

Irretroatividade benigna da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos: o STJ errou?

Constou do Informativo nº 877 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decisão da respectiva Primeira Turma no sentido de que é inadequado aplicar retrospectivamente a Lei nº 14.133/2021 - Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (NLGLC) - para ilícitos anteriores a 30/12/2023, data na qual foi revogado o regime jurídico previsto na Lei nº 8.666/1993, porquanto (i) a legislação superveniente, a um só tempo, inaugurou regime mais favorável no tocante à sua abrangência subjetiva, impondo, porém, contornos mais gravosos relativamente ao seu aspecto temporal, não sendo possível a incidência parcial do novel regramento, e (ii) ausente norma legal expressa determinando sua incidência retroativa.

Quando do julgamento do REsp nº 2211999 – SP, o STJ apreciou a possibilidade de uma empresa que fora impedida de licitar e contratar com a Administração Pública por força de sanção com fundamento no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 ser beneficiária da retroatividade benigna da NLGLC, uma vez que ela conferiu tratamento mais benéfico ao infrator, estabelecendo em seu art. 156, § 4º, que a proibição de licitar ou contratar é restrita ao ente federativo responsável pelo apenamento.

Fazendo remissão ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema nº 1.199 de repercussão geral, a Ministra Relatora Regina Helena Costa asseverou ser *“inadequada a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal benéfica (art. 5º, XL, da Constituição da República) ao Direito Administrativo Sancionador, salvo a existência de previsão legal em sentido diverso”*.

Em face do caso concreto, a Relatora acrescentou, ainda, ser *“equivocada a aplicação retroativa do regime jurídico sancionatório inaugurado pela Lei n. 14.133/2021 para fatos anteriores à sua entrada em vigor, uma vez que, relativamente à pena de impedimento de licitar e contratar, a novel legislação emprestou regime mais gravoso quanto ao seu aspecto temporal, elevando-o para até 3 (três) anos, atenuando o rigor punitivo tão somente em relação à sua esfera territorial”* e que, em razão disso, *“congregar apenas os aspectos benéficos das Leis ns. 8.666/1993 e 14.133/2021 para reputar tal regime híbrido como mais favorável ao infrator implica a criação de uma lex tertia por indevida atuação judicial, em ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes”*. O voto da Relatora foi acompanhado à unanimidade pelos Ministros Gurgel de Faria (em Voto-Vista), Paulo Sérgio Domingues e Sérgio Kukina.

Com o devido respeito, não nos parece que esse entendimento do STJ seja indene de questionamentos.

Os dois primeiros questionamentos decorrem da remissão feita pelo STJ ao que restou decidido pelo STF no Tema nº 1.199 de repercussão geral.

Com efeito, conforme leciona Anderson Sant'Ana Pedra¹, *“não se pode perder de vista que o que restou apreciado pelo STF no ARE 843.989/PR envolvia a lei 14.230/21 que alterou a lei de improbidade administrativa, sendo que o texto*

da lei reformadora prescreve que *‘[a]plicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador’* (art. 1º, § 4º) – não sendo adequada uma aplicação automática, linear e absoluta do que restou decidido no ARE 843.989/PR no microssistema normativo das contratação públicas, notadamente nesse momento de transição e de conjugação dos regimes sancionatórios trazidos pela lei 8.666/1993, lei 10.520/2002 e a lei 14.133/21. Soma-se ainda o fato de que o STF, em outras oportunidades, ao apreciar a retroatividade de lei sancionadora mais benéfica ao acusado em sede de processo administrativo assentou que o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII da CRFB), de aparente berço no Direito Penal, aplica-se igualmente aos processos administrativos sancionadores, apesar de o dispositivo aludir à *‘sentença penal condenatória’*. Diante dessa translúcida expansão garantística do STF não há razão jurídica consistente para se cravar que o entendimento da Suprema Corte, a partir do ARE 843.989/PR, conduziria automaticamente à irretroatividade das normas da lei 14.133/21 aos fatos relacionados a contratos celebrados sob a égide da lei 8.666/1993.”

Também pontuando sobre o Tema nº 1.199, Edilson Pereira Nobre Júniorⁱⁱ acertadamente leciona que:

“(...) a motivação determinante do precedente (ARE 843989) se manteve desvinculada da evolução que, nos quadrantes do Estado democrático de Direito, vem sendo alvo o direito administrativo sancionador.

E não somente, pois é possível extrair uma tendência ao enfraquecimento da eficácia dos direitos fundamentais de liberdade, sopesados em face da necessidade de preponderância do resguardo à moralidade administrativa. Restou ainda invertida a razão de ser do critério interpretativo tradicional das normas ditas excepcionais, a qual não é aplicável às normas atributivas de direitos fundamentais, mas, diferentemente, às que implicam restrições ou sacrifícios de direitos.

Por sua vez, a recomendação de que a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador não é absoluta, não esconde, para que se possa afastar a incidência daqueles, a existência de uma razão objetiva para tanto, uma vez inegável a presença de um núcleo comum de princípios limitadores da competência sancionatória do Estado, inexistindo, quanto à retroatividade benéfica, razão para um tratamento diverso.

*Sob outro ângulo, a tese aprovada se apresenta contraditória em seu próprio teor. Isso porque, muito embora principie por enfatizar “a irretroatividade” da regra que alterou elemento típico (no caso, a exclusão da culpa em sentido estrito como elementar), admite a sua aplicação aos fatos perpetrados anteriormente à inovação legislativa, criando, no particular *discrímen* a forma, capaz de comprometer a igualdade na aplicação da lei.*

Quanto à modificação do prazo de prescrição em geral, o argumento da segurança jurídica – que é a base para o reconhecimento do instituto, não se revela adequado para o rechaço da irretroatividade, sem esquecer que dita alteração necessariamente não constitui benefício para o administrado, o que vai depender do caso concreto.

Já quanto à invocação da natureza processual da prescrição sob a modalidade intercorrente, a respaldar a aplicação imediata da mudança legal, tem-se raciocínio que usufrui de plausibilidade e que se mostra possível para respaldar o entendimento que se consolidou, a despeito de compreensões em sentido contrário”.

Além dessas críticas ao entendimento do STF que embasou o julgamento do REsp nº 2211999 – SP pelo STJ, é preciso destacar que a rigor, o Supremo apenas entendeu por irretroativo o regime jurídico prescricionalⁱⁱⁱ previsto na “Nova LIA”.

Ou seja, no REsp nº 2211999 – SP, o STJ ignorou que, à exceção do regime prescricional, há retroatividade benigna de outros dispositivos da Lei nº 14.230/2021.

Por outro lado, diga-se que, antes do julgamento do Tema nº 1.199 pelo STF, o STJ possuía entendimento no sentido de ser aplicável o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica no âmbito dos processos submetidos ao regime do direito administrativo sancionador, conforme se verifica, por exemplo, no RMS 37.031/SP.

E, mesmo após o julgamento do Tema nº 1.199 pelo STF em 18/08/2022, houve entendimentos do STJ (como no caso do AgInt no AgREsp nº 2.183.950/RJ) no sentido de que “a norma sancionadora, inclusive de natureza administrativa, pode retroagir para beneficiar o infrator”.

Na realidade, a melhor avaliação do tema específico (possibilidade de retroação da norma benéfica relacionada ao âmbito geográfico de aplicação da sanção imposta por lei revogada) não pode ser feita sem a consideração da causa e da amplitude do postulado de retroatividade da regra benigna no campo das disposições legais sancionatórias, bem assim dos efeitos que podem advir de uma nova definição específica da amplitude territorial de aplicação da sanção de não contratar. Subordinar a retroação da norma benéfica a uma previsão específica na lei é, para além de uma desatenção às causas jurídicas essenciais da possibilidade de aplicação da norma nova para regular eventos pretéritos no campo das disposições punitivas em geral, uma utilização um tanto mecânica da separação (mais metodológica e pedagógica do que jurídica) das diversas especialidades do estudo jurídico e a negação de que o intérprete da norma deve considerar, quando da aplicação da lei, a impossibilidade do legislador prever antecipadamente todas as consequências jurídicas de uma nova disposição legal. Também não se justifica a argumentação do acórdão no sentido de que a aplicação retroativa no caso em questão implicaria “a criação de uma *lex tertia* por indevida atuação judicial, em ofensa aos princípios da legalidade e da

separação de poderes", porque não se pode ignorar, a esta altura do desenvolvimento da ciência jurídica, que um único texto legal pode suportar diversas normas distintas (como o são, no caso em tela, a definição do tempo de aplicabilidade da sanção tratada e a restrição de incidência da punição à *"Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção"*).

Percebe-se, portanto que há boa margem para se questionar o posicionamento expresso pelo STJ no julgamento do REsp nº 2211999 – SP, que restringe a retroatividade benigna da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos relativamente ao tema discutido.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia. Membro da Comissão Especial de Saneamento e da Comissão de Direito Administrativo da OAB/PE. Membro da Coordenação de Direito Público da Editora da OAB/PE. Pós-Graduado em Direito Público e **César Caúla**, sócio de Mello Pimentel Advocacia. Procurador do Estado de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil e em Ciências Jurídico-Políticas.

E-mails: aldem.johnston@mellopimentel.com.br e cesar.caula@mellopimentel.com.br.

ⁱ Pedra, Anderson Sant'Ana, A nova lei de licitação e a (im)possibilidade de conjugação dos regimes sancionatórios à luz do Direito Administrativo sancionador, ONLL – Observatório da Nova Lei de Licitações, 17.04.2024. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2024/04/17/nova-lei-de-licitacao-e-impossibilidade-de-conjugacao-regimes-sancionatorios-direito-administrativo-sancionador/>. Acesso em: 13/03/26

ⁱⁱ Nobre Júnior, Edilson Pereira, Improbidade administrativa e retroatividade benéfica: anotações críticas sobre o ARE 843.989, A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 3, nº. 11, (jan./mar. 2003), Belo Horizonte: Fórum, págs.147/164.,

ⁱⁱⁱ “novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

Publicado em 06/04/2026

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa; CAÚLA, César. Irretroatividade benigna da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos: o STJ errou? Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.