

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO GABINETE

Processo: 201800010028634

Interessado: CENTRAL ESTADUAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA -
CEMAC

Assunto: CONSULTA

DESPACHO Nº 1996/2022 - GAB

EMENTA: 1. CONSULTA ADMINISTRATIVA INCIDENTAL. 2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ILÍCITOS CONTRATUAIS. 3. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 4. SUPERVENIÊNCIA DE LEI BENÉFICA (*LEX MITIOR*) NO QUE TANGE À DOSIMETRIA DE SANÇÃO PECUNIÁRIA. 5. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DOS COMANDOS DA LEI Nº 14.133/2021, CASO MAIS BENÉFICAS. 6. VEDAÇÃO DE SIMBIOSE ENTRE REGIME JURÍDICO ANTIGO E REGIME JURÍDICO NOVO EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS, INCLUSIVE NO TOCANTE À DISCIPLINA EM TORNO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIZAÇÃO. 7. REAFIRMAÇÃO DE DIRETRIZES JÁ ASSENTADAS POR ESTA CASA NO DESPACHO REFERENCIAL Nº 1290/2021 - GAB. 8. DESPACHO REFERENCIAL. PORTARIA Nº 170-GAB/2020-PGE. 9. MATÉRIA ORIENTADA.

1. Trata-se de processo administrativo de responsabilização por indícios de inexecução contratual deflagrado e instruído perante a Secretaria de Estado da Saúde, em desfavor da pessoa jurídica D-HOSP Distribuidora Hospitalar Importação e Exportação LTDA, em conformidade com os documentos que acompanham os autos.

2. Após a confecção do **Relatório Final nº 30/2022 - SES/CPAR** ([000034583062](#)) pela comissão competente ([000017893653](#) e [000018795830](#)), sobreveio o **Parecer SES/PROCSET nº 849/2022** ([000035679018](#)), no qual a Procuradoria Setorial da SES, a

par de analisar a juridicidade do procedimento, optou por submeter ao crivo desta Casa consultiva questão afeta à (im)possibilidade de "*aplicação dos parâmetros quantitativos da multa previstos na Lei nº 14.133/2021 - nova Lei de Licitações, caso mais benéfica*" à espécie (subitens 2.15 a 2.22 do opinativo).

3. Assim, sob invocação da Portaria nº 170/2020-GAB/PGE e dos itens 17 e 18 da Nota Técnica nº 01/2021 - PGE, a controvérsia veio à consultoria jurídica do Gabinete desta Casa.

4. É o relatório.

5. Inicialmente, alerta-se que apesar de questão semelhante já ter sido alvo de orientações referenciais traçadas por esta Casa em oportunidades anteriores [1], tendo em conta a especificidade da matéria ora submetida ao crivo deste Gabinete – *que se aproxima do regime prescricional aplicável a processos administrativos de responsabilização em sentido amplo, mas que com esta não se confunde* –, será adentrado, de forma excepcional, no mérito da controvérsia objeto do feito.

6. Com isso, e diante da atribuição ordinária das Procuradorias Setoriais, assentada no Despacho nº 258/2021 - GAB [2], com fulcro no §2º do art. 79 da Lei estadual nº 17.928/2012, para o assessoramento jurídico dos processos de apuração de responsabilidades por ilícitos contratuais relativos aos órgãos / entidades onde se encontram localizadas, cumpre salientar que a análise de legalidade do presente caso concreto recai sobre a competência da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, por força dos incisos IV, V, VI e VII (1ª parte) do *caput* c/c § 4º do art. 9º do Decreto nº 9.595/2020. As considerações a seguir registradas dar-se-ão sem consideração das premissas fáticas que eventualmente o particularizam, mas sob o enfoque dos aspectos universais acerca da questão da dosimetria da multa enquanto sanção autônoma, discussão que transcende o feito.

7. Feita ressalva de suma importância para a compreensão da abrangência desta peça jurídica, é igualmente importante assinalar que o Direito Administrativo Sancionador, enquanto modalidade de exercício do *jus puniendi* estatal, encontra raízes comuns junto ao Direito Penal na exata medida em que busca garantir a obediência a regras e princípios que visam à tutela de direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal no exercício de tal prerrogativa.

8. Como consequência inevitável da apuração de ilícitos cometidos por particulares que guardam algum tipo de relação jurídica com o Poder Público, o poder-dever de sancioná-los, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto [3], retrata verdadeiro princípio geral que rege o Direito Administrativo pós-moderno ao permitir a expressão do "*repúdio da ordem jurídica a certa conduta, informando [...] o desencorajamento à sua prática, sob a forma de [...] sanções aflitivas*".

9. No que importa ao caso em exame, destaca-se que o desempenho do poder punitivo estatal não desconhece o princípio da retroatividade da norma mais benéfica (*lex mitior*), que encontra previsão específica no art. 5º, XL, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*".

10. Segundo já reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [4], a norma alcança igualmente o âmbito do direito administrativo sancionador, tendo em vista a ausência de "*distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais*" [5]. Nesse mesmo sentido, tem-se o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL. EFEITO DEVOLUTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. SUCESSÃO DE LEIS. LEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O efeito devolutivo do recurso ordinário não alcança questão de mérito estranha aos autos, que não foi apreciada pela decisão recorrida nem alegada na inicial. Constitui regra a aplicação da norma vigente à época dos fatos que regula. A retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando beneficia, necessariamente, a condição do acusado. No caso, a lei nova que prevê pena máxima de trinta dias de suspensão à exemplo da lei revogada e pena mínima mais elevada que a norma antiga. Recurso a que se nega provimento. (RMS 12.539/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2004, DJ 01/07/2004).

11. Para Fábio Medina Osório [6], todavia, a problemática inspira cuidados e demanda análise casuística, não sendo viável o estabelecimento de regra geral em matéria de (ir)retroatividade de lei benéfica em sede do direito administrativo sancionador. Vejamos:

Se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo. Penso que, em tese, o problema há de ser resolvido à luz de alguns critérios gerais facilmente perceptíveis na ordem jurídica brasileira, não se podendo partir, aprioristicamente, de forma absoluta, de uma presunção de retroatividade das normas mais benéficas. Primeiro, evidentemente, o critério preponderante é aquele adotado pelo legislador, que pode estabelecer expressamente a retroatividade da norma mais favorável. Se há essa previsão, nenhum debate pode ser instaurado validamente. Em segundo lugar, há que se atentar ao conteúdo das valorações subjacentes à norma jurídica inovadora e à norma substituída. Se há uma radical mudança de valores, se o legislador modifica uma orientação axiológica tida, em regra, como permanente, em face de critérios científicos ou de profundas alterações nos paradigmas sociais, é possível cogitar de retroatividade das normas mais benéficas, sob o influxo do princípio da igualdade, diante do silêncio da lei. Sem embargo, se o próprio legislador prevê a irretroatividade da norma administrativa mais favorável, resulta inviável reconhecer a retroatividade, pois a igualdade não opera abstratamente, ao arrepio dos critérios legais, salvo no caso de atuação comprovadamente arbitrária e desarrazoada do Poder Legislativo, situação que poderia, obviamente, ser controlada pelo Poder Judiciário.

12. Firme em tais cautelas, merece ser feita menção ao paradigmático **Despacho nº 1290/2021 - GAB** ([000022690776](#), Processo nº 201100010013181), citado pela peça consultiva, que, sobre a retroatividade de normas de direito material em assunto de direito administrativo sancionador, fixou de forma referencial as seguintes premissas:

10. Daí se afigura possível deduzir, na linha de raciocínio dos excertos trasladados, que o traçado do sancionamento administrativo há de seguir, como regra, o regime do contrato sobre o qual recaiu os indícios de inexecução ou má-execução, sem associação do regime jurídico antigo com o novo.

11. Em que pese as semelhanças ontológicas compartilhadas pelo direito administrativo sancionador e pelo direito penal, diante do tratamento diferenciado dado à seção de crimes do art. 177 do Capítulo II-B da Lei estadual nº 14.133/2021, face à revogação imediata, operada pelo inciso I do art. 193, especificamente dos arts. 89 a 108 da Lei nacional nº 8.666/93, não cabe falar em automática aplicação generalizada das novas regras introduzidas no tocante às infrações e sanções administrativas, ao largo das suas caracterizações como “*atos pretéritos e pendentes*” ou mesmo fatos “*presentes*”, como arrematou o item 5.8 do opinativo da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde ([000021195607](#)).

[...]

13. Isso significa, ao menos em tese, que se o contrato objeto de processo administrativo de responsabilização houver se efetivado sob a égide das Leis nacionais nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, aplica-se, via de regra, o regime da prescrição punitiva sedimentado pelo **Despacho “AG” nº 004240/2017** e **Despachos nºs 401/2019 - GAB** e **417/2020 - GAB**, com esteio no art. 1º do Decreto federal nº 20.910/1932 e demais cogitáveis. Lado outro, se se cuidar de ajuste firmado já sob o auspício da Lei nacional nº 14.133/2021, a apuração de infrações e sanções administrativas há de restar secundada pela disciplina da prescrição por essa enunciada, notadamente o disposto no § 4º do seu art. 158.

14. Dita diretriz ganha reforço ao se focar na circunstância de que em sendo a prescrição preceito de direito material, conforme jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, prepondera o critério cronológico da aplicabilidade da norma vigente à época da ocorrência do fato/conduita (o tempo rege o ato - *tempus regit actum*), à luz dos ditames enfeixados nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal e §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42), ressalvada a retroatividade dos efeitos da legislação superveniente quando mais benéfica ao processado.

15. Exatamente nesse sentido se pronunciou o Gabinete desta Casa, através do **Despacho Referencial nº 1551/2020 - GAB**, ao discorrer sobre a sucessão das normas de direito disciplinar materiais da Lei estadual nº 10.460/88, pela Lei estadual nº 20.756/2020, cujo orientação se aproveita, por analogia, ao âmbito do regime administrativo sancionatório referente às relações contratuais, sobretudo porque, conforme bem defendido pelos Procuradores da Fazenda Nacional Fábio Moura de Medeiros e Mônica Antinarelli, a prerrogativa de punição do particular se consubstancia em “*verdadeiro poder hierárquico*”

impróprio”, na medida em que sob a ótica do encargo de desempenho de “*atividades de interesse público remunerado pelo poder público, iguala-se a agentes públicos*” durante o vínculo e enquanto responder por seus “*efeitos*”.

16. E há de se conceber abrangidas, dentre os aludidos “*efeitos*” das contratações, as eventuais responsabilizações decursivas das suas inexecuções ou má execuções, além de outras infrações administrativas.

17. Deve-se acautelar, outrossim, que mesmo a aventada exceção da retroatividade da lei mais favorável ao acusado (*lex mitior*), porventura aposta à diretiva geral da incidência no tempo das normas de direito materiais, não pode deixar de ser considerada à guisa do entendimento firmado em sede de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, via RE nº 600.817/MS, no sentido de “*não é possível a conjugação de partes mais benéficas das [...] normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes*”.

[...]

21. De todo modo, *ad argumentandum tantum*, se em determinada situação concreta atinente a contrato anterior à entrada em vigor da Lei nacional nº 14.133/2021, ou contrato contemporâneo firmado com esboço no regime das Leis nacionais nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, vier a restar constatada a feição mais favorável do novo bloco da disciplina da prescrição em prol do acusado em sede de processo administrativo de responsabilização, defensável será a sua aplicação, em detrimento do regime jurídico antigo, sob o pálio da “*interpretação conforme*” do art. 190 do recente diploma legal, defendida por Marçal Justen Filho, no caso à luz da garantia assegurada pelo inciso XL do art. 5º da Constituição Federal e parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que deve ser conciliada às balizas enunciadas no RE nº 600.817/MS, pelo Supremo Tribunal Federal.

22. E assim há de ser porque, conforme preceitua o Superior Tribunal de Justiça, “*à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina*”.

13. Logo, em se tratando a gradação inserida no art. 156, §3º, da Lei nº 14.133/2021 [7], de regra inequivocamente relacionada ao direito material em discussão, igualmente aplicável o entendimento adotado no aludido **Despacho nº 1290/2021 - GAB** ([000022690776](#), Processo nº 201100010013181), autorizando, como consequência, a aplicação de suas balizas à dosimetria da sanção a ser adotada em procedimentos administrativos sancionadores deflagrados com fundamento em contratos (i) celebrados anteriormente à entrada em vigor da Lei nacional nº 14.133/2021; ou (ii) firmados em momento a ela contemporâneo com base no regime das Leis nacionais nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, acaso mais favoráveis ao acusado.

14. De todo modo, persiste a advertência já exaustivamente abordada no **Despacho nº 1290/2021 - GAB** ([000022690776](#), Processo nº 201100010013181) de que é vedada a combinação entre os regimes jurídicos definidos, de um lado, pela Lei nº 14.133/2021, e, de outro, pelas Leis nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, tendo como resultado a criação de "*terceira lei*" (*lex tertia*) expressando apenas as partes benéficas de uma e outra (art. 191 da Lei nº 14.133/2021) [8].

15. Ante o exposto, com os acréscimos e ressalvas acima registrados, **conheço e aprovo o Parecer SES/PROCSET nº 849/2022** ([000035679018](#)), a fim de orientar, na trilha do Despacho referencial nº 1290/2021 - GAB ([000022690776](#), Processo nº 201100010013181), o seguinte:

(i) em sendo a gradação de multas inserida no art. 156, §3º, da Lei nº 14.133/2021, regra de direito material, é excepcionalmente possível que seja atribuída eficácia retroativa a seus comandos a contratos celebrados anterior ou concomitantemente à Lei nº 14.133/2021 – *nesse último caso, desde que o seu respectivo fundamento jurídico se encontre nas Leis nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011* –, na hipótese de ser vislumbrada, no caso concreto, a sua natureza mais benéfica ao processado com relação ao regramento pretérito;

(ii) impossibilidade de combinação entre os regimes jurídicos definidos, de um lado, pela Lei nº 14.133/2021, e, de outro, pelas Leis nºs 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, tendo como resultado a criação de "*terceira lei*" (*lex tertia*) expressando apenas as partes benéficas de uma e outra, conforme vedação estampada no art. 191 da Lei nº 14.133/2021.

16. Matéria orientada, retornem-se os autos à **Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para ciência e devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência dessa orientação referencial (instruída com cópia do Parecer PROCSET nº 849/2022 e do presente despacho) aos Procuradores do Estado lotados nas Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta e no CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018-GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

NOTAS DE RODAPÉ

[1] Vide Despacho nº 1290/2021 - GAB ([000022690776](#), Processo nº [201100010013181](#)) e Despacho nº 1950/2020 - GAB ([000016587861](#), Processo nº [202000006049899](#)).

[2] Processo administrativo nº 202000010037208.

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011, p. 25.

[4] Por todos, veja-se o RMS 37.031/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/2/2018.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 871.

[6] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 276-277.

[7] Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

II - multa;

[...]

§ 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](#).

[8] O mesmo entendimento se encontra presente no Despacho nº 902/2021 - GAB ([000021038266](#), Processo nº 202100017004219).