dolo ou culpa do contratante será o caso de motivadamente, é claro, nos autos do processo administrativo deixar de aplicar qualquer sanção ao contratado. Não havendo que se falar em substituir a pena literalmente indicada no Termo de Referência pela sanção de advertência. Ocorre que na pergunta formulada há a menção à ausência de dolo ou má-fé, mas a configuração da culpa em sentido estrito não exige intenção do agente, conforme didaticamente leciona Aniello Parziale³ :

Por sua vez, na culpa em sentido estrito, o sujeito ativo da infração administrativa não deseja praticar o comportamento caracterizado como infração, mas apenas a realização de uma

conduta lícita, sendo observada, no resultado da sua ação, todavia, a ocorrência de um fato típico em razão de não ser diligente o bastante. Neste sentido, consiste a culpa em sentido estrito, no âmbito penal, sinteticamente, na falta de cuidado objetivo necessário ou, conforme prevê o art. 18 do Código Penal, na prática de um ato antijurídico em razão de imprudência, negligência ou imperícia. Melhor esclarecendo tais conceitos, a imprudência caracteriza-se pelo agir sem servir-se dos devidos cuidados, atenção ou sem colocar em prática necessárias precauções, com o escopo de afastar um dano. No tocante à negligência, esta caracteriza-se quando o sujeito atua desprovido de atenção ou precaução, de forma que a distração acaba por gerar um dano. Por derradeiro, a imperícia apresenta-se como a ausência de competência, capacidade ou experiência no desempenho de uma atribuição motivadora para caracterização de prejuízo

No âmbito das sanções administrativas, a configuração do ilícito demanda, como regra, a verificação do elemento subjetivo culposo, de forma a permitir o devido sancionamento na medida da culpabilidade do sujeito, quando observada a prática de um comportamento infracional em razão da imperícia, da imprudência e da negligência. Diz-se, em regra, pois somente deverá ser comprovado o dolo como elemento subjetivo caso a lei assim exija, a exemplo do que estabelece o art. 84, inc. I, da Lei Federal nº 13.303/2016.⁹³

Em consonância com a suficiência da inexecução culposa para caracterização da infração no âmbito das licitações públicas, citamos trecho do **PARECER n. 00115/2015/PFUNIPAMPA/PGF/AGU (NUP: 23100.002106/2013-48):**

É de ser pontuado, ainda, que a aplicação de penalidade administrativa no âmbito de contratos e licitações é norteada por dois princípios básicos: culpabilidade e proporcionalidade.

Pelo primeiro princípio, entende-se que deve ser penalizado aquele cuja conduta pressupõe uma reprovabilidade, caracterizado pelo descumprimento de deveres legais e contratuais.

Segundo o professor Marçal Justen Filho, a reprovabilidade envolve uma avaliação conjugada do posicionamento subjetivo do sujeito e dos efeitos danosos gerados pela infração. E lembra, ainda, o referido professor, que a Lei nº 8.666 determina que **as sanções administrativas são decorrência do inadimplemento do contrato (artigos 86 e 87), o que pressupõe inexecução culposa [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, Dialética, 2008, p. 831].**

Quanto à proporcionalidade na aplicação da penalidade, é preciso ponderar que se trata de impedir a aplicação de sanções incompatíveis com a gravidade e a reprovabilidade da conduta. Em verdade, o referido princípio visa a impedir o sancionamento sem razoabilidade, porquanto a pena deve ser adequada ao tipo de infração e à extensão de seus efeitos.

No âmbito do Egrégio Tribunal de Contas da União a matéria foi decidida nos seguinte termos:

O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas **sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93, observado o devido processo legal.** [Acórdão nº 2.558/2006, 2ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues]

No mesmo sentido do parecer acima citado, a AGU, por meio de seus órgãos consultivos, já se pronunciou inúmeras vezes, a exemplo dos seguintes pareceres: PARECER n. 00070/2016/PROC/PFIFRIO GRANDE DO NORTE/PGF/AGU (NUP: 23517.029039/2015-89); PARECER Nº 410/2017/GAB/PFFUFMT/PGF/AGU (PROCESSO N.º 23108.146771/2016-15); PARECER Nº 1237/2015/CJU-PA/CGU/AGU (PROCESSO N.º 25209.001184/2013-42).

Assim sendo, cabe à autoridade competente analisar se as justificativas da contratada são suficientes para excluir a sua culpa no cometimento da infração objeto do processo administrativo em questão, ou seja, se a conduta da empresa, ao executar de maneira deficitária o contrato, ostenta ou não o signo da reprovabilidade. Devemos apenas destacar que quem se lança a participar de uma licitação pública deve ter a perfeita compreensão de sua capacidade operacional para executar o objeto, especialmente porque esse é um dos requisitos necessários para que seja considerada habilitada no processo (artigos 27, II, e 30 da Lei 8.666/93), assim sendo deve ser analisado nos autos se há causa suficiente para exclusão

da culpabilidade da empresa contratada, sendo excludentes da culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa, o caso fortuito ou a força maior e, por fim, o erro.

Quanto à proporcionalidade na aplicação da penalidade, se trata de impedir a aplicação de sanções incompatíveis com a gravidade e a reprovabilidade da conduta. Em verdade, o referido princípio visa a impedir o sancionamento sem razoabilidade, porquanto a pena deve ser adequada ao tipo de infração e à extensão de seus efeitos. Essa conclusão é extraída dos exatos termos do art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99, que assim dispõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Mas deve-se ter em mente que, sem prejuízo da aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, o agente competente só poderá escolher entre sanções distintas e/ou atuar no sentido de reduzir a sanção se houver espaço para sua atuação discricionária, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Melo:

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível que a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação a mente humana. A inteligência dos homens falece o poder de indentificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal” (Curso de Direito Administrativo, p. 992).

A lei, no caso do Direito Administrativo Sancionador, pode dar algum grau de discricionariedade para o agente administrativo, como bem explica Rafael Munhoz de Mello: “Evidentemente, a lei pode atribuir ao agente administrativo a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto. Em tais hipóteses há vinculação para sancionar o comportamento ilícito, mas discricionariedade na definição da sanção a ser aplicada. A lei formal pode, com efeito, prever duas sanções distintas para um mesmo comportamento (multa ou advertência, por exemplo), cabendo à Administração Pública optar por uma delas em face das peculiaridades do caso em exame. Em outros casos a lei formal pode não definir de modo preciso a intensidade da sanção que deve ser aplicada, estabelecendo apenas limites mínimo e máximo, como frequentemente ocorre com as multas administrativas. Em tais casos, o agente administrativo, avaliando a gravidade do comportamento do infrator, determinará, dentro dos limites legais, qual a intensidade da sanção que deve ser imposta”

Há, pois, possibilidade de exercício de competência discricionária pelo agente público na escolha da sanção e sua quantificação, no caso concreto, de acordo com os limites legais. Entendemos, porém, que caso o regulamento ou o edital/contrato prevejam a sanção cabível para determinada infração e fórmula específica para o cálculo, como no caso em apreço, não há campo para a discricionariedade administrativa.

Assim ensina Felipe Blanco Garcia Guimarães Fleury:

"Por fim, há também a possibilidade de o contrato administrativo prever uma fórmula para a fixação da multa, em decorrência, por exemplo, do atraso injustificado na execução do contrato (art. 86 da Lei 8.666/93). Em regra, fixa-se um percentual para cada dia de atraso, com ou sem um limitador máximo, hipótese, portanto, **que, sequer abstratamente, foi outorgada competência discricionária à Administração para escolha ou dosimetria da sanção.**"

III

Diante do exposto, assim concluímos:

É possível, fundamentando-se no princípio da proporcionabilidade, substituir a pena literalmente indicada no Termo de Referência pela sanção de advertência, tendo em vista que a área gestora informa que não houve, de fato, dolo ou má-fé por parte da empresa?

Não há que se falar em substituir a pena literalmente indicada no Termo de Referência pela sanção de advertência por não haver dolo ou má-fé da contratada, pois a configuração da culpa em sentido estrito não exige intenção do agente. Em atenção ao princípio da culpabilidade, caso o gestor entenda que não houve dolo ou culpa do contratante será o caso de motivadamente, é claro, nos autos do processo administrativo deixar de aplicar qualquer sanção ao contratado.

Assim sendo, cabe à autoridade competente analisar se as justificativas da contratada são suficientes para excluir a sua culpa no cometimento da infração objeto do processo administrativo em questão, ou seja, se a conduta da empresa, ao executar de maneira deficitária o contrato, ostenta ou não o signo da reprovabilidade.

Em caso negativo, ainda com fundamento no princípio da proporcionalidade, é possível atenuação no valor da multa aplicada, considerando que o seu grau (Grau 4) também foi previsto no termo de referência?

Há possibilidade de exercício de competência discricionária pelo agente público na escolha da sanção e sua quantificação, no caso concreto, de acordo com os limites legais. Entendemos, porém, que caso o regulamento ou o edital/contrato prevejam a sanção cabível para determinada infração e fórmula específica para o cálculo, como no caso em apreço, não há campo para a discricionariedade administrativa."

III.4. O PROCESSO SANCIONATÓRIO NOS ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

69. O processo administrativo punitivo promovido pela Administração Pública visa apurar possíveis infrações e, se confirmada a irregularidade, impor a(s) cabível(eis) penalidade(s) ao particular por descumprimento de lei, edital, contrato ou regulamento.

70. A supremacia da Administração Pública na aplicação de sanções, ainda que deva assegurar ao contratado a ampla defesa e o contraditório em face de imputação de descumprimento contratual, consiste no fato da própria Administração poder executar diretamente a penalidade imposta, sem necessidade de intervenção judicial.

A Lei 8.666/93 prevê a existência dessa prerrogativa no inciso IV do art. 58, nos seguintes termos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - **aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste**; (grifo nosso).

71. A instauração do processo administrativo punitivo deve basear-se em “auto de infração”, “representação” ou “peça equivalente”, sendo necessária a exposição minuciosa dos atos ou fatos considerados ilegais ou administrativamente ilícitos praticados pelo indiciado. Além disso, é preciso que a Administração indique, de forma clara e objetiva, a norma ou convenção infringida pelo mesmo.

72. Com relação à aplicação das sanções também na fase licitatória, julgado do Tribunal de Contas da União, Acórdão 754/2015/Plenário, trouxe recomendação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do à época Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), para que oriente os gestores das áreas responsáveis pela condução dos processos licitatórios, no seguinte sentido:

I - deverá ser autuado processo administrativo para apenação das empresas que praticarem injustificadamente ato ilegal previsto no rol do art. 7º, da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002;

II - o art. 7º, da Lei 10.520, tem caráter abrangente, e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;

III - os responsáveis por licitações que não observarem as determinações previstas no subitem 9.5.1 do item 9.5. do Acórdão no 754/2015-TCU-Plenário estão sujeitos a sanções.

73. O referido Acórdão tem por fundamento o previsto no art. 28 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, devendo eventuais sanções aplicadas após o processo administrativo serem registradas no

Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), nos termos da Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010.

74. Sobre a obrigatoriedade da instauração do processo sancionatório pelo agente competente, importante trazer a lume as lições de Fabrício Motta e Jordana Moraes Azevedo⁶:

Não cabe falar em discricionariedade para iniciar ou não o processo para aplicação da sanção, se verificada a infração; tampouco em aplicá-la ou não, se verificado ao fim do regular processo o preenchimento dos pressupostos necessários. O agente público está indiscutivelmente atrelado à consecução das finalidades públicas e não pode, nesse mister, considerar que o interesse público seja disponível.

75. A averiguação de suposta falta funcional constitui imperativo inescusável, não comportando discricionariedade, o que implica dizer que ao se deparar com elementos que denotem a ocorrência de irregularidade fica a autoridade obrigada a promover sua apuração imediata, sob pena de cometer crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal. Isto é o que se denomina de “poder-dever de apuração”. Confira-se a legislação pertinente e decisões do TCU

Lei 8.666/93

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Jurisprudência do TCU

Acórdão: 1793/2011 – Plenário

Enunciado:

As empresas selecionadas via pregão que, quando convocadas a assinar os contratos, não apresentam a documentação exigida ou não levam a termo o compromisso assumido devem sofrer as penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, sob pena de o agente administrativo omissor nesse sentido sofrer as sanções legais, conforme previsto no art. 82 da Lei 8.666/1993.

9.2. determinar à (...) que:

9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg: 9.2.1.1. a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a **não autuação sem justificativa** dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992; (Destacamos)

Acórdão: 2077/2017 – Plenário

Enunciado:

A apuração das condutas faltosas praticadas por licitantes não consiste em faculdade do gestor público com tal atribuição, mas em dever legal. A aplicação de penalidades não se restringe ao Poder Judiciário, mas, nos termos das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, cabe também aos entes públicos que exercem a função administrativa.

Acórdão: 754/2015 – Plenário

“9.5. determinar ao (...):

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter

abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença; 9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1 deste acórdão;

Acórdão: 2916/2013 – Plenário

Enunciado: O não cumprimento do contrato enseja aplicação das sanções previstas à empresa contratada, não se tratando de decisão discricionária dos gestores.

76. Por outro lado, não se pode confundir obrigatoriedade de abertura do processo administrativo sancionatório imediata com a abertura precipitada. É verídico que, em boa parte das vezes, a notícia da prática de determinada irregularidade não se apresenta revestida de exposição detalhada do fato supostamente ilegal, bem ainda da indicação dos possíveis autores. **Nesse caso, deve a autoridade promover, de pronto, uma investigação prévia do fato, por meio da qual se buscará maiores elementos, ou seja, não se deve abrir um processo administrativo sancionatório se ainda há qualquer dúvida sobre a materialidade ou autoria da infração, mas é imperioso proceder à abertura de um processo administrativo prévio que investigue a prática do fato supostamente ilegal.**

77. A investigação preliminar constitui procedimento de caráter preparatório, sigiloso e não punitivo, ao contrário do processo administrativo sancionador, que tem natureza punitiva e o qual deve seguir rito que prestigie o contraditório e ampla defesa. A investigação preliminar deve ser devidamente autuada em processo administrativo. Contudo, por se tratar de processo discricionário e de natureza inquisitorial, não está adstrita a rito formal, ou seja, a sequência de procedimentos previstos de forma taxativa na norma, a exemplo do disposto no art. 3º do Decreto nº 11.129/2022.

78. Desse modo, importante ressaltar que somente haverá a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo sancionatório quando presentes o elemento objetivo (conduta) e o subjetivo (dolo ou culpa escusável), conforme bem explicado por essa Procuradoria no Parecer SEI Nº 14685/2022/ME (SEI 29071003):

O TCU tem julgamentos em que demonstram a importância da culpabilidade para averiguação da infração, conforme bem explicada conclusão a que chega o autor Victor Amorim²:

3. OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Dado o poder disciplinar da Administração Pública, entende-se que a apuração para a aplicação de sanção nos casos de infração administrativa é um poder-dever e não uma discricionariedade. Portanto, uma vez que tenha conhecimento da infração administrativa praticada por servidor ou particular, tem a Administração o dever de instaurar imediatamente o procedimento adequado à sua apuração e, conforme o caso, realizar a consequente aplicação das penas cabíveis.

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. Aliás, a conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição do sujeito que praticou ilícito pode configurar inclusive crime. Portanto, a prévia definição normativa dos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar (JUSTEN FILHO, 2013, p. 245, grifo nosso).

Desse modo, é preciso evidenciar a paradigmática recomendação do TCU materializada no Acórdão no 754/2015 – Plenário (BRASIL, 2015j): os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à penalização das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520 (BRASIL, 2002c), sob pena de responsabilização.

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, **injustificadamente**, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter

abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença; 9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1. deste acórdão (BRASIL, 2015j).

Ou seja, diante da atribuição conferida ao TCU pela CRFB para exercer o controle externo da atuação administrativa dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, não é dado aos servidores públicos, sob pena de responsabilidade, afastarem-se do dever de apurar condutas infracionais praticadas no âmbito das licitações e contratos administrativos.

Do entendimento do TCU, extrai-se que somente haverá a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo sancionatório quando presentes o elemento objetivo (conduta) e o subjetivo (dolo ou culpa escusável).

Assim, não há que se falar na inexorabilidade da punição às empresas licitantes, como uma espécie de responsabilidade objetiva. Se a conduta do licitante for devidamente justificada e diante da inexistência de prejuízo à Administração, não haverá lastro para a instauração do processo sancionatório, devendo o servidor responsável justificar nos autos da licitação a motivação da não instauração⁵³. (grifamos).

80. Devemos chamar atenção, no que tange à instauração indevida do processo administrativo sancionador, ao teor dos seguintes artigos da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19)⁷:

Lei 13.869/19

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 30. (VETADO).

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

81. Conforme já abordado neste Parecer, o processo administrativo punitivo deve ser orientado por todos os princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro, em especial os que estão dispostos no art. 2º da Lei nº 9.784/99, sob pena de nulidade da sanção imposta. Ademais, é essencial que seja adotado o rito formal em todas as fases, a fim de legitimar todo o procedimento, bem como a sanção imposta ao final da apuração.

82. Neste tópico, faz-se necessário ressaltar a importância da obediência ao princípio da legalidade, sob pena de nulidade do processo administrativo punitivo. Assim, o rito processual deve seguir as formalidade prevista em lei ou normatização infralegal.

83. A Lei nº 8.666/93 foi bastante sucinta ao dispor sobre o rito apuratório necessário à aplicação de sanções administrativas. Basicamente, conforme se depreende do § 2º do art. 86, caput do art. 87 e §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo, impôs a necessidade de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se, ainda, prévia defesa e acesso a recursos administrativos. A Lei 14.133/2021 trouxe algumas novidades em relação à legislação anterior, mas também não previu uma ritualística fechada. Veja-se:

Lei 8.666/93

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

(...)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 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.

Lei 14.133/2021

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos [incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei](#) requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o **caput** deste artigo será composta 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.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o **caput** deste artigo;

II - suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#);

III - suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

84. A Administração pode se valer, por meio da regra da analogia ou subsidiariedade, de outros diplomas legais que disponham sobre normas de processo administrativo, tais como a Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 12.846/2013. Além dessas, devem ser observadas no âmbito do Ministério da Economia, as Normas de Execução nº 6 e nº 7, ambas de 18 de março de 2022, que estabelecem procedimento e fluxo padrão referente ao processo de instauração de penalidades na fase contratual no âmbito do Ministério da Economia.

85. A propósito, o próprio art. 12 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta as disposições da Lei Anticorrupção, autoriza a apuração conjunta “de atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013”.

86. Já a Lei 14.133/2021 expressamente previu em seu art. 159, *verbis*:

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

87. Caso inexista a dupla tipicidade do ato ilícito, mesmo assim a apuração da infração à legislação de contratação pública conta com apoio das normas da LAC e do Decreto nº 8.420/2015, que se destinam à responsabilização de entes privados, a fim de suprir a eventual insuficiência da Lei nº 9.784/99.

88. Cabe informar, nesse momento, que vigora no processo administrativo sancionador o princípio do informalismo moderado – também chamado por alguns de princípio do formalismo moderado – significa, no processo administrativo disciplinar, a dispensa de formas rígidas, mantendo apenas as compatíveis com a certeza e a segurança dos atos praticados, salvo as expressas em lei e relativas aos direitos dos acusados. Odete Medauar⁸ explicita que esse princípio “*se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo*”.

89. A sua previsão legal está no art. 22 da Lei nº 9.784/99:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir..

90. A instauração do processo e a definição das imputações dever ser realizada por ato da autoridade competente, de ofício ou mediante representação de qualquer agente público vinculado aos fatos relevantes.

91. A Lei 8.666/93 somente indica expressamente qual é a autoridade com competência administrativa para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, deixando de trazer previsão quanto às demais sanções. Isso permite concluir que tais disposições podem ser previstas nos normativos internos do órgão ou entidade. Nesse desiderato, temos no âmbito do Ministério da Economia, as Normas de Execução nº 6 e a Norma de Execução nº 7, de 18 de março de 2022.

92. Subsistindo dúvidas acerca da competência para as demais sanções, esta poderá ser dirimida com a utilização do art. 17 da Lei no 9.784, de 1999, que é aplicada subsidiariamente à Lei no 8.666, de 1993, a qual informa que, na inexistência de competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

93. Eis o entendimento da Advocacia-Geral da União, conforme Orientação Normativa no 48, transcrita, *in literis*:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 48

“É competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nº 10.520, de 2002, e no 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento”

REFERÊNCIA: art. 58, Lei no 4.320, de 1964; §1º do art. 37 e art. 87 da Lei no 8.666, de 1993; art. 3º e 7º da Lei no 10.520, de 2002.

94. Quanto à sanção de declaração de inidoneidade, talvez porque os efeitos decorrentes dessa sanção possam atingir as licitações e contratações perante toda a Administração Pública, o legislador entendeu por bem estabelecer previsão expressa de que a autoridade competente é o Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou Municipal. Como foi prevista a competência sem disposição que a excepcione, a princípio, conclui-se que esta é exclusiva, não podendo ser delegada.

95. No âmbito federal, constatada a omissão da autoridade competente de instaurar o procedimento, a Controladoria-Geral da União pode requisitar a instauração de processo administrativo ou avocar processos administrativos iniciados por órgão ou entidade federal, conforme disposto na Lei nº 10.683, de 2008.

96. Acerca das formalidades impostas pela Lei 14.133/2021, o art. 158 estabelece que a imposição das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade requer que o processo punitivo seja conduzido por uma comissão composta por 2 ou mais servidores estáveis, ou seja, agentes públicos efetivos que já cumpriram o estágio probatório. Convém muita atenção ao termos do artigo citado, *in verbis*:

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias

conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o **caput** deste artigo será composta 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.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o **caput** deste artigo;

II - suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

97. É possível afirmar que o prazo prescricional para que a Administração instaure o processo administrativo para apuração das responsabilidades do contratado, em decorrência da inexecução das obrigações respectivas é de cinco anos, contados a partir do momento em que se conhece a infração.

98. A Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002 não definem prazo prescricional para o exercício desse poder punitivo. Porém, **em se tratando da aplicação de sanções administrativas em face da violação de preceitos nas licitações e nos contratos, a doutrina majoritária e julgados colegiados tem se inclinado ao entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública federal direta e indireta se submetem à disciplina fixada por legislação própria, no caso, a [Lei nº 9.873/1999](#)**, salvo se for sanção decorrente da lei das estatais:

“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (Grifamos.)”

99. Tem-se que a referida omissão da legislação anterior foi corrigida na nova lei de licitações. O prazo de prescrição das sanções conta-se segundo a regra de 5 anos e se inicia a partir do momento em que a Administração toma ciência da infração. É o que consta do § 4º do art. 158. Trata ainda das causas impeditivas da sua contagem, quais sejam: interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o **caput** deste artigo; suspensão pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 e suspensão por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

100. Com relação à possibilidade de a administração aplicar sanções mesmo após o término da vigência contratual, é importante destacar o entendimento da Advocacia-Geral da União acerca do assunto, proferido por meio da Orientação Normativa no 51, in literis:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 51

“A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual.” (grifos nossos)

REFERÊNCIA: Arts. 57, 69 e 73, §2o, da Lei no 8.666, de 1993; PARECER PGFN/CJU/COJLC/Nº 1759/2010.

101. É importante recordar que o objetivo principal do processo é apurar a realidade material dos fatos ventilados nos autos. Desta forma, o conteúdo apresentado no lastro probatório acostado ao processo tem mais relevância do que a forma como foi produzido, desde que tenham sido observados os princípios já discutidos do contraditório e da ampla defesa

102. Cabe convocar formalmente o licitante ou contratado para apresentar defesa e produzir provas. A validade do ato convocatório depende de restar claro nele as imputações, a indicação das sanções aplicáveis, da aplicação do prazo para defesa e especificação das provas. A intimação poderá se dar de diversas formas, inclusive eletrônica, nas hipóteses de haver certificação eletrônica.

103. Assim consta do Caderno de Logística do Portal de Compras do Governo Federal (<https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica>):

Nota 2: são requisitos mínimos da notificação ao licitante ou contratado, para o oferecimento de defesa prévia: (a) identificação do interessado e do órgão ou entidade; (b) restar claro a finalidade da notificação, ou seja, que é para a apresentação de defesa prévia; (c) a indicação dos fatos e fundamentos legais que ensejaram a abertura da fase; (d) o prazo para resposta com a data de início da contagem; (e) a possibilidade de acesso aos autos do procedimento; (f) a informação da continuidade do processo com ou sem a apresentação da resposta; e (g) a orientação de que à parte são concedidos todos os meios de prova em direito.

104. A doutrina é uníssona quanto à obrigatoriedade de a Administração observar a fase da defesa prévia, uma vez que há previsão expressa no art. 87 da Lei no 8.666, de 1993:

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

105. É importante frisar que o texto previsto nos §§ 2º e 3º do art. 87, o qual traz a expressão “facultada a defesa prévia”, não se trata de ato discricionário do gestor. Diversamente, esse entendimento não encontra qualquer respaldo na doutrina ou na jurisprudência, não podendo prevalecer por estar em dissonância com o regime constitucional vigente, devendo sempre prevalecer o entendimento de ser obrigatória a sua concessão.

106. Essa assertiva deriva da premissa de que haverá defesa sempre que houver acusação, a qual foi fixada pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, cabe ao gestor a obrigatoriedade de conceder prazo para o exercício da defesa prévia pelo interessado, cabendo a este decidir por exercê-lo ou não.

107. Quanto à defesa prévia na Lei 14.133/2021, remetemos ao já explicado nos itens 48 e 49 desse parecer.

108. Sugere-se que ao instaurar o processo para averiguação de eventual inadimplemento, a administração deve – já na primeira notificação – dar ciência ao contratado quanto ao rito procedimental estabelecido pelo órgão ou entidade, ou seja, quais as fases e prazos a que será submetido, buscando com isso ampliar as garantias processuais.

109. Além disso, com amparo no art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, o ato notificatório exarado pela Administração deve conter a descrição clara dos fatos, as cláusulas legais ou contratuais infringidas, a finalidade da notificação, o local de protocolo da defesa e recurso, as informações sobre acesso aos autos, dentre outros, de forma a conferir a plenitude do contraditório, a ampla defesa e a transparência dos atos administrativos.

110. Destaca-se, ainda, a necessidade de o órgão ou entidade garantir que o processamento de apuração seja estruturado com a repartição de funções entre os agentes públicos, acautelando-se para que estes não acumulem competências que sejam incompatíveis, a exemplo daquelas que envolvam a prática de atos de fiscalização; de análise e aplicação de sanções; ou de análise de eventuais pedidos de reconsideração e recursos em face das sanções aplicadas. Cuida-se da observância quanto ao princípio da segregação de funções, que decorre do princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Constituição de 1988.

111. Nesse sentido, a depender de sua estrutura administrativa, podem instituir comissão temporária ou permanente composta por servidores, atribuindo-lhes competência para autuação, instrução e análise das infrações; ou poderá distribuir essas funções entre os setores internos do órgão ou entidade, sempre por meio de ato administrativo idôneo capaz de consignar as competências de servidores para cada fase, observando-se o princípio da segregação das funções.

112. Importante ressaltar que, em sua defesa, poderá o sujeito especificar provas que pretende sejam produzidas, cabendo ao julgador ou comissão julgadora deferir ou não. Essa decisão é um questão

sensível, devendo haver o indeferimento apenas se houver motivação satisfatória e exaustiva, pois pode ferir o princípio da ampla defesa e contraditório.

113. Ressaltamos, entretanto, que cabe ao particular viabilizar a produção de provas requeridas, incumbindo-lhe arcar com seus custos. Não se confunda esse ônus do particular com o de produção da prova dos fatos constitutivos da imputação. Não se pode reputar como verdadeiras as imputações de irregularidades, pois a presunção de legitimidade do ato administrativo não se aplica no bojo de processo administrativo que tenha como objeto a imputação da prática de ilicitude.

114. Repita-se que qualquer sanção, a ser aplicada pela Administração ao particular que infrinja as regras editalícias ou cláusulas contratuais, deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração, sendo inconstitucionais os preceitos que imponham sanções excessivamente graves.

115. Portanto, tem-se que é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção de acordo com os pressupostos de antijuridicidade apurados.

116. O princípio da motivação surge como mais um instrumento de garantia da Administração e dos administrados quanto ao atendimento do interesse público, revestindo-se, de certo modo, em uma forma de publicidade da vontade da Administração estampada nos seus atos. Portanto, a razão e os fundamentos de qualquer decisão administrativa que implique restrições a direitos dos cidadãos devem obrigatoriamente ser explicitados.

117. Nesse sentido, é válida a menção ao disposto no art. 50 da Lei nº 9.784/99:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo

118. No caso de serem aceitos os argumentos contidos na justificativa: após a análise da justificativa e documentos que a instruem, se for constatado que o comportamento do licitante/contratado não corresponde a uma infração, ou que os argumentos trazidos podem ser aceitos por possuírem justificativa capaz de afastar a sanção prevista, os autos do procedimento podem ser arquivados, por intermédio de despacho fundamentado, após a anuência do chefe imediato e da autoridade competente para aplicar a sanção. O despacho fundamentado é o instrumento que concretiza o dever de motivação das decisões, previsto no art. 37, caput e art. 50, inciso LV da CF de 1988. A motivação (art. 50 da Lei nº 9.784/99) é a explicitação do motivo, que é o conjunto das razões de fato ou de direito capazes de revelar a vontade constitutiva do ato. Ele deve conter, de forma expressa, os motivos que levaram à conclusão de que o fato não corresponde a uma infração, ou que os argumentos do licitante/contratado podem ser aceitos por possuírem justificativa capaz de afastar a sanção prevista. A anuência da autoridade superior traduz-se numa forma de controle dos atos de fiscalização.

119. No caso de não serem acatados os argumentos contidos na justificativa: se após a análise da justificativa e dos documentos que a instruem for constatado que o comportamento do licitante/contratado corresponde a uma infração, deve-se realizar a subsunção do fato à sanção correspondente prevista na lei, edital ou contrato e, por meio de despacho fundamentado, delimitar a infração e indicar a sanção correlata.

120. A subsunção do fato à sanção editalícia ou contratual é o enquadramento, ou seja, a verificação da correspondência do tipo de sanção que está prevista para um comportamento ou grupo de condutas específicas previstas (a exemplo das obrigações legais editalícias e contratuais).

121. Cumpre destacar que não cabe a esta Procuradoria fazer o juízo de valor acerca da penalidade a ser aplicada, mas tão-somente orientar o gestor sobre a possibilidade jurídica, devendo ser levados em consideração a gravidade das infrações cometidas pela contratada, o dano ao erário e ao serviço público

oferecido pela Administração, o valor do contrato, o grau de descumprimento contratual, a possível consequência na forma e qualidade de execução da avença, sempre se pautando pela menor onerosidade para a parte contratada e inclusive com a possibilidade de não aplicação de qualquer penalidade, caso entenda pertinente.

122. Em todas as fases, caso o licitante/contratado deixe transcorrer o prazo e não ofereça resposta (justificativa, defesa prévia, recurso, dentre outros) o responsável deve dar continuidade ao procedimento com a análise dos documentos que o instruem até aquele momento.

123. Os autos do procedimento, contendo o documento hábil (relatório ou defesa) e demais documentos da instrução, serão encaminhados à autoridade competente para aplicar a sanção, com o objetivo de saneamento e posterior decisão. O saneamento do procedimento não é obrigatório, porém, é recomendável. Trata-se de providência tomada a fim de eliminar os vícios, irregularidades ou nulidades processuais, bem como a verificação da plausibilidade da sanção indicada e preparar o processo para decisão. Se for o caso, poderão ser realizadas diligências para a complementação de informações ou provas complementares necessárias à instrução. Caso sejam encontradas inconsistências na instrução do procedimento ou irregularidades formais, a exemplo de inobservância de prazos pela Administração, os autos devem ser devolvidos ao setor de origem para regularização. Antes da aplicação da sanção, os autos poderão, **facultativamente**, ser encaminhados para análise e emissão de parecer pela Assessoria/Consultoria Jurídica do órgão.

124. Sobre ser facultativo o parecer jurídico no processo administrativo sancionatório, essa Coordenação já se pronunciou por meio da Nota SEI nº 97/2022/CGLA/PGACD/PGFN-ME, conforme transcrição abaixo.

Nota SEI nº 97/2022/CGLA/PGACD/PGFN-ME

Nota Pública. Ausência de restrição prevista na Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (LAI).

Processo SEI nº 12600.101085/2022-86

Trata-se do processo administrativo nº 12600.101085/2022-86, em trâmite por intermédio do Sistema Eletrônico de Informações – SEI, encaminhado a esta Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CGLA/PGFN), para análise do processo administrativo de apuração de irregularidade na execução do Contrato Administrativo nº 08/2020, firmado com a empresa **ZEPIM SEGURANÇA E VIGILANCIA EIRELI**, cujo objeto consiste na prestação dos serviços de vigilância patrimonial armada letal e não letal, nas dependências do Ministério da Economia no Distrito Federal, conforme condições.

A instauração do processo decorre de atrasos nos pagamentos de salários pela empresa contratada, conforme exposto na Nota Técnica SEI nº 26841/2022/ME (SEI nº 25611839). Considerando a necessidade de garantir a regularidade formal do processo sancionatório e o cumprimento dos requisitos jurídicos antes da decisão dessa autoridade competente acerca da penalização, o processo foi encaminhado para avaliação dessa PGFN.

Ocorre que o consulente não indicou qual seria a dúvida específica a ser dirimida pela PGFN, situação que compromete a emissão de um parecer formal neste momento, devendo o processo retornar para que o Órgão Consulente esclareça e delimite o objeto da consulta.

Saliente-se que a necessidade de parecer jurídico não se configura como peça obrigatória do processo sancionador, em razão da ausência de previsão legal.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal distinguiu três espécies de pareceres jurídicos, quais sejam:

(i) quando a **consulta é facultativa**, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir (...) - MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJ de 1º-2-2008.

Dentro das categorias apresentadas pelo ministro relator Joaquim Barbosa, os Pareceres que não decorram de exigência legal são peças facultativas, cabendo ao gestor, no caso de dúvidas sobre aplicação da lei, remeter os autos à análise da Assessoria Jurídica.

Por oportuno, ressalta-se que o Parecer Jurídico, caso requerido diante de dúvida jurídica, servirá apenas de supedâneo para a tomada de decisão da autoridade julgadora, que não se exime de expressar de forma clara e fundamentada a sua decisão de mérito sobre a aplicação ou não da penalidade. Dito de outra forma, **o parecer analisará apenas a questão da legalidade do procedimento**, não podendo substituir o administrador em sua decisão de mérito quanto à aplicação ou não da penalidade, bem como quanto à dosimetria da pena a ser aplicada, desde que respeitada a proporcionalidade.

Pelo exposto, sugere-se a devolução do processo ao órgão consulente, para este delimite as questões jurídicas a serem enfrentadas pela PGFN.

133. Deve-se pontuar, porém, que o parecer jurídico é imprescindível para aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, nos termos do § 6º do art. 156 da Lei 14.133/2021:

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do **caput** deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

134. Saneado o procedimento, ou em não havendo necessidade, caberá à autoridade competente exarar decisão. No caso de a autoridade competente entender pela não aplicação da sanção: após análise dos documentos constantes nos autos, a decisão pela não aplicação da sanção deverá ser exarada por intermédio de despacho fundamentado, de forma a contemplar as razões que levaram a autoridade a entender pela inexistência da violação às regras da licitação ou do contrato e/ou acatar a tese de defesa apresentada, com o consequente arquivamento dos autos.

135. No caso de a autoridade competente entender pela aplicação de sanção: após a análise dos documentos constantes nos autos, a decisão pela aplicação da sanção deverá ser exarada por intermédio de despacho fundamentado, de forma a contemplar as razões que levaram a autoridade a entender comprovada a existência da violação às regras da licitação ou do contrato e rejeitar a tese de defesa apresentada. Ainda, deve tecer a delimitação da infração cometida e a correspondente sanção prevista, bem como decidir pela rescisão contratual, se for o caso.

136. Sugere-se que a peça de decisão contemple a descrição dos fatos, os fundamentos jurídico-administrativos e a decisão.

137. A autoridade competente para decidir pode utilizar-se do art. 50, § 1º da Lei no 9.784, de 1999, o qual prevê que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de parecer da Consultoria Jurídica do órgão ou entidade ou parecer pericial que, neste caso, serão parte integrante do ato. Nota-se que a intenção da regra não é possibilitar fundamentação remissiva do julgador sem que este traga valoração crítica dos fatos e argumentos de defesa, uma vez que deve fazer constar suas próprias razões para justificar a decisão. Nas duas hipóteses deve haver prova do recebimento da notificação, a qual será juntada aos autos.

138. Da decisão caberá interposição de recurso e/ou do pedido de reconsideração:

a. Recurso hierárquico: aplicadas quaisquer das sanções previstas no art. 87, incisos I, II e III da Lei no 8666/93, cabe recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis. A notificação deverá dar ciência da decisão tomada pela autoridade competente, conforme inscrito no art. 109, inciso I, alínea f da Lei no 8666/93 (incluir a alínea “e” para o caso de haver rescisão contratual).

b. Recurso hierárquico para modalidade convite: no caso de aplicação de sanção decorrente de licitações efetuadas na modalidade convite, o prazo estabelecido será de 2 (dois) dias úteis, conforme art. 109, § 6º da Lei no 8.666, de 1993.

c. Pedido de Reconsideração: para o caso específico de aplicação da Declaração de Inidoneidade, a Lei no 8666/93, em seu art. 109, inciso III, prevê a possibilidade de apresentação de pedido de reconsideração dirigido à autoridade que aplicou a sanção, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

139. É importante destacar que o § 5º do art. 109 da Lei no 8666, de 1993, traz a previsão de que o prazo de recurso ou pedido de reconsideração somente se inicia após a parte interessada ter vista do processo. Desse modo, é necessário que na notificação feita pelo órgão ou entidade, que cientifica quanto à decisão da autoridade competente e a consequente abertura de prazo para recurso, deve constar que será franqueada à parte vista do processo, com a informação do local e horários, sob pena de nulidade dos atos posteriores.

140. Nos termos do art. 87, §3º, da Lei no 8666, de 1993 a aplicação da sanção de inidoneidade é de competência exclusiva do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal.

141. Deve haver prova do recebimento da notificação relativa à aplicação da sanção, a qual será juntada aos autos.

142. O recurso deverá ser dirigido à autoridade superior e será encaminhado por intermédio daquela que decidiu a aplicação da sanção. Trata-se do direito de petição consagrado pelo art. 5º, inc. XXXIV, alínea “a” da CF de 1988, não podendo haver cobrança de taxas ou exigência de depósitos prévios para tramitação do recurso ou do pedido.

143. Após a interposição de recurso ou na sua ausência, a autoridade competente, depois de feita a análise dos pressupostos recursais poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, previsto no § 4º do art. 109 da Lei no 8.666, de 1993, reconsiderar a sua decisão, ou dentro do mesmo prazo encaminhar os autos à autoridade superior. A necessidade de verificação da existência de pressupostos recursais tem por objetivo vedar o exercício arbitrário da faculdade de impugnar atos administrativos pelas licitantes/contratadas. São várias as classificações na doutrina, sugerindo-se que possa ser utilizada a classificação que traz a seguinte divisão: pressupostos subjetivos, que são a legitimidade e interesse recursal; e objetivos, que são a existência de ato administrativo de cunho decisório, a tempestividade, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão.

144. A admissibilidade do recurso será examinada pela autoridade que aplicou a sanção que, ao determinar o processamento do recurso, deverá indicar os efeitos da decisão proferida que, em regra, não possui efeitos suspensivos, conforme § 2º do art. 109 da Lei no 8.666, de 1993.

145. A doutrina⁹ assevera que o recurso poderá ser imediatamente rejeitado diante o não preenchimento de um dos pressupostos recursais. Porém, em razão da gravidade de um ato sumário, aliada à necessidade de motivação, não haveria impedimento do seu processamento (acolhimento formal) e posterior rejeição (no mérito).

146. Admitido o recurso, a autoridade que aplicou a sanção poderá reconsiderar sua decisão. A Lei no 8.666, de 1993 estabelece que, se o juízo de retratação for negativo (não acolher a tese da defesa), os autos devem ser encaminhados à autoridade superior para decisão. Entretanto, a doutrina⁴² entende que também no caso de ser positivo (acolher a tese da defesa), como o efeito será de provimento do recurso, de forma idêntica os autos devem ser remetidos à autoridade superior, uma vez que esta tem o dever de manifestar-se acerca do recurso a ela dirigido, podendo, inclusive, rever a decisão da autoridade inferior quanto ao juízo de retratação.

147. Regra geral, a interposição do recurso não tem efeito suspensivo (é o que impede a ocorrência de efeitos imediatos da decisão). Porém, a autoridade competente pode, presentes as razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva ao recurso (art. 109, § 2o da Lei no 8.666, de 1993). A utilidade da suspensão dos efeitos é que esta impede o acesso do contratado ao judiciário por não haver lesão a ser tutelada.

148. Ao ter conhecimento do recurso a autoridade superior deverá, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados do recebimento, proferir decisão de forma fundamentada, negando ou concedendo provimento ao recurso (§ 4o do art. 109 da Lei no 8.666, de 1993), sob pena de responsabilidade.

149. Caso conhecido o recurso, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, será feito o juízo de mérito pelo julgador, que corresponde à possibilidade de prover (acolher) ou não o pedido. A competência para julgamento do mérito do recurso é reservada à autoridade hierarquicamente superior àquela que aplicou a sanção.

150. A doutrina¹⁰ classifica as decisões do órgão revisor da seguinte forma: (i) decisões confirmadoras (corroboram a decisão anterior); (ii) alteradoras (modificam/reformam a decisão anterior); (iii) supressivas (anulam ou revogam decisão anterior).

151. Após exarar a decisão, a autoridade superior deve notificar a contratada para ciência da decisão.

152. No caso em que a decisão do recurso puder alterar a decisão anterior e agravar a sanção, a autoridade deve notificar o particular para formular alegações antes da decisão.

153. Sugere-se a observância desta previsão, a qual possibilita abertura de prazo para alegações finais no caso de haver possibilidade de agravamento da decisão em grau de recurso (art. 64 e parágrafo único da Lei no 9.784, de 1999). Trata-se da possibilidade de incidência do princípio da reformatio in pejus¹¹.

154. O art. 109, § 1o da Lei no 8.666, de 1993 prevê, para alguns casos, a publicação da intimação dos atos via imprensa oficial. Como a aplicação das sanções de advertência e multa não surtem efeitos para além da órbita jurídica da contratada, ou seja, dessas não se extrai efeitos restritivos que venham a interessar aos outros órgãos públicos contratantes, a doutrina¹² entende que, pelo princípio da eficiência, não se faz necessária a publicação dessas duas sanções no Diário Oficial da União (DOU), bastando o seu registro no sistema cadastral correspondente ou no SICAF.

155. As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (Lei no 8.666, de 1993) e impedimento de licitar e contratar com a União, Estado, DF e Município (Lei no 10.520/2002) e impedimento de licitar e contratar com a União (Decreto no 5.450/2005), devem ser publicadas no DOU e registradas no sistema cadastral correspondente ou SICAF.

156. As rescisões contratuais devem ser publicadas no DOU.

157. Nas hipóteses em que o particular não seja encontrado, tenha mudado de endereço sem atualização de dados junto à Administração ou se recuse a receber a notificação, sugere-se que esta seja publicada no DOU, com o objetivo de dar publicidade ao licitante/contratado.

158. As multas deverão ser recolhidas por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU).

159. No caso de não pagamento da multa administrativa, os autos devem ser encaminhados para inscrição em dívida ativa e posterior cobrança judicial.

IV - CONCLUSÃO

160. Em face do exposto, uma vez que o órgão assessorado siga as orientações acima exaradas, é juridicamente possível dar prosseguimento ao processo administrativo sancionador, sem submeter os autos à **unidade local da Procuradoria da Fazenda Nacional**, consoante ON AGU no 55/2014.

161. Registre-se que a análise jurídica individualizada dos procedimentos será dispensada, desde que a Administração ateste, de forma expressa, que o caso em concreto se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial, **ressalvada a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, em relação a qual o parecer jurídico é imprescindível, nos termos do § 6º do art. 156 da Lei 14.133/202.**

162. Da mesma forma, salienta-se que não é obrigatória a utilização da presente manifestação jurídica referencial por parte do gestor, podendo a autoridade competente, sempre que desejar, encaminhar os processos que versem sobre a questão aqui tratada.

163. Por fim, em havendo peculiaridades que escapem aos contornos gizados por esta manifestação jurídica referencial ou modificação das normas pertinentes, deverá o processo administrativo ser submetido à Procuradoria da Fazenda Nacional, para análise individualizada da questão.

164. É o parecer.

À consideração superior, com proposta de envio à Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia.

Documento assinado eletronicamente

RAISSA DE QUEIROZ RIOS

Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

LUCIANO MOREIRA CARVALHO

Coordenador-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública, Substituto

Aprovo o Parecer Referencial. Encaminhe-se à Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia, consoante proposto.

Documento assinado eletronicamente

VITOR JUNQUEIRA VAZ

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria de Contratos e Disciplina

1. MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999. 3ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007. pg. 294.
2. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
3. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: Dialética Brasil, 2012. pg. 613.
4. Idem.
5. Idem.
6. apud PARZIALE, Aniello. As sanções nas contratações públicas - As infrações, as penalidades e o processo administrativo sancionador. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 242
7. Importante informar que tais dispositivos foram objeto das ADIN 6234 E ADIN 6240.
8. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg. 176.
9. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. Dialética, 2012. Para demais informações complementares consultar obra do autor.
10. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei no 9.784 de 29.1.1999. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
11. PETIAN, Angélica. Regime Jurídico dos Processos Administrativos Ampliativos e Restritivos de Direito – Vol. 26 – Coleção Temas de Direito Administrativo. Malheiros, 2011. A autora tem posicionamento contrário à possibilidade da reformatio in pejus prevista no parágrafo único do art. 64 da Lei no 9.784, de 1999, tecendo o seguinte comentário: “assim, a fim de harmonizar o disposto na Lei Processual Federal com os ditames da Constituição da República, afirmamos que o parágrafo único do art. 64 refere-se apenas à hipótese de anulação da decisão recorrida por motivos de ilegalidade, restando a proibição da reformatio in pejus para todas as demais hipóteses”. Apesar do posicionamento da autora, o entendimento dominante na doutrina é pela possibilidade de ocorrer decisão mais gravosa pela autoridade superior, em grau de recurso, o que legitima a necessidade de prazo para o particular formular alegações finais.
12. DE TORRES, Ronny Charles Lopes. Lei de Licitações Públicas Comentadas. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Vitor Junqueira Vaz, Procurador(a)-Geral Adjunto(a)**, em 14/12/2022, às 14:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano Moreira Carvalho, Coordenador(a)-Geral**, em 14/12/2022, às 15:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Raissa de Queiroz Rios, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 14/12/2022, às 16:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://colaboragov.sei.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **29473294** e o código CRC **DDECCB6E**.