

# O TRIPLA

**A**NTITRUSTE

— **A**DMINISTRATIVO E REGULATÓRIO

— **A**NTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE

Ao longo de décadas auxiliando e representando nossos clientes, vemos uma intersecção entre as três áreas de atuação de nossa equipe: todas, em maior ou menor medida, dizem respeito ao relacionamento entre iniciativa privada e o setor público. Por essa razão, as três áreas exigem nosso monitoramento incessante de movimentos legislativos, iniciativas normativas, precedentes, novas tendências jurisprudenciais e mudanças na composição e nos “humores” de órgãos de governo. Só assim conseguimos estar preparados e a postos quando acionados por nossos clientes com as demandas mais diversas.

A partir deste mês de abril, vamos dividir com clientes e colegas as percepções colhidas durante esse processo de monitoramento. A cada dois meses, compartilharemos o que mais chamou nossa atenção no Direito Antitruste, Direito Administrativo e Direito Anticorrupção.

Sabemos que “tempo” é um elemento escasso, e por isso prepararemos sempre textos curtos, privilegiando uma análise crítica e focada nos interesses de nossos clientes. Nesta primeira edição, tratamos de uma importante mudança no padrão de provas do CADE em investigações de carteis, passamos nossas primeiras impressões sobre a nova gestão da CGU e comparamos recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade da retroatividade da lei mais benéfica em processos administrativos sancionadores com o entendimento sobre esse tema das Agências Reguladoras. Por fim, dadas as polêmicas na “quase” mudança no regime de licitações e contratos públicos, dedicamos dois artigos a esse tema.

Esperamos que este informativo proporcione boas reflexões.

**Equipe de Direito Antitruste, Administrativo e Regulatório, Anticorrupção e Compliance.**

# VOCÊ VAI ENCONTRAR NESTA EDIÇÃO...

PROVAS UNILATERAIS EM JULGAMENTO DE CARTEIS NO CADE: O PADRÃO PARA CONDENAÇÕES ESTÁ MUDANDO? pg. 3

PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DO ANTIGO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: QUAIS OS PRINCIPAIS PONTOS DE ATENÇÃO E CUSTOS DE OPORTUNIDADE? pg. 4

O QUE ESPERAR DA NOVA GESTÃO DA CGU EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E AO INCENTIVO À INTEGRIDADE CORPORATIVA? pg. 5

ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NÃO É UMA "TENDÊNCIA". É UMA REALIDADE. pg. 6

DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES REAFIRMAM QUE O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA SE APLICA AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: COMO REAGIRÃO AS AGÊNCIAS REGULADORAS? pg. 8

## EXPEDIENTE DESTA EDIÇÃO



André  
Gilberto



Natali  
Santos



Renato  
Vianna



Thais  
Ribeiro



Lia  
Segre



Raphael  
Pires



Sarah  
Carneiro

## >> PROVAS UNILATERAIS EM JULGAMENTO DE CARTEIS NO CADE: O PADRÃO PARA CONDENAÇÕES ESTÁ MUDANDO?

Novos ventos podem estar soprando no julgamento de investigações de cartéis no CADE.

No dia 08 de março deste ano, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) determinou que o conjunto probatório nos autos de investigações de cartel não deve ser composto apenas por indícios unilaterais fornecidos por acordos celebrados com a autoridade antitruste. Trata-se do julgamento de processo administrativo instaurado para apurar suposto conluio no mercado nacional de sistemas térmicos automotivos entre 1999 e 2009, envolvendo as empresas Valeo, Behr, Modine e Denso, além de pessoas físicas relacionadas.

O processo iniciou-se com acordo de leniência firmado pela Valeo, tendo contado também com dois Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”), celebrados por Behr e Modine. As pessoas jurídicas confessaram o seu envolvimento nos fatos investigados e forneceram relatos e documentos sobre a existência discussões e acordos bilaterais para a alocação de clientes, fixação de preços, e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis.

O Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani votou pela condenação da Denso. Ele entendeu que o conjunto probatório dos autos, “[e]mbora formado exclusivamente por provas unilaterais apresentadas pelos colaboradores”, comprovaria a existência de um acordo ilícito. A seu ver, “as provas de materialidade e autoria do cartel entre Valeo e Denso foram confirmadas por dois colaboradores de empresas diferentes, fontes autônomas entre si”.

***Há inúmeras condenações do CADE, em investigações de cartéis, baseadas em provas unilaterais. Decisões recentes do Tribunal do CADE sinalizam uma mudança nesse entendimento.***

O Presidente do Tribunal do CADE abriu divergência sobre o tema, se posicionando pelo arquivamento do processo perante a Denso por insuficiência de provas. Citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o instituto da delação premiada, concluiu que os indícios trazidos aos autos seriam apenas relatos unilaterais dos beneficiários de acordo de leniência e TCC, que, por si só, não constituiriam meio de prova. Ainda, o Presidente afirmou não estarem presentes elementos fixados no Guia de Recomendações Probatórias do CADE, quais sejam: (i) diversidade de provas e indícios, (ii) corroboração entre si, e (iii) inexistência de dúvida razoável acerca da conduta investigada.

O voto do Presidente foi acolhido pela maioria do Plenário. Não obstante tenha manifestado posição favorável à condenação com base apenas em provas indiretas desde que o conjunto probatório, analisado como um todo, permitisse concluir pela materialidade da conduta de forma razoável, a maioria do Plenário defendeu que provas unilaterais devem ser corroboradas por provas independentes para a formação de convicção condenatória.

Especificamente em relação a e-mails internos – meio de prova comumente adotado em investigações de cartel –, o Conselheiro Victor Fernandes ponderou que “é muito difícil categorizar se e-mails internos da empresa signatária podem de fato ser considerados ‘documentos produzidos unilateralmente pelo colaborador’, já que, “[a] princípio, se a higidez desses documentos puder ser demonstrada pela sua cadeia de custódia, a validade do indício passa a ser verificável”.

O precedente em questão aponta para a consolidação de um posicionamento que já era sugerido internamente pelo CADE, mas que era acolhido apenas excepcionalmente nas recomendações da Superintendência-Geral, da Procuradoria Federal Especializada e do Ministério Público Federal. A tese acolhida majoritariamente pelo Tribunal do CADE nesse novo precedente já havia sido adotada em poucos julgados anteriores, como, por exemplo, na investigação de cartel no mercado de unidades de discos ópticos (Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00, julgado em janeiro de 2019) e na investigação de cartel no mercado mundial de transporte marítimo de embarcações do tipo roll on/roll off (Processo Administrativo nº 08700.005699/2014-22, julgado em março de 2022).

## >> PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA DO ANTIGO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: QUAIS OS PRINCIPAIS PONTOS DE ATENÇÃO E CUSTOS DE OPORTUNIDADE?

No apagar das luzes do, então, último dia da vigência da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), do Regime Diferenciado de Compras (Lei nº 12.462/2011) e da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/21), (“regime anterior” quando citadas em conjunto), sobreveio a Medida Provisória nº 1.167/23 (“MP”), atendendo ao pleito da Confederação Nacional dos Municípios (“CNM”). Segundo a CNM, muitos entes não promoveram as necessárias adequações à Nova Lei de Licitações (“Lei nº 14.133/2021 ou NLL”).

Sem entrar no mérito do acerto ou desacerto da medida, as empresas que contratam com a Administração Pública precisarão redobrar atenção. Isso porque, em um País de proporções continentais e com forte investimento em políticas públicas pelo Estado, as contratações públicas representam parte significativa do Produto Interno Bruto (PIB) e continuarão, por mais alguns meses, ocorrendo a partir de regimes diferentes.

Os principais pontos de atenção são os seguintes:

- i) A MP altera o artigo 191 da NLL, fixando a publicação do instrumento convocatório como marco final da transição entre a NLL e o regime anterior, bem como adota o entendimento do TCU (abordado aqui) e fixa a data de 29.12.2023 como último dia para publicação de instrumentos convocatório à luz do regime anterior;
- ii) A MP determina que a escolha do regime legal aplicável à licitação deverá ser indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta;
- iii) Continua vedada a combinação de regimes;
- iv) A NLL continua aplicável, como já o é desde 01.04.2021, nos termos do seu artigo 194.
- v) Alguns entes federativos já regulamentaram a aplicação da NLL em seus âmbitos de atuação, como é o caso do Município de São Paulo, a partir do Decreto nº 62.100/2022, em vigor desde 01.02.2023 e do Estado do Paraná, que o fez a partir do Decreto nº 10.086/2022, que obriga os seus órgãos e entidades a adotarem a NLL a partir de 01.04.2023;
- vi) No mesmo dia em que foi publicada a MP, sobrevieram importantes regulamentações da NLL como o Decreto nº 11.462/2023, que regulamenta o sistema de registro de preços; o Decreto nº 11.461/2023, que regulamenta o leilão eletrônico para bens móveis inservíveis ou apreendidos; a Instrução Normativa SEGES/MGI nº 12, sobre a licitação pelo critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico, na forma eletrônica;
- vii) O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP continua ativo com a disponibilização das novas contratações públicas que não se limitam à dispensa de contratação. Por exemplo, a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (“EBSH”) já publicou Pregões para contratação com base na NLL.

**Até o final de 2023, dois regimes de licitações e contratações públicas vão coexistir, mas o regime introduzido pela NLL já vem sendo muito utilizado e requer atenção.**

Ou seja, em uma perspectiva de economicidade e custo de oportunidade, embora permaneça a vigência concomitante da NLL e do regime anterior, as empresas que desejam continuar a contratar com a Administração Pública devem estar muito atentas à NLL e à sua adequação a ela, visto que o fim do regime anterior ocorrerá em poucos meses.

Além disso, Administração Federal está empenhada na transição e - principalmente - em efetivar a virada de chave para tornar suas contratações um vetor impulsionador de mudanças (sociais, ambientais e de governança).

O impulso da Administração Federal deve impactar todo o país, visto que pelo art. 89 da Lei de Diretrizes Orçamentárias os municípios que recebem recursos de transferências voluntárias da União são obrigados a empregar as regras federais em sua execução, ou seja, seguir a normativa federal para contratação, o que tudo indica que será a NLL. Sobre isso, mais de 90% dos Municípios do Brasil recebem esse tipo de investimento e, portanto, estão obrigados a contratar nos termos da Administração Federal.

Também empenhado em realizar a transição à NLL, encontra-se o Estado de São Paulo, que com as alterações recentes consegue focar nas regulamentações necessárias para efetivar a transição. Por exemplo, o Decreto nº 67.570/2023 do Estado de São Paulo, já em 16.03.2023, indicava que as normas sobre a NLL estavam em efusiva elaboração, tanto que naquela regulamentação adotou como marco temporal final para escolha do antigo regime, no seu âmbito de aplicação, o dia 31.03.2023.

Ainda que já existam solicitações de emendas à MP tentando prorrogar por um período ainda mais longo a vigência concomitante dos regimes de contratação (NLL e regime anterior), a NLL está em vigor, já se encontra apta a tornar-se tendência nas contratações públicas e perdem, em maior e menor grau, entes federativos que não se adequem a ela e, principalmente, as empresas privadas que deixarão de contratar com a Administração Pública.

Os entes federativos que não se adequem com rapidez à NLL perdem em eficiência, visto que não poderão utilizar o PNCP, os modelos de contratação padronizados, os benefícios e avanços trazidos pela NLL, que visam agilizar facilitar o procedimento de contratação pela Administração Pública.

Da mesma forma, as o recomendado é que as empresas privadas aproveitem o período de manutenção de concomitância dos dois regimes para as adequações necessárias; por exemplo, no que diz respeito à adequação aos padrões de ESG, integridade e aperfeiçoamento para entender e atender a virada de chave da Administração Pública, para que possam permanecer como players competitivos no futuro breve de vigência única da NLL.

---

## >> O QUE ESPERAR DA NOVA GESTÃO DA CGU EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E AO INCENTIVO À INTEGRIDADE CORPORATIVA?

Junto com a nova Administração Federal, Vinícius de Carvalho tomou posse em 1º de janeiro como Ministro da Controladoria-Geral da União ("CGU"). Carvalho presidiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de 2012 a 2016, e convidou diversos de seus antigos colaboradores no CADE para acompanhá-lo na CGU.

***Se a prevenção tende a ser um tema central à nova gestão da CGU, penalizações recentes indicam que as facetas fiscalizatória e punitiva continuarão muito ativas.***

Segundo a Medida Provisória nº 1.154/2023, que fundamenta a atuação da CGU nesta nova gestão da administração federal, o Ministério possui, ao menos, 21 áreas de competência, das quais destacamos: (i) defesa do patrimônio público, (ii) controle interno e auditoria governamental, (iii) fiscalização e avaliação de políticas públicas e programas de governo, (iv) integridade pública e privada, (v) correição e responsabilização de agentes públicos e de entes privados e (vi) prevenção e combate a fraudes e à corrupção.

Assim, a integridade privada e a correição e responsabilização de entes privados, no que diz respeito ao patrimônio público, são áreas de competência da CGU, e cabe ao órgão instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas com fundamento na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e celebrar acordo de leniência ou termo de compromisso.

A competência da CGU para também investigar agentes privados nos inspira a acompanhar com atenção as ações do órgão. Como a CGU é órgão de governo, o que podemos esperar da nova composição?

Temos algumas pistas. Mais cedo neste mês, o órgão noticiou ter atingido “a marca de 100 empresas punidas por atos ilícitos contra a Administração Pública” por descumprimento da Lei Anticorrupção e de outras normas anticorrupção, cujas penas superam R\$ 807.750.449,43. Na publicação, a CGU lembrou que o diferencial da Lei Anticorrupção é “reconhecer que as empresas são os principais agentes multiplicadores de valores econômicos, sociais e políticos, de maneira que possuem papel central no debate sobre o fenômeno corruptivo”. Ainda nesse sentido, decisões recentes do órgão podem indicar que a faceta sancionadora da CGU se manterá forte na atual gestão.

Por outro lado, Carvalho já teria se manifestado no passado em tom crítico às elevadas multas aplicadas a empresas em acordos de leniência previstas na Lei Anticorrupção. Aliás, em uma iniciativa sem qualquer relação com a CGU, recentemente partidos políticos ingressaram com demanda junto ao STF (ADPF 1051) solicitando a suspensão de multas estabelecidas nos acordos de leniência celebrados entre o Estado e empresas no âmbito da Operação Lava-Jato, argumentando que os valores demasiadamente altos colocariam em risco à continuidade das empresas afetadas.

Considerando o discurso de posse de Carvalho, a atual gestão da CGU parece querer transparecer que estará centrada, principalmente, em transparência e prevenção. No discurso, Carvalho prestigiou a Lei de Acesso à Informação (LAI) e o Portal da Transparência, e indicou que tais ferramentas serão priorizadas na gestão.

Ainda, a reestruturação da CGU incluiu o deslocamento de parte das atribuições da Secretaria de Combate à Corrupção para a Secretaria de Integridade Privada, recém-criada, que incentiva boas práticas no setor privado para prevenir irregularidades. Esta secretaria também é responsável por acordos de leniência de empresas, e por processos de responsabilização de companhias por atos lesivos contra a administração pública.

Acompanharmos as próximas ações do órgão para verificar se esse priorizará, conforme tem transparecido na mídia, o fomento à transparência do setor público, bem como à integridade e prevenção no setor privado.

---

## >> ESG NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NÃO É UMA “TENDÊNCIA”. É UMA REALIDADE.

Em 31.03.2023, foi publicada a Medida Provisória nº 1.167/ 2023, que postergou a vigência da Lei nº 8.666/93. De acordo com a MP, até 30.12.2023 os órgãos que integram a administração pública direta poderão escolher pela realização de processos licitatórios regidos pela Lei nº 8.666/93 ou pela Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21, conhecida por “NLL”). Na prática, espera-se que, pelo menos até o fim de 2023, pouquíssimas licitações sejam realizadas com base na NLL. Tratamos desse tema em uma série de publicações que podem ser acessadas aqui.

***Inspirados nas diretrizes da NLL, diversos editais de licitações públicas já incluem exigências variadas relativas aos aspectos de ESG.***

Se, por um lado, a dilação da vigência da Lei nº 8.666/93 atrasa a implementação das inovações trazidas pela NLL, por outro lado ela permite que as partes interessadas em contratações públicas tenham mais tempo para se adequarem à nova realidade que a NLL estabelece. Dentre essa nova realidade, destacamos as medidas voltadas à implementação de políticas e práticas de ESG, sigla em inglês para “Environmental, Social and Governance” (ambiental, social e governança, em português) – conceito já bastante difundido que se volta a estimular, mensurar e estruturar práticas ambientais, sociais e de governança.

A NLL pretende fazer das contratações públicas uma força motriz a estimular que as empresas privadas estejam cada vez mais alinhadas com as práticas de ESG. Apresentar o menor preço para determinado produto deixou de ser suficiente para assegurar a vitória em uma licitação, de modo que as empresas interessadas em contratar com a administração pública terão que se adaptar a essa nova realidade – criando, aperfeiçoando e, por vezes, comprovando a existência de práticas de ESG. Dentre as diretrizes voltadas a ESG estabelecidas pela NLL, destacamos:

Em relação a Ambiental, (i) poderá ser estabelecida margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis (art. 26), (ii) as obras e serviços de engenharia devem respeitar a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos, devem mitigar impactos ambientais, e devem reduzir o consumo de energia e de recursos naturais (art. 45), (iii) a administração pública poderá estabelecer remuneração variável vinculada a critérios de sustentabilidade ambiental (art. 144), e (iv) riscos e impactos ambientais devem ser avaliados em caso de suspensão ou nulidade do contrato (art. 147).

Em relação a Social, (i) o edital da licitação pode exigir percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica, e pessoas oriundas ou egressas do sistema prisional (art. 25, §9 e Decreto Federal nº 11.430/2023), e (ii) as obras e serviços de engenharia devem proteger o patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, e devem promover acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 45).

Em relação a Governança, as diretrizes da NLL voltam-se à existência de programas de integridade, que são (i) condição para a assinatura de contratações vultosas (art. 25, §4), (ii) relevantes para fins de desempate, e (iii) fator atenuante em caso de aplicação de sanções (arts. 60 e 156). Além disso, a NLL estabelece que cada órgão/entidade pública fica responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos (art. 11).

Portanto, a NLL não entende a contratação pública como um fim em si mesmo, mas também como um meio de estimular o mercado – e a própria administração pública – à adoção de práticas de ESG a fim de permitir que as contratações públicas conjuguem o melhor resultado econômico, sustentável e social.

Ocorre que a NLL não encerra as iniciativas do poder público para esse objetivo. Em relação a Governança, diversas normas estaduais e municipais também exigem a implementação de programas de integridade em licitações públicas. É o caso do Estado do Rio de Janeiro (desde 2017), do Distrito Federal (desde 2018) e do Estado do Sergipe (desde 2021).

Em relação a Social, Rondônia, Amazonas, Distrito Federal e Maranhão possuem leis que estabelecem que a equidade de gênero é condição para celebração de contratos públicos (a NLL, por sua vez, prevê a equidade de gênero apenas como critério de desempate).

Nesse sentido, os Estados do Amazonas, Rondônia e Distrito Federal vão ainda mais longe e estabelecem os meios pelos quais as licitantes devem comprovar a equidade. São eles (i) documento contendo o nome de todos os funcionários e respectivos cargos, tempo de serviço, grau de instrução, raça declarada e remuneração; e/ou (ii) relatório sobre ações afirmativas adotadas para garantir a igualdade de condições no ingresso e na ascensão profissional, e o combate às práticas discriminatórias.

Tais exigências (notadamente a exigência “i”) geram importantes implicações trabalhistas, concorrenciais, e de proteção de dados, podendo inclusive incorrer em ilegalidades ou inconstitucionalidades. Isso, porque (i) Estados não tem competência para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I, CF), (ii) a exigência de apresentação dos documentos e informações expõe a estratégia de gestão e gerenciamento da empresa, incentivando um ambiente onde concorrentes apresentam informações sensíveis, e (iii) as informações exigidas guardam dados sensíveis, podendo desrespeitar o princípio da necessidade, que deve nortear o tratamento de dados pelo Poder Público (art. 7º, inciso III, LGPD) e estabelece que o tratamento deve ser limitado ao “mínimo necessário para a realização de suas finalidades”, abrangendo apenas os “dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (art. 6º, inciso III, LGPD).

Percebe-se, então, que o legislador federal, por meio da NLL, e os legisladores locais por meio de normas esparsas, estão cada vez mais atentos à utilização do poder de comprar como estímulo à implementação de práticas de ESG pelas empresas privadas – por vezes, inclusive possivelmente extrapolando suas competências legais e criando exigências que, se cumpridas, podem violar outras leis.

A postergação da vigência plena da NLL concede um prazo maior para que as empresas se adequem a essa nova realidade – que será mandatória a partir de janeiro de 2024. Nesse meio tempo, porém, exigências de ESG já podem ser encontradas em editais, a depender do órgão contratante.

Diante desse cenário em que há valorização das práticas de ESG pela Administração Pública, as empresas que desejam participar de compras públicas devem se preocupar cada vez mais em construir e manter uma sólida política e cultura ambiental, social e de governança, sob pena de se verem impossibilitadas de participar de licitações e, assim, celebrar contratos públicos.

---

## >> DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES REAFIRMAM QUE O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA SE APLICA AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: COMO REAGIRÃO AS AGÊNCIAS REGULADORAS?

O princípio da retroatividade da lei mais benéfica está previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal segundo o qual “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O princípio foi incorporado ao nosso ordenamento por força do artigo 9º do Pacto de São José da Costa Rica.

Tanto a Constituição Federal quanto o Pacto de São José da Costa Rica limitam a aplicação do princípio às leis penais. No entanto, os tribunais superiores vêm entendendo que o princípio da retroatividade de lei mais benéfica também se aplica aos processos administrativos sancionadores. Duas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) e do Supremo Tribunal Federal (“STF”) confirmam esse entendimento.

No dia 13 de março de 2023, a Primeira Turma do STJ, no julgamento do AgInt no REsp nº 2025166 - ES (2022/0017170-7), nos termos do voto da Ministra Relatora Regina Helena Costa, proferiu acórdão indeferindo o agravo interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), e reafirmou seu entendimento de que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal também se aplica aos processos administrativos sancionadores. A Ministra baseou-se em outros precedentes do STJ com o mesmo entendimento, como o AgInt nos EREsp nº 1.311.383/RS e o REsp nº 1.153.083/MT.

***Em entendimentos que divergem da posição recente dos Tribunais Superiores, agências reguladoras resistem a respeitar, em processos sancionadores, o princípio da lei mais benéfica.***

Do mesmo modo, em 19 de agosto de 2022, o STF reconheceu a aplicação da retroatividade de norma mais benéfica aos réus em ações de improbidade administrativa no Agravo em Recurso Extraordinário nº 843989 no âmbito do Tema de Repercussão Geral nº 1199. Ali, o STF decidiu pela aplicação retroativa da lei mais benéfica aos réus em ação de improbidade administrativa no que tange à caracterização do ato ímprobo na modalidade culposa, visto que a nova lei extingue conduta anteriormente tipificada pela redação original da Lei de Improbidade (LIA).

Os Tribunais Superiores, portanto, vêm reafirmando o entendimento de que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica também se aplica aos processos administrativos sancionadores.



Por exemplo, a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (“ANTAQ”) instaurou o processo nº 50300.007028/2021-02 em face da Companhia Docas do Rio de Janeiro (“CDRJ”) por esta ter supostamente deixado de realizar o controle adequado de circulação de pessoas. O auto de infração fundamentou-se no artigo 33, VI, da Resolução nº 3.274/2014 e nas Portarias SEP nº 121/2016 e nº 350/2014 (“Portarias SEP”). Em seu recurso, a CDRJ invocou o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, sob o fundamento de que sobreveio a Portaria nº 84/2021-MINFRA, que teria revogado as portarias SEP.

A Gerência de Fiscalização Portos e Instalações portuárias indeferiu o recurso da CDRJ, e manifestou entendimento de que não é possível aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica aos processos administrativos sancionadores, com fundamento no Parecer nº 00028/2015/DEPCONSU/PGF/AGU (“Parecer”), de setembro de 2015, da Procuradoria Geral Federal, segundo o qual o princípio da retroatividade da lei mais benéfica é exceção, e deve ser interpretada restritivamente, uma vez que o “suporte fático que sustenta a aplicação de retroação da norma penal benigna não corresponde, via de regra, ao da seara administrativa e, em especial, àquele em que a administração pública exercita seu poder de polícia”.

O Parecer também foi usado pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres (“ANTT”) para deixar de aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica no processo nº 50500.380133/2016-61, instaurado em face da concessionária Autopista Regis Bittencourt S/A, por esta supostamente ter entregado relatório de monitoração de elementos da rodovia de forma incompleta, conduta tipificada pelo artigo 6º, XXIII, da Resolução ANTT nº 4.071/2013. Em suas razões recursais, a Autopista Regis Bittencourt S/A invocou o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, sob o fundamento de que sobreveio o Manual de Fiscalização de Rodovias Federais da ANTT, que teria passado a regular o tema. A Diretoria colegiada da ANTT seguiu o voto do Diretor Relator Luciano Lourenço da Silva, que indeferiu o recurso da Autopista Regis Bittencourt S/A e deixou de aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica por se tratar de uma “exceção”, nos termos do Parecer.

Em que pese o entendimento de ANTT e ANTAQ nesses dois exemplos, na linha de que a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica aos processos administrativos sancionadores configura uma “situação excepcional”, a lógica mais correta parece ser aquela alcançada pela decisão do STJ: se a lei retroage em casos mais graves, tipificados pelas leis penais, não haveria sentido de não aplicar o mesmo princípio em casos menos graves, como o das sanções administrativas.

No mesmo sentido, se o STF decidiu pela retroatividade da Lei 14.230/2021 aos réus nas ações de improbidade na modalidade culposa – conduta de elevado grau de reprovação pelo ordenamento jurídico –, não parece haver lógica no fato de Agências Reguladoras classificarem o princípio da retroatividade como “exceção”. Essa orientação, inclusive, traz insegurança jurídica aos agentes regulados, que deixam de ver aplicada uma garantia constitucional expressamente reconhecida pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STJ.

*Este boletim tem propósito meramente informativo e não deve ser considerado para fins de se obter aconselhamento jurídico sobre qualquer um dos temas aqui tratados.*

---

*Se precisar de informações adicionais, contate nossa equipe ou visite nosso site [www.cgmlaw.com.br](http://www.cgmlaw.com.br)*

---

CGM Advogados. Todos os direitos reservados.

### *Reconhecimentos recentes*

**Chambers & Partners**  
Brazil

---

**The Legal 500**  
Latin America

---

**Latin Lawyer**  
250

---

**Euromoney**  
Expert Guide

**Análise Advocacia**  
Brasil

**Best Lawyers**  
Brazil