



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA

LICITAÇÕES: PRINCÍPIOS, LEGISLAÇÃO E FRAUDES

ORIENTANDO: BRENNO RODRIGUES RESENDE

ORIENTADORA: PROF^a DR^a MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

GOIÂNIA

2022

BRENNO RODRIGUES RESENDE

LICITAÇÕES: PRINCÍPIOS, LEGISLAÇÃO E FRAUDES

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof^a. Orientadora: Dr^a Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

GOIÂNIA

2022

BRENNO RODRIGUES RESENDE

LICITAÇÕES: PRINCÍPIOS, LEGISLAÇÃO E FRAUDES

Data da Defesa: 30 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^ª. Dr^a Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Nota: ____

Examinador Convidado: Prof. Ms. Júlio Anderson Alves Bueno

Nota: ____

AGRADECIMENTOS

Tantas pessoas fizeram parte dessa trajetória que tentar ordenar os agradecimentos poderia acabar se tornando uma injustiça, pois cada um, ao seu modo, contribuiu para essa materialização.

Portanto, externo meus agradecimentos, sem uma ordem de importância, à minha mãe e meu pai, que, com muito carinho e dedicação sempre me auxiliaram nessa caminhada. À Jackelyne, pela paciência e amor dedicados. Aos grandes amigos, João Vitor, Nathalia, Daniel.

À orientadora Maria Cristina, pela atenção dedicada e tranquilidade na condução dos alunos.

Ao Partido dos trabalhadores por, entendendo a situação da classe trabalhadora, ter oportunizado o financiamento integral dos meus estudos.

E a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram nessa caminhada.

EPÍGRAFE

Quando homens maus se unem, homens bons devem se associar; caso contrário, eles vão acabar, um por um, fazendo um sacrifício impiedoso em uma luta ingrata

Edmund Burke

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|----|
| Tabela 1: comparativo. Lei 8.666 e Lei 14.133. Crime utilização indevida de dispensa, inexigibilidade ou compra direta | 45 |
| Tabela 2: comparativo. Lei 8.666 e Lei 14.133. óbices ao caráter competitivo das licitações | 47 |

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade investigar os fundamentos, legislação aplicável e identificar fraudes que possuem recorrência no âmbito dos procedimentos licitatório. Destaca-se que a legislação sobre o tema está subordinada a duas leis que estão vigendo simultaneamente, isto é, a lei nº 8.666/1993 e a lei nº 14.133/2021. Nesta última destacam-se a incrementação dos tipos penais específicos dos procedimentos licitatórios que, a partir da criação de capítulo especial no Código Penal, tratou de aumentar significativamente as penas. Conclui-se que existem certos comportamentos recorrentes no âmbito das fraudes às licitações que, muito embora se aprimorem constantemente, devem ser observados pelos órgãos responsáveis por garantir a lisura de tais procedimentos e garantir a plena aplicabilidade dos princípios constitucionais e aqueles presentes na legislação ordinária.

Palavras-chave: Licitações; Compras públicas; Improbidade Administrativa; Fraudes.

ABSTRACT

The purpose of this research is to investigate the grounds, applicable legislation and identify frauds that have recurrence within the scope of bidding procedures. It is noteworthy that the legislation on the subject is subject to two laws that are in force simultaneously, that is, Law No. 8,666/1993 and Law No. 14,133/2021. In the latter, emphasis is given to the increase in specific criminal types of bidding procedures which, from the creation of a special chapter in the Penal Code, sought to significantly increase penalties. It is concluded that there are certain recurring behaviors in the context of bidding fraud that, although they are constantly improving, must be observed by the bodies responsible for guaranteeing the fairness of such procedures and guaranteeing the full applicability of constitutional principles and those present in ordinary legislation.

Keywords: Tenders; Public purchases; Administrative dishonesty; frauds.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 12 |
| 1.1 CONCEITO | 12 |
| 1.2 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO | 13 |
| 1.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 15 |
| 1.3.1 Princípio da Legalidade | 16 |
| 1.3.2 Princípio da Moralidade | 17 |
| 1.3.3 Princípio da Impessoalidade | 18 |
| 1.3.4 Princípio da Publicidade | 19 |
| 1.3.5 Princípio da Eficiência | 21 |
| 1.3.6 Princípios infraconstitucionais | 21 |
| 1.4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 22 |
| CAPÍTULO II - CARACTERIZAÇÃO GERAL DA LICITAÇÃO | 25 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO | 27 |
| 2.1.1 Histórico das licitações no Brasil | 27 |
| 2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NA LEI Nº 8.666 | 33 |
| 2.2.1 Concorrência | 32 |
| 2.2.2 Tomada de preços | 33 |
| 2.2.3 Convite | 34 |
| 2.2.4 Concurso | 35 |
| 2.2.5 Leilão | 36 |
| 2.3 Pregão | 37 |
| 2.4 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES | 39 |

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO III - FRAUDES NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS | 43 |
| 3.1 CÓDIGO PENAL E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES | 43 |
| 3.2 HIPÓTESES COMUNS DE FRAUDE ÀS LICITAÇÕES | 44 |
| 3.2.1 Fraude quando da utilização indevida da dispensa, inexigibilidade e compra direta | 45 |
| 3.2.2 Óbices ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios | 48 |
| 3.3 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO | 43 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 50 |
| REFERÊNCIAS | 51 |
| ANEXO I – TABELA COMPARATIVA LEI DAS LICITAÇÕES | 54 |

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do Estado da forma pela qual conhecemos na modernidade é imperioso o estabelecimento de regras acerca do modo pelo qual serão prestados os serviços públicos. Observa-se, nesse ínterim, uma limitação de ordem material que afeta a execução dos serviços, isto é, a impossibilidade de o Estado, de forma autônoma e isolada, se prover dos recursos que necessita para a entrega dos mencionados serviços. Portanto, dessa necessidade de se abastecer de recursos, sejam estes produtos ou serviços, são estabelecidas diretrizes para que a fazenda pública se relacione com os particulares interessados e capazes de atender às demandas estatais.

O procedimento que garante a lisura de tal relacionamento do Estado com os particulares, no âmbito das aquisições pública, é denominado licitação. Tal procedimento encontra dois instrumentos normativos que, na data de elaboração da presente pesquisa, possuem vigência concorrente, na medida em que facultam a aplicação, por conveniência, de qualquer dos dois regimes. O primeiro, que em breve será totalmente revogado, consiste naquele trazido no âmbito da lei federal nº 8.666 de 1993. A recente lei 14.133 de 2021 também já é aplicável, desde a sua promulgação. No entanto, no bojo desta última, facultou-se, durante dois anos após a sua promulgação, nos procedimentos licitatórios a aplicação da antiga lei. No entanto, existe expressa vedação no que concerne à aplicação híbrida.

A preocupação com a lisura dos procedimentos licitatórios é de primeira ordem na seara pública, na medida em que diversos serviços e funções públicas são altamente dependentes dos contratos firmados entre a Administração pública e a iniciativa privada. Portanto, sua correta e moral aplicação é de relevância imensurável.

A importância da licitação é tal que, a par dos princípios estabelecidos na Constituição federal (legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência) no bojo das referidas legislações são arrolados outros que possuem enorme poder de centralizar a interpretação do modo pelo qual ocorrem os procedimentos.

Não obstante a completa legislação a respeito do tema, não é incomum a surpresa do cidadão em relação ao volume de notícias atinentes às fraudes que ocorrem em tais procedimentos (alguns diriam que são poucas comparadas ao volume real). Portanto, no bojo da legislação específica existe o estabelecimento de ilícitos penais, que atuam como forma de desencorajamento e repressão à tais condutas que lesam sobremaneira o erário.

Destaca-se que, no bojo da Nova Lei de Licitações (NLL) existe uma intensificação das penas e a inclusão de capítulo específico no bojo do Código Penal Brasileiro (CPB). No entanto, ante à recente promulgação da NLL, assim como pela permissão de convivência dos dois mencionados regimes de contratação pública, pairam ainda dúvidas em relação á aplicação dos institutos penais, não obstante explicitamente a NLL ter revogado as disposições presentes na lei 8.666/93.

Deste modo, pretende a presente pesquisa, a partir de investigação de cunho bibliográfico, identificar os princípios básicos e fundamentos atinentes às licitações, assim como indicar alguns casos recorrentes de fraude a tais procedimentos que, pela experiência dos operadores do direito, são “comuns”.

CAPÍTULO I

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, como será mais minuciosamente analisada nos itens que seguem, trata-se de atividade complexa exercida pelos poderes fixados constitucionalmente. Deste modo, já vale pontuar, que a Administração Pública tem como natureza a necessidade de gestão das coisas de interesse da comunidade política, com a finalidade da concretização do *bem comum*.

Deste modo, trata-se de um *múnus público*¹ concedido à determinados setores da realidade social para gerir e zelar, e tão somente isso, estritamente em concordância com a lei, dos bens que são de interesse do povo.

Importante, portanto, uma análise criteriosa das principais características da Administração Pública, com o ensejo de melhor caracterizá-la e definir suas finalidades e seus princípios norteadores.

1.1 CONCEITO

O conceito de administração pública é definido conforme os preceitos estabelecidos na Constituição de 1988, de forma implícita, uma vez que não existe em tal norma uma definição objetiva. Administrar compreende uma ideia de planejar e executar, e é isso que ensina Gasparini (2012, p. 96), uma vez que para ele, administração pública é toda atividade do Estado que não seja legislativa ou judiciária, vejamos:

Dada à etimologia do vocábulo “administração”, é lhe natural a idéia de comando, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se entender sua origem ligada a minor, minus, cuja raiz é min. De qualquer modo, a palavra

¹ “O múnus público é uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei” (TJDFT, 2016, sem paginação).

encerra a ideia geral de relação hierárquica e de um comportamento eminentemente dinâmico.

Já Meirelles, faz uma definição linear sobre o que vem a ser administração pública:

A Administração pode assumir duas vertentes: a primeira é a ideia de servir e executar; a segunda envolve a ideia de direção ou gestão. Nas duas visões há a presença da relação de subordinação e hierarquia. Administrar para muitos significa não só prestar serviços e executá-los, como também governar e exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil a coletividade. Administrar significa também planejar e elaborar ações no sentido de enfrentar os problemas vividos diariamente pela sociedade, ou seja, elaborar Políticas Públicas que possam orientar as ações governamentais. Em suma podemos definir Administração Pública como toda atividade do Estado (MEIRELLES, 2016, p.55).

Outra definição encontramos na obra de Di Pietro (2014, p.50), segundo a autora, administração pública divide-se em dois sentidos: 1) sentido subjetivo, formal ou orgânico e; 2) sentido objetivo, material ou funcional. Deste modo, assim argumenta a aludida autora:

Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Embora os conceitos de administração pública possam variar conforme o pensamento de cada autor, percebemos que estão ancorados em duas definições, a primeira, que administração pública é toda atividade do Estado que não seja legislativa ou judiciária e a segunda, que é um conjunto de atividades desempenhadas pelo Estado nos termos do que a lei orienta.

Outra possibilidade de síntese entre as perspectivas de definição da Administração Pública entre diversos autores nos mostra que a mesma, por um lado, consiste numa atividade de subordinação do Estado para com a vontade de uma comunidade, mas por outro lado também atribui à ela o caráter de auto-organização para criação e efetivação de políticas públicas, tendo em vistas a materialização do bem comum, que assim como observado, na maioria das situações ocorre em função de uma relação hierárquica do Poder Público em benefício dos administrados.

1.2 ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a organização da administração pública brasileira divide-se em direta e indireta, uma vez que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Para Justen Filho (2014, p. 274), a expressão administração direta é utilizada para indicar o “ente político que, por determinação constitucional, é o titular da função administrativa.” Ainda segundo o autor, ela abrange União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Já de acordo com Di Pietro (2012, p. 493) a administração indireta, no direito positivo brasileiro é composta por autarquias, fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e os consórcios públicos.

Em regra, a função administrativa é atribuída aos titulares da função, no entanto, a Constituição Federal de 1988, permite que parte da competência seja atribuída a outros sujeitos, criados mediante lei específica, que é a chamada administração indireta. Justen Filho (2014, p. 290) conceitua a administração indireta como “pessoas meramente administrativas que recebem suas competências de modo indireto, por uma decisão infraconstitucional das pessoas políticas, a quem tais competências foram originalmente atribuídas”.

Ainda acerca da Administração indireta:

A Administração Pública, sempre que desejar descentralizar uma dada atividade cuja cura lhe foi atribuída pelo ordenamento jurídico ou quando assume um serviço que não é próprio mas de execução permitida a qualquer um, inclusive ao particular, como ocorre no ensino superior, observado, naturalmente, o interesse público, cria, por lei, uma pessoa pública de natureza administrativa e para ela transfere a titularidade da atividade ou serviço e, obviamente, sua execução. A entidade criada para esse fim é a autarquia. A ela se outorga, como própria, a atividade, ou serviço, que se pretende ver descentralizada e, como não podia deixar de ser, a correspondente execução (GASPARINI, 2012, P. 373).

Portanto, trata-se de um mecanismo constitucional destinado à descentralização e promoção de melhor funcionamento da Administração. Esta possibilidade de delegação da titularidade das atividades, à uma autarquia, pode trazer benefícios à Administração, na medida em que, dado o grau de especialização dos serviços públicos, seria onerosa a irrefletida concentração de funções em apenas um órgão do Estado.

1.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, para melhor compreensão, é importante notar o lugar que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico brasileiro. Para Cunha Júnior (2011, p. 234) é “norma jurídica fundamental, é a base da ordem jurídica e a fonte suprema de sua validade. Por esta razão, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor”.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 listou diversos princípios que orientam a atuação da administração pública, como a moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência. Mello comenta sobre a inobservância desses princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada.

Corroborando Nunes (2002, p. 37), que afirma que os princípios constitucionais são o ponto mais importante de todo o sistema normativo, uma vez que são os alicerces sobre os quais se constrói o Ordenamento Jurídico.

Ao lado destes princípios explícitos no texto Constitucional, seguindo a sistematização elaborada por Meirelles (2016, p. 91), temos outros sete princípios que, apesar de não estarem inseridos no texto da Carta Magna estão, ou em leis infraconstitucionais de abrangência nacional, ou se depreendem dos demais princípios.

Nesse sentido, citando uma lei infraconstitucional que enumera princípios além dos explícitos constitucionalmente, temos o art. 2º da lei n.º 9.784 de 1998 que estabelece que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Passemos à análise dos princípios, portanto.

1.3.1 Princípio da Legalidade

Trata-se de um dos mais importantes pressupostos de validade dos atos administrativos e consiste na inafastável observância da lei para a prática de qualquer ato advindo da Administração Pública.

Convém citar que para a Administração Pública não existe liberdade de vontade, sendo que suas ações devem estar totalmente vinculadas à um comando legal anterior. Deste modo, qualquer que seja o ato em que se constate ilegalidade, ou seja, ação sem base em determinação legal, haverá possibilidade de anulação.

Nesse sentido, imperioso ressaltar as observações feitas por Meirelles (2016, 93) que nos lembra que ao cidadão comum existe a permissão para fazer tudo o que a lei não proíbe. Deste modo, tudo que não estiver expressamente proibido em lei, ao particular, é lícito. Já no caso da Administração Pública o que existe é um dever de agir, tão somente conforme a lei. Para a Administração, aquilo que a legislação não proíbe, caso não haja disposição expressa nesse sentido, não deve ser praticado. A atuação limita-se ao dever estabelecido na lei, e somente nela.

Destarte, pontua Meirelles (2016, p. 93):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Importante asseverar aqui a natureza da atividade administrativa pública, que consiste numa delegação do povo à administradores, para que, em nome do bem comum, possam gerir e propor melhorias à comunidade. Desta forma, quando um sujeito investido de cargo na administração age em desconformidade com a lei, está automaticamente também contrariando o espírito do povo. A negação do *múnus público* não pode ser viável em nenhuma hipótese, pois ao administrador é confiada a tutela de determinada parcela da coisa pública, e tudo o que se espera é que cuide desta, a partir da incondicional observância do sistema legal.

1.3.2 Princípio da Moralidade

Para Di Pietro (2014), alguns autores consideram esse princípio vago, o que provoca conflitos em sua definição, enquanto outros, em função da suposta imprecisão conceitual, questionam mesmo a sua aplicabilidade.

Segundo Brandão (RDA n.º 25, p. 454 apud DI PIETRO, 2014, p. 77), *Hauriou* foi o primeiro a estudar o assunto, tendo sua colocação definitiva na *Précis de Droit administratif* em sua 10ª edição, sendo que para *Hauriou*, moralidade administrativa é o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”.

Para Alexandre de Moraes, a moralidade administrativa exige uma conduta honesta e ética dos administradores, vejamos:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (MORAES, 2009, p. 325).

O Supremo Tribunal Federal, em relatório proferido pelo Ministro Marco Aurélio, sentenciou:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art 37 da CF). isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez “el hecho de su consagracion em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César (STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381).

A observância ao princípio da moralidade deve ser seguida não apenas pelos agentes públicos, mas por todos que se relacionam com a coisa pública, é o que afirma Di Pietro (2014, p. 79) “o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública”.

Conclui-se, de acordo com o pensamento dos autores, que quem atua ou se relaciona na administração pública não pode desviar-se da moralidade, da ética, e da boa-fé, uma vez que além de não afrontar as normas devem atuar com honestidade e moral, incorrendo em consequências estabelecidas em lei.

1.3.3 Princípio da Impessoalidade

A atividade administrativa deve ser realizada sem a interferência de desígnios pessoais e particulares que desviem dos objetivos públicos legalmente estabelecidos. Tal é a premissa do princípio da impessoalidade, dado que a baliza da atuação da Administração deve ser o interesse da coletividade, e jamais o interesse do particular eventualmente investido em função pública.

Portanto, qualquer ato que se desvie de sua finalidade precípua, ou seja, a de viabilizar o bem comum, tende a ser anulável. Nesse sentido assevera Meirelles (2016, p. 97, grifos do autor) que “[o princípio da finalidade] impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*.”

O objetivo balizador de todo ato advindo da Administração Pública é o interesse público. Portanto, qualquer ato cujo objetivo seja diverso do interesse público estará sujeito à invalidação por desvio de finalidade.

Este princípio, ao estabelecer que o interesse público é o único objetivo possível, deixa evidente que não pode haver interferências de vontades pessoais nos atos. Porém, existem casos em que os interesses de alguns particulares concorrem com o interesse público. Nesses casos, se estiver expressamente determinado em lei, a Administração pode se valer destes interesses concorrentes e utilizá-los na prática do ato.

Nesse sentido, versa Meirelles (2016, p. 98) que “o que o *princípio da finalidade* veda é a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de *desvio de finalidade*.”

Deste modo, é inviável a utilização dos mecanismos próprios da Administração Pública para benefício exclusivo de particulares inescrupulosos. Existem processos lícitos e justos para que os interesses de particulares e da Administração possam concorrer legitimamente e trazer benefícios à sociedade gerida.

1.3.4 Princípio da Publicidade

Primeiramente cabe aqui fazer uma reflexão acerca da natureza deste princípio. Não se trata de um princípio que faça parte da formação do ato, tal como outros do tipo. Trata-se de princípio que atua como requisito de validade dos efeitos dos atos.

Nesse sentido, assevera Meirelles (2016, p. 100) que “a publicidade não é ato formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, sem os regulares a dispensam para exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.

De forma bastante sintética, porém de valor considerável pela concisão, assim são as palavras extraídas do portal virtual politize (2017, sem paginação):

Os atos praticados pela Administração Pública devem ser publicizados oficialmente, para conhecimento e controle da população. Para Hely Lopes Meirelles, este princípio atinge, além do aspecto da divulgação dos atos, a possibilidade de conhecimento da conduta interna dos funcionários públicos. Assim, os documentos públicos podem ser examinados por qualquer pessoa do povo, exceto em casos de necessidade de preservação da segurança da sociedade e do Estado ou de interesse público, como, por exemplo, um processo judicial que corre em segredo de justiça.

Portanto, a publicidade dos atos administrativos advindos da Administração Pública é necessária em razão dos efeitos que podem vir a recair sobre terceiros interessados. Via de regra todo ato da Administração Pública deve ser publicado. Porém, como exceção à esta regra

existem os casos que necessitam de sigilo. Estas hipóteses são estabelecidas previamente em lei específica.

Interessante pontuar aqui as observações feitas por Meirelles (2016, p. 101), que nos mostra outra função para a publicidade dos atos administrativos, que consiste na possibilidade dos próprios cidadãos exercerem seu poder de controle. Nesse sentido:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral – *mandado de segurança* (art. 5º, LXIX), *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, “a”), *ação popular* (art. 5º, LXXIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII) [...]

Com a publicidade dos atos administrativos é oportunizado aos interessados o controle dos mesmos, de modo que, a Constituição estabelece alguns instrumentos para tal intento.

1.3.5 Princípio da Eficiência

Para Meirelles (2016, p. 105) o princípio da eficiência pode ser entendido como a exigência “de que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Trata-se de um dos mais modernos princípios constitucionais à Administração Pública, dado que, hodiernamente, não mais se aceita apenas o estrito cumprimento da lei (obediência ao princípio da legalidade), mas busca-se que os empreendimentos feitos pela Administração produzam resultados palpáveis e concretos, produzindo assim uma melhora realmente significativa na vida dos administrados.

Segundo Meirelles (2016, p. 105, grifo nosso) “O princípio [da eficiência] deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado.

Ainda citando a brilhante caracterização do princípio da eficiência trazida à lume por Meirelles (2016, p. 105) temos a conexão direta com o *dever* de eficiência ao qual não pode se escusar a Administração Pública.

Acerca deste dever, destacando a amplitude do conceito de eficiência funcional, assim como dos mecanismos de controle e verificação do princípio da eficiência, assim assevera Meirelles (2016, p. 117):

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração.

Deste modo, a Administração Pública tem poderes para periodicamente realizar inspeções no seu quadro de funcionários para detectar se estão adequados às exigências advindas de suas funções.

Curioso destacar que, mesmo em sede de relações entre a Administração Pública e os administrados, deve haver a facilitação para resolução de eventuais conflitos por meio de vias alternativas, ou seja, por vias que busquem um consenso e possível satisfação de interesses de ambos os envolvidos. Trata-se, portanto, de importante meio para garantir a eficiência na prestação jurisdicional.

1.3.6 Princípios infraconstitucionais

Não obstante existirem os princípios trazidos na Constituição, existem outros que estão presentes na legislação infraconstitucional. Um princípio, não necessariamente, para que tenha validade, deve estar inserido no texto da Constituição, podendo ter efeitos quando presentes em leis inferiores em hierarquia, e até mesmo podem resultar dos trabalhos doutrinários, estes que, apesar de não extraírem diretamente da lei, a partir de uma análise da cultura geral do direito conseguem formar diretrizes fundamentais.

Segundo a classificação adotada por parte da doutrina, existem quatro princípios infraconstitucionais, que são os princípios da *razoabilidade* ou *proporcionalidade*; *Presunção de veracidade*, *legitimidade* e *autoexecutoriedade do ato administrativo*; *continuidade*; e *supremacia do interesse público sobre o particular*.

O princípio da *razoabilidade*, ou também conhecido pela denominação de *princípio da proporcionalidade*, consiste num pressuposto para os atos da Administração Pública, onde é levado em consideração um equilíbrio entre os meios empregados e os fins aos quais se destinam determinado ato. Desta forma, deverá haver uma razoabilidade, uma proporcionalidade entre meios e finalidades.

Os princípios da *presunção da veracidade, legitimidade e autoexecutoriedade do ato administrativo* tem como pressuposto a legitimidade dos atos administrativos. Este princípio, conforme nos orienta artigo publicado pela Ebradi (2017, online)²:

por força de tal princípio, todo ato administrativo presume-se verdadeiro (tange a matéria fática) – aqui se tem a fé pública, bem como se presume legal (tange a matéria jurídica). Dessa forma – sendo verdadeiro e legal -, torna-se autoexecutável, ou seja: sua execução independe de autorização judicial. Salvo execução patrimonial forçada (penhora).

Portanto, à Administração Pública não cabe fazer uma prévia justificação e um prévio pedido para que execute seus atos. São atos autoexecutáveis, na medida em que gozam de prévia legitimação.

O princípio da *continuidade*, como o próprio vocábulo já nos indica, pressupõe que as ações dos governos que comandam a Administração Pública tenham um liame perpétuo em benefício da sociedade. Portanto, novos governantes eleitos não podem simplesmente abandonar os projetos que a administração governamental anterior iniciou, é obrigatória a continuação daqueles, sob pena de expor à prejuízo a sociedade.

Por último temos o princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado* que tem como premissa fundamental a superioridade dos interesses coletivos, representados pelos atos administrativos, sobre os interesses dos particulares. Trata-se de uma hierarquização dos interesses dentro de uma sociedade, sendo que, à Administração Pública existe a prevalência em detrimento dos interesses particulares.

1.4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

² Disponível em: < <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/483553555/quais-sao-os-4-principios-infraconstitucionais-de-direito-administrativo>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

A improbidade administrativa é um tema que está em evidência atualmente, sobretudo a partir dos reflexos de grandes operações do Poder Judiciário para a identificação e punição dos principais responsáveis por essa prática tão nociva à moralidade pública.

De acordo com artigo publicado pelo portal eletrônico JusBrasil (2009, sem paginação):

A palavra improbidade provém do latim *improbitate*, e significa, essencialmente, desonestidade, desrespeito, inadequação ao padrão ético e moral, e afastamento da boa conduta. Alguns autores interpretam-na como sinônimo jurídico de corrupção e desconsideração ao patrimônio público. É possível conceituar a improbidade administrativa do agente público: toda conduta ilegal (corrupta, nociva ou inepta) do agente público, dolosa ou culposa, no exercício (ainda que transitório ou sem remuneração) de função cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação (auxílio, favorecimento ou indução) de terceiro, que ofende os princípios constitucionais (expressos e implícitos) que regem a Administração Pública.³

Portanto, é notável a relação que o conceito de improbidade guarda com o conceito de imoralidade administrativa, de modo que, como afirma Fernandes (1997, p. 101), a moralidade se insere dentro do gênero probidade, cujo tratamento constitucional foi de maior abrangência.

Em nosso ordenamento jurídico temos a Lei nº 8.429 de 1992, que foi amplamente modificada por reforma legal empreendida no ano de 2021, como principal norma destinada ao combate da improbidade administrativa. Nesse sentido, assim assevera a lei:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no

³ Disponível em: <https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100010665/improbidade-administrativa>. Acesso em: 9 ago. 2021.

âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Portanto, perceptível e claro os objetivos da lei, que consiste na proteção do patrimônio público de eventuais interesses particulares direcionados ao intento de angariar benefícios em detrimento e às custas do interesse público. Ainda mencionando a lei, existe em seu bojo a classificação em três espécies distintas de atos ímprobos. Nesse sentido, assim leciona Fernandes (1997, p. 102):

A Lei nº 8.429/92, por sua vez, complementando as disposições constitucionais, classifica os atos de improbidade administrativa em três tipos:

- I) atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito;
- II) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário;
- III) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

Vale destacar a correlação existente entre a probidade administrativa e o respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, dado que estes consistem em pressupostos de idoneidade dos atos da Administração, e em caso de desconsideração deles há a cabal materialização de um ato ímprobo.

CAPÍTULO II

CARACTERIZAÇÃO GERAL DA LICITAÇÃO

A Administração Pública possui como uma de suas principais finalidades o zelo para com o erário e o correto funcionamento de suas atribuições. Uma das formas existentes para referido cuidado consiste nos processos licitatórios que, por um lado buscam alcançar a maior eficiência na contratação através da seleção dos prestadores com menores dispêndios financeiros, e por outro busca democratizar a participação de todos aqueles que, tendo possibilidade, queiram concorrer à “vaga” de prestador de serviços e fornecimento de bens ao Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro o instituto das licitações possui amparo na lei nº 8.666 de 1993 (ainda vigente), assim como na recente lei que muito em breve passará a ser a principal nesse cenário, positivada sob o nº 14.133 de 2021, que, dentre outras tantas disposições, estabelecem os princípios que devem orientar a aquisição/contratação de produtos e serviços.

Em regra, o procedimento de contratação entre a Administração Pública e terceiros interessados deve ser necessariamente precedido de procedimento licitatório, para que seja resguardada a igualdade de condições e o atendimento aos princípios. Entretanto, como exceção à regra, algumas situações podem desobrigar a Administração de proceder com a licitação.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO

O procedimento, atualmente denominado licitação, surge no contexto da Europa Medieval. Em tal cenário, para que o Estado (no sentido vulgar do termo) pudesse se prover de recursos (produtos e serviços), era realizada comunicação entre a população para que, aqueles que tivessem interesse e capacidade de proverem as necessidades estatais, se apresentassem diante da administração. Nesse sentido aduzem Fernandes e Silva (2019, p. 127):

A licitação surgiu na Europa Medieval em razão da necessidade de aquisição de produtos e execução de obra ou serviço. O procedimento licitatório se dava por meio de avisos que o Estado distribuía, no qual marcava local, data e horário para que os particulares interessados comparecessem para atender as necessidades determinadas pela administração.

A licitação se dava pelo sistema conhecido como “Vela e Pregão”, esse tinha início através de aviso distribuído pela administração. No dia, local e horário estabelecido comparecia um representante do Estado e os interessados em participar do procedimento. O sistema ficou assim conhecido por que se acendia uma vela no início do procedimento e os participantes ofereciam lances até que a vela se apagasse, e o vencedor seria aquele que ofertasse o menor preço por último.

Predominava a Administração Pública patrimonialista, que tinha como característica principal a figura do Monarca, responsável pelas decisões político administrativas, tendo como objetivo o benefício econômico e social da nobreza e do clero. Esse método de gestão facilitava o empreguismo, nepotismo e a corrupção.

Em período posterior, mais exatamente no contexto do Estado Liberal, surge outra concepção e finalidade do processo de aquisição de bens e serviços por parte da Administração. Os objetivos, ao contrário do que ocorria no contexto dos Estados medievos, consistia na lisura do processo licitatório, assim como a erradicação do empreguismo, da corrupção e do nepotismo.

Entretanto, não obstante existirem sérios esforços do Estado Liberal em expurgar da máquina pública os vícios presentes no antigo modelo de aquisição de bens e serviços, esse modo burocratizado de gerir tal procedimento se mostrou inadequado à necessidade de celeridade da qual, por vezes, o Estado necessitava. Nesse sentido:

Com o tempo, verificou-se que a administração encontrava-se preenchida com demasiadas burocracias, fato este que paralisava o processo administrativo, em virtude da existência de vários procedimentos, cuja finalidade era evitar atos de corrupção.

Procedimentos estes que emperravam a máquina administrativa, tendo como porta inicial desta morosidade a licitação pública que padecia de inúmeros vícios, decorrentes muitas vezes de brechas legais e má qualificação dos entes públicos, sendo estes fatores que contribuíam para ingerência da administração pública.

Em meio a este problema surgiu a Administração gerencial, vinculada à finalidade de promover a melhor gestão dos gastos públicos, buscando uma administração verdadeiramente eficiente, visando garantir aos administrados serviços públicos de qualidade. (GOMES, 2019, p. 19)

Assim pode-se concluir que o atual modelo de licitação pública é oriundo da Administração Pública burocrática e gerencial, cuja finalidade é a definição de critérios consistentes e objetivos para que sejam celebrados contratos entre o Estado e o particular que tenha interesse em suprir determinada demanda daquela, de modo que também deve concorrer o melhor preço.

Portanto, contemporaneamente um dos maiores desafios no que tange à área de aquisições públicas de bens e serviços consiste na equalização do binômio legalidade-celeridade, na medida em que buscam-se meios mais eficazes para a realizações dos

procedimentos licitatórios sem que, com isso, perca-se a efetividade e o atendimento célere das necessidades da sociedade.

2.1.1 Histórico das licitações no Brasil

A evolução e utilização do instituto jurídico da licitação, no contexto brasileiro, é marcada por diversas adaptações a contextos sociais, econômicos, políticos, dentre outros fatores da realidade que compõe o substrato material sobre o qual se assenta o instituto.

Temos como marco inicial da evolução da licitação do Brasil o Decreto nº 2.926 de 1862, que, dentre outras disposições, tratava de disciplinar as arrematações dos serviços que eram demandados pelo Ministérios da Agricultura, Comércio e Obras.

Nesse documento normativo já se evidenciam traços que seriam mantidos posteriormente noutras fases da evolução da Administração Pública Brasileira. Conforme salienta Gomes (2019, p. 20) já se fazia presente o pré-requisito da publicidade, assim como a intenção de promover a competitividade. Explicando as principais características do referido decreto assim aduz o supramencionado autor:

Também já se fazia presente [no bojo do decreto 2.926/1862] à figura de amostras referentes a objetos a serem fornecidos a serem disponibilizadas pelo próprio órgão licitante, ao qual caberia também disponibilizar as plantas e demais detalhes técnicos aos interessados pelas obras, contudo para ter acesso aos orçamentos era necessária permissão do Ministro, a qual era estendida a todos interessados.

Quanto às exigências estendidas aos participantes pode-se citar a necessidade de apresentarem fiador idôneo ou caução como condição para participação no certame.

No mais, em relação à dinâmica de apresentação de proposta está iniciava-se com o comparecimento dos interessados na data estipulada nos anúncios, para se escreverem em um livro destinado para esse fim, em seguida eram sorteadas as posições em que cada participante apresentaria em voz alta sua proposta (GOMES, 2019, p. 20, acréscimo nosso).

Indiscutível, assim, a importância do Decreto 2.926/1862 para a consolidação do processo licitatório no Brasil, e o papel fundamental para a edição das futuras normas relativas ao tema. Entretanto entende-se que se trata de norma incompleta, na medida em que sua abrangência não atingia a todos os órgãos que perfaziam a Administração Pública à época, e desta forma possuía eficácia reduzida.

Em momento posterior foi publicado o Decreto Lei nº 4.536 no ano de 1922, que dentre outras disposições, tratava de organizar o Regulamento Geral de Contabilidade Pública. No âmbito dessa legislação poucos são os artigos que tratam do objeto das licitações, se limitando ao estabelecimento de diretrizes para a seleção de fornecedores à Administração Pública.

Nesse período a condução da *res publica* era dominada por grupos de influência que, de forma caricata ficaram conhecidos como o grupo guiado pelo “café com leite”. Trata-se de expressão que revelava a alternância de poder entre cidadãos do estado de Minas Gerais (notável pela produção de laticínios) e São Paulo (produtor de café). Deste modo, estes grupos de certo modo se apossavam da condução da máquina pública, de tal sorte que eivavam as decisões políticas e administrativas para o benefício de seus compadres (FAUSTO, 2019)

No curso da história sobreveio o período conhecido como “Era Vargas”, capitaneado por Getúlio Vargas. Dentre as condições que Vargas teve de lidar ressaltava-se o atraso em termos de desenvolvimento que o país tinha em relação aos outros países, sobretudo as potências europeias.

Nesse período surge o Decreto-Lei nº 2.146 de 1940, que, dentre outras considerações, não obstante inexistir a noção de federalismo que atualmente adotamos, tratava de estabelecer competências para que os entes federados organizassem o modo pelo qual procederiam em relação à contratação com particulares.

Nos dizeres de Gomes (2019, p. 22):

Sendo assim, deste texto normativo derivava o dever de Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios, de realizar concorrências para compras públicas, porém sem especificar o modo pelo qual as licitações seriam realizadas, ou seja, os procedimentos, os requisitos, etc.

Existia, portanto, amplo espaço de manobra para as administrações locais definirem, elas próprias, as regras de contratações a que se submeteriam, contudo em decorrência da existência de uma regulamentação voltada para contratações públicas, havia de alguma maneira limitações à essa liberdade da administração pública, para contratar.

A título de complementaridade é necessário ressaltar que, muito embora seja um documento normativo deficitário, a realização de processo pautado na concorrência era dever da Administração Pública nas situações que os valores extrapolassem os limites do que era inicialmente orçado pela administração. No que diz respeito ao processo, iniciava-se pelo julgamento pessoal do proponente (averiguação de sua idoneidade) no prazo de dez dias, de

modo que, caso aprovado neste primeiro momento, passava para a sua definitiva inscrição no pleito.

Outra característica importante desse período é que, muito embora débil o quadro geral das licitações, já se tinham presença marcada do princípio da publicidade, de tal forma que todas as contratações que pudessem ser disputadas entre os cidadãos deveriam ser publicizadas por meio de inscrição no Diário Oficial respectivo (GOMES, 2019).

Desta forma, mesmo havendo no âmbito do estudado decreto a presença de disposições que posteriormente seriam utilizadas no âmbito das licitações, havia diversas imperfeições que viabilizavam o poder discricionário de cada ente aplicador do instituto.

Momento posterior de maior relevância para o âmbito do Direito Administrativo consiste na promulgação do Decreto-Lei nº 200 de 1967 que tratou de fazer uma ampla reforma administrativa, e de forma pioneira tratou dos princípios das licitações e consolidou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Relevante o fato de que este dispositivo legal, ao revés do que as legislações antecedentes faziam, isto é, se limitarem a enumerar as hipóteses em que seriam necessários os procedimentos licitatórios, tratava com substância de verdadeiros princípios das licitações. De modo pioneiro também se encontra no bojo desse decreto a previsão de hipóteses de dispensa da licitação, conforme transcrição (BRASIL, 1967):

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação

§ 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei

§ 2º É dispensável a licitação:

- a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
- b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;
- c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas;
- d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;
- e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos;
- f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;
- g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público;

h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;

i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal.

§ 3º A utilização da faculdade contida na alínea h do parágrafo anterior deverá ser imediatamente objeto de justificação perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida e, se fôr o caso, promoverá a responsabilidade do funcionário.

No âmbito deste decreto também surge a exigência de manutenção de cadastro com os proponentes. O procedimento tinha início com expedição de edital público cujo conteúdo compreendia “[...] local, objeto, condições e participação, habilitação, julgamento entre outros, a ser publicado [sic] em imprensa oficial com a precedência de trinta dias em caso de modalidade concorrência e quinze dias em caso de tomada de preços” (GOMES, 2019, p. 23).

Posteriormente sobreveio publicação da Lei nº 5.546 em 1968 que, dentre outras finalidades, ampliava a obrigatoriedade de aplicação das regras previstas no Decreto-Lei 200/1967 aos demais entes da federação, isto é, Estados e Municípios. Também ficou estabelecida a obrigatoriedade da legislação estadual fixar os valores máximos para cada procedimento, assim como a permissão para que, em matéria de licitações, os Estados pudessem legislar supletivamente.

Conforme ressalta Gomes (2019) houve significativo incremento na segurança das contratações públicas ao ser aplicada a restrição do poder discricionário dos municípios e estados legislarem sobre licitações. Desta forma, com a aplicação obrigatória das disposições do Decreto-Lei 200/1967 houve uniformização dos procedimentos e em decorrência disso maior possibilidade de controle centralizado das aquisições públicas.

Em momento posterior sobreveio a publicação do documento jurídico mais paradigmático na consolidação do instituto das licitações no contexto brasileiro. Trata-se do Decreto-Lei nº 2.300 de 1986 que, conforme asseverado em seu artigo inaugural, consistia em verdadeiro “estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos”.

Grande avanço em termos de consolidação do instituto da licitação consiste na enumeração dos princípios regentes. Desta forma, dentre outros princípios correlatos, a referida norma, em seu capítulo I, tratou de elencar a igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento

convocatório, julgamento objetivo, proibidade administrativa. Esta relação de princípio posteriormente seria absorvida pela lei 8.666/93, que também tratou de acrescentar outros.

Outro avanço presente no Decreto-Lei 2.300/86 consiste no estabelecimento de regras gerais que deveriam, de forma obrigatória, vincular os procedimentos licitatórios em todos os níveis da federação (União, Estados e Municípios). Deste modo, muito relevantes as disposições concernentes à padronização e estabelecimento de critérios mínimos.

Assim, exemplificando, temos as disposições presentes no art. 3º da revogada normas. Dentre as disposições determinava que era vedada aos agentes públicos qualquer postura que pusesse obstáculos à livre concorrência inerente à lisura das licitações, assim como vedava qualquer preferência que o mesmo agente público pudesse, porventura, ter por algum dos concorrentes. Ainda no mesmo artigo encontra-se presente (§ 2º) que os produtos e serviços de origem nacional deveriam ter ordem de preferência. Estabelece também a necessária publicidade que os processos licitatórios deveriam ter, vedando que sua condução fosse executada em sigilo.

Importante citar igualmente o art. 45 da mesma lei que estabelece cláusulas necessárias nos contratos firmados com a Administração Pública. Nesse sentido:

Art 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso os critérios de reajustamento;

IV - os prazos de início, de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - a indicação dos recursos para atender às despesas;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa, previstos no art. 67;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.

Parágrafo único. Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.

Deste modo, grandes são os méritos trazidos pelo Decreto Lei, na medida em que trouxe enorme segurança jurídica para os procedimentos licitatórios, ao prever um rol de princípios e

de critérios mínimos de observância obrigatória, que vinculava todos os entes componentes da federação.

Como marco contemporâneo e vigente da evolução do instituto da licitação no ordenamento brasileiro, não obstante as inúmeras alterações promovidas pelo Congresso Nacional, temos a lei nº 8.666 de 1993. Importante, antes da análise de suas disposições e relevância histórica fazer breve síntese das disposições constitucionais que, em termos de hierarquia, centralizam a aplicação do ordenamento administrativo.

Inicialmente temos a redação do art. 37 da CF que, dentre outras disposições concernentes à organização da Administração Pública, estabelece os critérios mínimos para as licitações. Nestes termos (BRASIL, 1988, grifo nosso):

Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão **contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Igualmente relevante, em matéria constitucional, é o art. 173, que dentre outras disposições, estabelece que as contratações feitas por empresas públicas serão reguladas por lei própria, que deverá ter como conteúdo as disposições acerca de licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações públicas. Apesar das regras serem oriundas de instrumento jurídico próprio, as empresas públicas não se esquivam da obrigatoriedade de procederem por meio da licitação.

Importante, igualmente, a redação do art. 175 que estabelece a necessidade de utilização da licitação sempre que o Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, estiver na prestação de serviços públicos.

Assim, como consequência lógica da disposição do art. 37, inciso XXI da CF, extrai-se que a edição da Lei 8.666/93 consiste na União exercendo sua competência de legislar nessa matéria, de forma a estabelecer os critérios gerais e as formas pelas quais deverão ser conduzidas as licitações.

Nos dizeres de Gomes (2019, p. 27):

Quanto à natureza da Lei 8.666/93 é necessário esclarecer que nem todas as normas nela contidas tem caráter de normas gerais, pois existem normas que tratam especificamente da União, ademais por não ser uma lei complementar é facultado a União editar outras leis como é o caso da Lei nº. 10.520/2002, institui para União, Estados, Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada pregão.

Contudo, há ainda a possibilidade de criação de normas específicas pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e territórios, desde que não contrariem as normas gerais, todavia no caso da União está pode editar lei exclusiva no âmbito federal que afaste até mesmo as normas gerais, como é o caso de consórcios públicos que mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, deve observar (art. 6º, § 22, da Lei nº. 11.107/2005).

Portanto, como observa-se, o percurso do instituto da licitação foi marcado pela promulgação de diversos textos normativos no Brasil. Iniciando em um modelo arcaico e pouco especializado e findando no complexo modelo aplicado hoje, que além de estabelecer princípios estatui regras gerais e específicas, temos a atual situação do instituto no ordenamento brasileiro.

2.2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NA LEI Nº 8.666

Dado que já foram feitas exaustivas considerações acerca dos princípios que regem a Administração Pública como um todo, nesse subitem não será realizada novamente revisão acerca dos princípios constitucionais e infraconstitucionais sobre as licitações.

Compreende o objetivo desta parte do trabalho a compreensão do processo licitatório no âmbito da Lei 8.666 de 1993, de modo que sejam elucidados seus critérios, nuances e principais características. Ao final, em função da superveniência da nova lei de licitações, serão tecidas breves considerações acerca das mudanças por ela operacionalizadas no sistema de contratações públicas brasileiro.

No ordenamento jurídico nacional existem as seguintes modalidades licitatórias, no bojo da lei 8.666:

- a) Concorrência;
- b) Tomada de preços;
- c) Convite;
- d) Concurso;
- e) Leilão;
- f) Pregão.

As três primeiras modalidades possuem podem ser classificadas em virtude dos valores que envolvem seus contratos, e as últimas dizem respeito aos objetos de seus respectivos contratos. Passemos, portanto, à descrição de cada uma dessas modalidades.

2.2.1 Concorrência

A concorrência, antes da criação do pregão, consistiu na modalidade de licitação com mais larga aplicação nas contratações públicas. Os valores envolvidos neste procedimento são de natureza mais elevada, e em virtude disso seguem rigoroso procedimento, sem que nenhuma etapa seja ofuscada.

Conforme Meirelles (2010, p. 386, grifo do autor):

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista em lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.

A concorrência é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de Engenharia e para outros serviços e compras.

Assim, nessa modalidade não se exige prévio cadastro, ou nenhum tipo de vinculação anterior, suficiente tão somente o comparecimento no dia e hora marcados, portando a documentação necessária e atendendo aos requisitos pré-estabelecidos no edital. Com essas características é possível a participação no processo licitatório.

A publicidade deste procedimento se dá pela publicação do edital nos veículos de imprensa oficiais, assim como pela publicação em jornais particulares de grande circulação. Tal publicação, como já exposto, visa garantir a ampla publicidade do processo, de tal sorte que todos aqueles interessados possam vir a participar.

A concorrência, portanto, dentre todas as possibilidades, é a que permite a maior publicidade e participação dos interessados. Entre a publicação do edital e a apresentação dos documentos requeridos deve existir, necessariamente, um lapso temporal não inferior a 30 dias. Esse período viabiliza que diversos sujeitos interessados tomem conhecimento do processo e possam estar participando regularmente. No que concerne ao prazo, na hipótese em que o

critério para seleção será a melhor técnica ou a melhor técnica e o preço, deve o período entre a publicação do edital e a inscrição documental não ser inferior a 45 dias.

Existem também algumas hipóteses, estabelecidas na lei, em que, independentemente do preço da licitação, esta deverá proceder em sua forma de concorrência. Na aquisição ou alienação de bens imóveis, nos serviços ou obras públicas, na concessão de direitos reais de utilização, de serviços ou obras públicas, no firmamento de parcerias entre a Administração pública e a iniciativa privada, processos licitatórios internacionais e por fim as contratações que adotem o regime de empreitada integral.

2.2.2 Tomada de preços

De acordo com a redação dada pela lei nº 8.666/93 “tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Esta modalidade licitatória se diferencia da concorrência em alguns aspectos. Primeiramente se distingue quanto à universalidade, dado que na modalidade de tomada de preços a participação não é irrestrita como ocorre naquela. Para que determinado sujeito participe deste procedimento é preciso o anterior cadastro e a habilitação prévia. Tal registro, para viabilizar a participação no processo licitatório, deve ocorrer com três dias de antecedência ao início do pleito.

O cadastro mencionado é regulamentado no art. 34 da mesma lei. Dentre suas disposições estabelece a validade anual dos cadastros; obriga a divulgação cadastral ao acesso público tendo o dever de publicá-lo em jornais diários de grande circulação; podem as unidades administrativas se valerem de cadastros criados por outros órgãos ou entidades da administração pública.

A função exercida por estes cadastros consiste na identificação de fraudes, sejam elas fiscais, previdenciárias ou de ordem social. O inscrito que incorrer na prática de fraude será excluído do cadastro e conseqüentemente perderá o direito de participar dos procedimentos licitatórios que se valham desses dados cadastrais.

Outro ponto, também atinente à publicidade do edital, estabelece que via de regra estes terão prazo de 15 dias, com exceção àqueles que demandem melhor técnica ou técnica e preço, hipótese na qual o período passa a ser de 30 dias. Nota-se que é um procedimento com ampla publicidade, a despeito de seu prazo de vigência do edital ser inferior ao da modalidade concorrencial.

Enfatiza-se que os procedimentos licitatórios que ocorram por meio da tomada de preços se destinam à realização de contratações de porte médio. Este ponto a diferencia da modalidade concorrencial.

2.2.3 Convite

De acordo com a redação do art. 22, §3º, da lei 8.666/93:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Trata-se da modalidade licitatória mais simples, dado que o objeto de suas consequentes contratações corresponde a pequenos valores. Para proceder com essa modalidade a Administração deve contar com pelo menos três interessados, sendo facultada a participação de interessados inseridos em cadastros desde que manifestem sua intenção em até vinte e quatro horas antes do momento no qual são apresentadas as propostas.

No que concerne à publicização desta modalidade pode-se afirmar que não é tão rigorosa quanto às demais, não havendo exigência de veiculação em jornais ou espaços similares. Entretanto, na medida em que os demais cadastrados possuem o direito de estarem participando do processo licitatório, o convite deverá ser publicado em local que viabilize a ciência de todos os possíveis interessados.

Ainda sobre as principais características dessa modalidade licitatória complementa Bozzo (2016, p. 26-27):

Nos termos do que determina o parágrafo 6º do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, havendo realização de novo convite para um mesmo objeto ou para projeto

semelhante, e havendo mais de três candidatos interessados e apenas eles forem os convidados, ficará descaracterizada a finalidade do processo licitatório, sendo necessária a convocação de pelo menos mais um interessado, a ser escolhido dentre os cadastrados não convidados nas licitações anteriores, com vista a evitar favorecer apenas alguns candidatos já cadastrados, dando, dessa forma, ampla chance de participação no processo licitatório

Assim, percebe-se que não obstante a simplicidade desta modalidade licitatória se comparada às demais, não pode dar brechas a favoritismo ou escolhas arbitrárias realizadas pela Administração Pública.

2.2.4 Concurso

Segundo consta na redação do §4º, do art. 22, da lei 8.666/93: “Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.

Deste modo o objeto primordial desta modalidade licitatório consiste em trabalho de cunho técnico ou artístico, onde há a prevalência da característica intelectual vinculada ao objeto.

Nesse sentido, assim esclarece Meirelles (2016, p. 395):

Concurso é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico ou artístico, predominantemente de criação intelectual. Normalmente, há a atribuição de prêmios aos classificados, mas a lei admite também a oferta de remuneração (art. 22, §4º).

É modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.

Deste modo esse procedimento licitatório possui regulamentação especial, aberta mediante publicidade, e que posteriormente será escolhida, por meio de comissão especial, trabalho científico, técnico ou cultural (artístico), admitindo a participação de qualquer interessado. Aos “vencedores” desta modalidade a lei permite a concessão de remuneração ou de premiação.

O regulamento especial mencionado consiste na livre possibilidade da Administração estabelecer as regras, tais como a qualificação necessária dos concorrentes, a normatização relativa à apresentação dos trabalhos, o modo pelo qual ocorrerá o concurso, assim como as eventuais premiações.

Há de ser observado que o concurso se destina a seleção de trabalho técnicos. Deste modo, nada mais coerente que o estabelecimento de comissões de avaliação que sejam especialistas nas áreas a serem avaliadas. Nesse sentido disserta Bozzo (2016, p. 27):

Importante destacar que o concurso é uma modalidade de licitação para trabalhos técnicos, artísticos e científicos, em razão disso, o julgamento do concurso será realizado por indivíduos considerados aptos intelectualmente, cuja reputação seja ilibada, bem como notório e reconhecido conhecimento técnico científico específico com o objeto de licitação, podendo ser eles servidores públicos ou não.

Desta forma, não obstante a simplicidade e margem de discricionariedade permitida à Administração pública para a criação do concurso, é importante a obediência a critérios técnicos na avaliação de trabalhado igualmente técnicos e de cunho intelectual.

2.2.5 Leilão

O conceito de leilão pode ser depreendido da redação conferida pelo §5º, do art. 22, da lei 8.666/93:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação

Nessa modalidade licitatória deverá haver a condução por leiloeiro público, ou mesmo por servidor que tenha sido designado pela autoridade competente.

As hipótese nas quais serão realizados os leilões são três: a) no caso da Administração pública decidir vender bens que não lhe geram mais nenhuma utilidade; b) na hipótese da venda de bens que tenham sido apreendidos pela Administração Pública; c) no caso da venda de imóveis disciplinados no bojo da lei de licitações.

Qualquer pessoa pode adquirir bens colocados à venda em leilões públicos. Estes devem necessariamente serem divulgados amplamente para que todos da sociedade, desde que interessados, possam adquirir os bens colocados à venda. O ofertante do maior lance tem o direito de adquiri-lo. O valor ofertado deverá ser igual ou superior ao valor obtido na avaliação prévia do bem, em decorrência do princípio da Preservação Patrimonial dos Bens Públicos.

2.3 PREGÃO

Segundo a redação dada pelo art. 1º da lei nº 10.520/2002 o pregão consiste em modalidade licitatória destinada a aquisição de bens e serviços comuns. Tal modalidade prescinde de uma estimativa prévia dos bens comuns, deste modo não havendo um valor mínimo ou máximo. A disputa pelo vaga de fornecedor dos serviços ou produtos comuns se viabiliza por meio de propostas e lances ocorridos em sessão pública.

O pregão pode ocorrer de duas formas. A primeira delas consiste na modalidade comum (presencial) e a outra na modalidade eletrônica. Na primeira hipótese, no âmbito de uma sessão publica presencial, os concorrentes demonstram seu interesse em serem os fornecedores a partir da verbalização de suas intenções. No pregão eletrônico a intenção é objetivada pela utilização de ferramentas eletrônicas.

2.4 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A nova lei de licitações e contratos administrativos (NLL), que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro sob o nº 14.133/2021, e publicada no dia 1 de abril de 2021, deve ser objeto de análise cuidadosa e pormenorizada, na medida em que logo em breve substituirá diversos diplomas legais vigentes e estruturais no tema das aquisições públicas e no relacionamento da iniciativa provada com a Administração Pública. Dentre as leis que perderam ou que perderão sua vigência em decorrência da nova lei deve-se citar: a já analisada lei nº 8.666/92 (que possui vigência concomitante com a nova, até abril de 2023); a Lei do pregão 10.520/2002; e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) nº 12.462/2011.

Alteração significativa na NLL diz respeito às modalidades de licitação que, segundo a norma, passarão a ser compostas pelas seguintes modalidades: a) Pregão; b) concorrência; c) concurso; d) leilão; e) diálogo competitivo. Vale ressaltar que, em termos de inovação nas modalidades, o diálogo competitivo é o único que adentra o ordenamento público como sendo verdadeiramente uma novidade. Apesar da novidade nas modalidades licitatórias cumpre ressaltar o teor da nova lei acerca do diálogo competitivo. Nesse sentido (BRASIL, 2021):

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XLII - modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos

Observa-se que tal modalidade de licitação tem suas origens ligada a métodos utilizados noutros países, nos quais, diante de situações específicas permite-se à Administração adotar, seguindo parâmetros pré-estabelecidos, o diálogo com possíveis fornecedores de serviços e soluções de alta complexidade. Apesar desta alta complexidade, insta salientar, no teor da NLL, a pormenorização dos objetos que poderão ser licitados nessa modalidade. Nesse sentido:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

Portanto, a utilização de tal modalidade, em decorrência dos princípios constitucionais da Administração pública, deve se ater aos critérios definidos na NLL. Mostra-se alternativa interessante para as licitações e contratos, na medida em que fornece meios de localizar serviços e soluções que, de antemão, a Administração Pública não tem capacidade de mensurar.

Buscando atender as necessidades de modernização dos procedimentos, assim como oportunizar maior transparência nos procedimentos licitatórios, foi inserido no bojo da NLL texto no qual a modalidade eletrônica deve ser preterida em detrimento de outras formas, sobretudo as presenciais. Nesse sentido:

Chama-se atenção ao §2º deste artigo, que enfatiza que na nova lei, o que era exceção, vira a regra, ou seja, "as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica", sendo a utilização da forma presencial uma exceção motivada.

Daí a promessa da nova lei: otimização e transparência dos processos licitatórios, criando-se, dessa forma, o Portal Nacional de Contratações Públicas, previsto no artigo 174, cuja finalidade é a divulgação centralizada de toda e qualquer licitação realizada pela Administração Pública.

O portal foi apresentado e lançado em agosto deste ano, em parceria do governo federal com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e o Serpro, em webinar transmitido ao vivo pelo YouTube (TOLEDO, 2021, sem paginação).

Ademais, no que diz respeito aos critérios de seleção das melhores propostas, foram inseridas duas balizas. A primeira diz respeito ao *maior desconto* e, nos termos do art. 34, §2º da NLL “o julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos”. O outro critério consiste no *maior proveito econômico* que, segundo o art. 39 da NLL “será utilizado exclusivamente em casos de contrato de eficiência, considerando-se a maior economia para a Administração, sendo que "a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato (TOLEDO, 2021, sem paginação).

Havendo empate ao final, mesmo depois de aplicadas as balizas supramencionadas, aplicar-se-á a disposição do art. 60 da NLL:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Interessante a inserção das ações afirmativas de gênero como critério de desempate, na medida em que tal ação consiste em forma de integração e garantia dos direitos humanos dos sujeitos que não se enquadram na cultura dominante, dentro da qual as sexualidades não acomodadas ao “padrão” são rechaçadas.

Ademais, em decorrência da concomitância de legislações vigentes no que concerne aos contratos administrativos e licitações, não se tem muito material e discussões jurídicas e doutrinárias a respeito do tema, na medida em que, conforme a aplicação da NLL se estender

mais a cultura jurídica nesse sentido se assentará, restando ao pesquisador, nessa fase, tão somente enumerar e identificar os possíveis avanços e retrocesso da legislação.

CAPÍTULO III

FRAUDES NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

A análise das fraudes que ocorrem em detrimento do erário é de grande relevância para a garantia da prevalência do princípio da moralidade no âmbito da administração pública, na medida em que, através de técnicas e procedimentos constantemente aprimorados, tanto por licitantes quanto pelo que promovem a licitação, as fraudes ocorrem e causam danos de grandes proporções à *res publica*.

Para os fins da presente análise serão investigados os dispositivos penais presentes na chamada “nova lei de licitações” (14.133/2021) cuja incidência, conforme análise decorrente da atuação do Ministério público, ocorre em maior medida (FELIX, 2015). De se observar que, ao contrário do texto normativo anterior, não cuidou a nova lei de licitações de criar os tipos penais no seu próprio corpo, assim como o fez a em breve revogada lei 8.666. A partir da nova lei, cuja parte penal entrou em vigor na data de sua publicação, as tipificações passaram a compor um novo capítulo no bojo do Código Penal (Capítulo II-B do Título XI, que trata dos crimes contra a administração pública).

3.1 CÓDIGO PENAL E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Datada de 1º de abril de 2021, a chamada Nova Lei de Licitações (NLL) tratou de atualizar e estabelecer novas regras e disposições atinentes aos procedimentos licitatórios e contratos administrativos. Observa-se que, assim como ocorre em todo o ordenamento jurídico, a nova lei não é incomunicável com outras fontes normativas, havendo diversos pontos que repercutem em esferas que não a do Direito Administrativo propriamente. Desta forma, a NLL tratou de criar, revogando expressamente as disposições no mesmo sentido que se encontravam na lei 8.666/93 (cf. art. 193), no âmbito do Código Penal Brasileiro (CPB) um capítulo (II-B) inserido no âmbito dos crimes contra a administração pública. Portanto, considerando que as fraudes que serão analisadas constituem, muitas das vezes, crimes, é imperiosa a análise das referidas disposições criminais.

No que diz respeito à qualidade das mudanças decorrentes da NLL duas são as conclusões:

Entre as principais alterações, destacamos que: 1) houve significativo agravamento das penas aplicáveis aos tipos penais em geral, o que demonstra tentativa de dissuadir e punir com maior rigor eventuais violações, ao mesmo tempo que também levanta dúvidas acerca da proporcionalidade e razoabilidade das novas penas; e que 2) a NLL criou um tipo penal relacionado à omissão grave de dado ou informação por projetista no âmbito de licitação (artigo 337-O).

Portanto, é notável que existe grande preocupação legislativa no que concerne à proteção e garantia da lisura dos procedimentos licitatórios, havendo, com a nova norma, uma proteção amplificada no que diz respeito às sanções penais decorrentes de condutas delitivas no bojo do procedimento.

Não consiste em objetivo da presente pesquisa fazer uma análise minuciosa acerca da questão penal atinente aos procedimentos licitatórios. Trata-se, inicialmente, de uma investigação acerca dos meios mais usuais e noticiados acerca das fraudes que podem ocorrer no transcurso desses. No entanto, uma exposição sumária se fez necessária, na medida em que a maior parte das fraudes promove uma adequação à tipo penal. No que concerne às alterações promovidas pela NLL colaciona-se a didática análise produzida por Lofrano Júnior e mesquita (2021) (ANEXO I).

3.2 HIPÓTESES COMUNS DE FRAUDE ÀS LICITAÇÕES

Não é incomum a ocorrência, no noticiário das mais diversas regiões do país, a constatação da ocorrência de fraudes aos procedimentos licitatórios. Tais fraudes, não obstante seguirem uma certa regularidade e procedimentos similares, vão gradativamente sendo aperfeiçoadas pelos sujeitos envolvidos no processo. Portanto, investigar a recorrência e o *modus operandi* de tais modos de agir é de extrema relevância para a sociedade que, atônita e descrente com o volume de notícias de fraudes, perde a confiança na existência e aplicação da moralidade pública.

Grande relação existe entre os processos eleitorais e as fraudes em licitações, na medida em que, durante tal período é comum que, por meio da realização de “Caixa 2” com recursos

advindos de doadores, posteriormente, na ocorrência de uma eventual vitória eleitoral, os tais apoiadores “cobram o investimento”, que ocorre muitas das vezes pelo favorecimento e burla de regras nas contratações públicas. Conforme apontado por Félix (2015, p. 211):

Daí – e é aqui que se quer chegar com toda essa contextualização do problema – após as eleições, os doadores “cobram a fatura” dos candidatos eleitos, exigindo para si a concessão de determinados benefícios que lhe assegurem retorno financeiro compatível (normalmente bem superior) com os gastos efetuados na campanha eleitoral do candidato. Uma mão lava a outra, e o ciclo vicioso se fecha. Esses benefícios normalmente são contratos com o Poder Público, dos mais variados tipos: execução de obras públicas, aquisição de bens e produtos, prestação de serviços, nomeação de apadrinhados em cargos comissionados etc.

Portanto, é necessária a investigação das principais situações que acabam por burla os procedimentos licitatórios, pois pode-se, a partir de tal percepção buscar a correta investigação por intermédio das autoridades competentes, assim como a viabilização do exercício da cidadania.

3.2.1 Fraude quando da utilização indevida da dispensa, inexigibilidade e compra direta

A NLL estabelece, entre os arts. 72 e 75 as hipóteses legais nas quais não há obrigação legal, ou mesmo impossibilidade, de se proceder com o procedimento licitatório. No entanto, é muito rotineira a utilização de tal “brecha” para a promoção de fraudes e desvios da obrigatoriedade do procedimento licitatório. Desta forma, no que tange à sanção penal acerca de tal desvio, observa-se o agravamento no bojo da NLL. Nesse sentido:

Tabela 1: comparativo. Lei 8.666 e Lei 14.133. Crime utilização indevida de dispensa, inexigibilidade ou compra direta.

| Lei 8.666/93 | Lei 14.133/2021 (altera o CPB) |
|---|--|
| <p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.</p> | <p>Contratação direta ilegal</p> <p>Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p> |

Fonte: do autor.

Na prática, ocorre a operacionalização indevida dos meios que não se utilizam dos procedimentos licitatórios, tal como o indevido **fracionamento de despesas**, por meio do qual, através de diversos procedimentos, cujo objeto a ser adquirido ou contratado é idêntico, em razão do valor o procedimento se amoldaria às hipóteses de não incidência da licitação.

Outra forma infelizmente bastante usual de burla ao procedimento licitatório consiste na **irregular contatação de evento cultural**, para o qual a legislação permite a dispensa de licitação em função da singularidade e especialidade do artista, consagrado pelo público. No entanto, na prática existe um mecanismo no qual, por meio de falsa declaração acerca do empresário do artista, burlam-se as disposições legais e afeta-se o erário. Nesse sentido:

Porém, o gestor municipal, para contratar as bandas musicais que tocarão no evento, celebra o contrato com um empresário local, que apresenta uma carta de exclusividade daquelas bandas tão somente para os dias do evento. Embora a legislação afirme ser inexigível a licitação apenas nos casos que o profissional do setor artístico seja consagrado (por exemplo, Ivete Sangalo, Caetano Veloso, Lulu Santos, Jota Quest etc.), e a contratação se dê por intermédio de seu empresário exclusivo, o que ocorre é o seguinte: um empresário qualquer entra em contato com as bandas e “fecha” as datas para o evento. Após, ele se apresenta como “empresário exclusivo”, embora não o seja.

Nesses casos, o prejuízo ao erário com a inobservância do dever de licitar é exatamente a comissão a que o intermediário teve direito, que varia entre 10% e 20% dos valores contratados. Por isso, é importante, durante a investigação, proceder à oitiva do empresário e perguntar qual foi o valor (comissão) que ele recebeu pela intermediação na contratação da banda musical. E, ademais, por vezes, o grupo musical contratado sequer preenche o requisito de ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, sendo um ilustre desconhecido (FÉLIX, 2015, p. 219-220).

Outra brecha existente, no que concerne à mecanismo de burla à obrigatoriedade do procedimento licitatório consiste na **contratação de escritórios de advocacia**. Em função da especialidade que determinadas ações judiciais demandam é defeso à Administração Pública, desde que devidamente comprovado, a contratação de banca especializada. No entanto, não é incomum a ocorrência de tais contratos sem a devida apresentação e exposição dos motivos, assim como da comprovação que a especialização do escritório tornaria inviável a competição no âmbito de um procedimento licitatório. Os precedentes dos Tribunais Superiores, a par da interpretação dessa situação, entendem que, para a configuração do delito deve ser comprovado o dano ao erário. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS . LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA.

EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tipo penal descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 visa apenar o administrador que dispensa ou considera inexigível o procedimento licitatório fora das hipóteses legais (artigos 24 e 25 do aludido diploma legal), ou deixa de observar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.

7. Sendo comum aos demais corréus o constrangimento ilegal reconhecido, aplica-se o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus

(STJ. HC 228759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24.4.2012, DJe 7.5.2012)

Portanto, muito embora o noticiário não seja abonador, deve-se investigar caso a caso a ocorrência dos requisitos que ensejariam a persecução penal em detrimento do agente público que ser causa ao dano ao erário.

3.2.2 Óbices ao caráter competitivo dos procedimentos licitatórios

Tabela 2: comparativo. Lei 8.666 e Lei 14.133. óbices ao caráter competitivo das licitações.

| | |
|--------------|--------------------------------|
| Lei 8.666/93 | Lei 14.133/2021 (altera o CPB) |
|--------------|--------------------------------|

| | |
|---|--|
| <p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajustes, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> | <p>Frustração do caráter competitivo de licitação</p> <p>Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> |
|---|--|

Fonte: do autor.

Observa-se que houve, assim como na modificação legislativa aventada anteriormente, o incremento na penalidade decorrente da frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório. No entanto, a averiguação e constatação de fraude à competitividade do procedimento licitatório é mais complexa e dificultosa que as hipótese anteriormente estudadas, na medida em que provar que uma licitação era necessária quando foi feita por meio de dispensa é simples. No entanto, identifica o dolo na ação dos sujeitos, no sentido de obstar o caráter competitivo é extremamente dificultoso.

Interessante mencionar que a NLL resolveu um problema no que concerne à mensuração prévia da pena, na medida em que, anteriormente, no âmbito da lei 8.666/93 a pena aplicada para essa conduta era menor que aquela aplicada à fraude por ocasião do uso indevido das hipóteses de não licitar. Agora, ambas as figuras delitivas têm pena mínima de 4 e máxima de 8 anos.

Portanto, qualquer conduta que coloque empecilhos ao correto prosseguimento do procedimento licitatório, que deve prezar sobremaneira pela publicidade, competitividade e outros princípios atinentes à moralidade pública, deve ser averiguada e a sua responsabilização nas esferas civis e criminais determinadas.

3.3 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante de todo o exposto não restam dúvidas de que as fraudes à licitação geram prejuízos morais e econômicos imensuráveis para a sociedade, havendo a necessidade de que as instituições encarregadas da fiscalização dos procedimentos licitatórios atuem promovendo a responsabilização de eventuais atitudes que prejudiquem a concorrência pública. Nesse âmbito, isto é, o da persecução penal, destaca-se sobremaneira a função do Ministério Público,

seja ele Federal ou Estadual que, em caso de existência de ilícitos penais, deve promover o correto processamento e tomar as devidas cautelas para que sejam responsabilizados os sujeitos que de algum modo concorrerem criminosamente em detrimento da sociedade e do erário.

Destaca o Código de Processo Penal (CPP) que “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Desta forma, na medida em que todos os crimes contra a Administração Pública são de Ação Penal Pública Incondicionada, deve haver o devido processamento por parte do *parquet*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto é necessário compreender que as licitações possuem razão de existir fundadas em causas distintas, entretanto todas de fundamental importância para a preservação da sociedade e da moralidade pública.

A correta condução de uma licitação garante que sejam fornecidas as aquisições que o Estado demanda para a promoção dos serviços e funções públicas às quais é incumbido, assim como permite que a sociedade consiga gerar emprego e renda quando da venda de seus produtos e/ou serviços ao ente estatal. Nesse sentido destacam-se princípios como a publicidade e a moralidade. Esta última de crucial importância, na medida em que se espera da Administração Pública um correto comportamento em relação aos administrados.

Portanto, a partir da enumeração de alguns métodos de fraude apreendidos da experiência dos operadores do direito, sobretudo dos relatos do Ministério Público, foi possível identificar modos de ação de sujeitos que buscam se beneficiar às custas da *res pública*, assim como da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal - STF – 2ª T. **Recurso Extraordinário nº 160.381** – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030

_____. Lei nº 8.429. **Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: Senado, 1992.

_____. Decreto **Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. **Decreto Lei nº 2300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, 25 nov. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL, Jus. **Improbidade administrativa**. Disponível em: <https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100010665/improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 jun 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Ed.JusPodivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

Escola Brasileira de Direito. **Quais são os 4 princípios infraconstitucionais de direito administrativo?** Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/483553555/quais-sao-os-4-principios-infraconstitucionais-de-direito-administrativo>. Acesso em: 10 jun 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Edusp, 2019.

FELIX, Renan Paes. **Fraudes em licitações**: uma abordagem pragmática. *Revista Nacional do Ministério Público*, Brasília, n. 5, 29 jun. 2012. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/88>. Acesso em: 3 maio 2022.

FERNANDES, Flávio Sátiro. **Improbidade Administrativa**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 101-108, out. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496868/RIL136.pdf?sequence=1#page=96>. Acesso em: 20 jun 2021.

FERNANDES, Tatielle Rodrigues; SILVA, Tiago Nunes da. Algumas reflexões sobre as hipóteses de dispensa da licitação. **Revista Direito e Realidade**, Monte Carmelo - MG, v. 7, n. 9, p. 126-150, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/1784>. Acesso em: 3 maio 2022.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva 2012.

GOMES, Cássia Lais Waldivino Pereira. **A licitação como instrumento de contratações públicas**. **Sousa**: [s. n.], 2019. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/9496/1/C%C3%81SSIA%20LAIS%20WALDIVINO%20PEREIRA%20GOMES%20-%20TCC%20DIREITO%202019.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

JUSBRASIL. **Improbidade Administrativa**. Disponível em: <https://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100010665/improbidade-administrativa>. Acesso em: 3 mar. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOHAMA, Hélio. **Contabilidade pública**: teoria e prática. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com a Lei 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **AG. REG. NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 6.702-5. STF**. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl6702RL.pdf>>. acesso em 20 jun 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLITIZE [portal internet]. **Conheça os 5 princípios da Administração Pública!**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/principios-administracao-publica/>>. Acesso em: 10 jun 2021.

TOLEDO, Fernanda de Almeida. Algumas das principais mudanças trazidas pela nova Lei de Licitações. **CONJUR**, [S. l.], p. 1, 3 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-03/toledo-algumas-principais-mudancas-lei-licitacoes>. Acesso em: 3 maio 2022.

TJDFT, 2016. <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/munus-publico#:~:text=O%20m%C3%BAnus%20p%C3%ABlico%20%C3%A9%20uma,%2C%20servi%C3%A7o%20militar%2C%20entre%20outros>.

ANEXO I – TABELA COMPARATIVA LEI DAS LICITAÇÕES

| Lei n.º 8.666/93 | Lei n.º 14.133/2021 | Comentários preliminares |
|--|---|--|
| <p>Art. 89. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Penal – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade legal, para celebrar contrato com o Poder Público.</p> | <p>Contratação direta legal</p> <p>Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Penal - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p> | <p>A redação da NLL menciona (i) condutas positivas (admitir, possibilitar ou dar causa), em substituição às condutas negativas (dispensar, inexistir ou deixar de observar) previstas anteriormente, e (ii) a “contratação direta” fora das hipóteses legais.</p> <p>As hipóteses de contratação direta estão previstas no artigo 72 da NLL. Deverão surgir dúvidas sobre a aplicação prática desse tipo penal nos casos em que a NLL não for escolhida como norma de regência da licitação ou contrato público, durante o período de dois anos da publicação da NLL, nos termos do artigo 191 da NLL. Parece-nos não ser aplicável tal tipo penal às licitações e aos contratos previstos na Lei n.º 8.666/93. Até o momento, a doutrina encontra-se dividida sobre a ocorrência ou não de abólito crimis. Há quem diga que não houve abólito uma vez que o novo tipo penal abrange as condutas anteriores. Por outro lado, há quem diga que o novo tipo penal prevê condutas distintas do tipo penal anterior.</p> <p>As penas privativas de liberdade foram aumentadas de (i) detenção de 3 a 5 anos, e multa para (ii) reclusão de 4 a 8 anos, e multa.</p> <p>A alteração da pena mínima para 4 anos impossibilita a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), que requer pena mínima inferior a 4 anos.</p> <p>A alteração de “detenção” para “reclusão” impõe para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena: admite-se o regime fechado para os crimes apenados com “reclusão”, o que não ocorre para os crimes apenados com “detenção”.</p> <p>A introdução do verbo do tipo “dar causa” poderia ser interpretada como ampliação das condutas incriminadas pelo caput, para autorizar cautela e participação de particulares – além dos agentes públicos que admitem ou possibilitam a contratação direta –, ainda que não tenham se beneficiado dessa contratação.</p> <p>Por outro lado, a exclusão do parágrafo único parece pretender afastar a possibilidade de imputação do crime aos meros beneficiários da contratação direta, desde que não tenham concorrido diretamente para que a contratação direta ocorresse fora das hipóteses legais.</p> |
| <p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajustes, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Penal - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> | <p>Frustração do caráter competitivo de licitação</p> <p>Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Penal - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> | <p>O tipo penal foi alterado para excluir a forma de se frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação: a redação anterior estabelecia mediante “ajustes” ou “combinação”, a redação atual excluiu essa limitação, possibilitando quaisquer outras formas de condutas indevidas entre os licitantes.</p> <p>Pode ser sujeito ativo qualquer pessoa, funcionário público, ou não.</p> <p>O dolo tem como objeto material o caráter competitivo do processo licitatório. Assim sendo, a prática delitiva visa à eliminação do cunho competitivo igualitário.</p> <p>A pena privativa de liberdade também passou a ser de “reclusão”, admitindo regime fechado em cumprimento de pena. Os limites mínimo e máximo foram dobrados de 2 a 4 anos para 4 a 8 anos. Considerando-se somente a pena mínima cominada, a nova sanção estabelecida ao dolo é, por exemplo, superior àquela do homicídio simples (art. 121 do Código Penal).</p> <p>Assim como ocorre com o artigo anterior, a alteração da pena mínima para 4 anos impossibilita a aplicação do ANPP (cf. artigo 28-A do CPP).</p> |
| <p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> | <p>Patrocínio de contratação indevida</p> <p>Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Penal - reclusão de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> | <p>A redação atual incluiu menção ao termo “Pública”, sem alteração significativa no tipo penal.</p> <p>Houve alteração mais gravosa na pena privativa de liberdade: (i) de “detenção” para “reclusão”, com possibilidade, portanto, de cumprimento de pena em regime inicial fechado; e (ii) na pena máxima 2 para 3 anos de reclusão, o que, em termos práticos, impossibilita a celebração de transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95.</p> <p>Por outro lado, como a pena mínima foi mantida em 6 meses, ainda seria possível a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95. Também seria possível a delação de ANPP, nos termos do artigo 28-A do CPP, considerando que a pena mínima é inferior a 4 anos.</p> |

| Lei n.º 8.666/93 | Lei n.º 14.133/2021 | Comentários preliminares |
|--|---|--|
| <p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato de assinatura da licitação, nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preferência da ordem cronológica de sua apresentação.</p> <p>Penal - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo o procedimento concordado para a contratação da licitação, obtiver vantagem indevida ou se beneficiar, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</p> | <p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo</p> <p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital de licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preferência da ordem cronológica de sua exigibilidade.</p> <p>Penal - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> | <p>Foram feitas alterações terminológicas⁵¹:</p> <p>(i) "ato convocatório de licitação" foi alterado para "edital de licitação", afastando eventual dúvida acerca do que viria a ser o "ato convocatório"; e</p> <p>(ii) a preferência no pagamento de fatura dependeria da ordem cronológica de "exigibilidade" e não de "apresentação". Este aspecto, certamente mais relevante que o anterior, poderá implicar questionamentos, na medida em que a ordem cronológica de "apresentação" de fatura deixará de ser decisiva e importará a ordem de "exigibilidade", o que poderá levantar dúvidas acerca do momento em que a fatura se tornaria exigível perante o Poder Público (v.g. será importante verificar detalhes contratuais e organizacionais).</p> <p>A pena privativa de liberdade também passou a ser de "reclusão", admitindo regime fechado, e os limites mínimo e máximo foram dobrados de 2 a 4 anos para 4 a 8 anos.</p> <p>A alteração da pena mínima para 4 anos impossibilita a aplicação do ANPP (cf. artigo 28-A do CPP).</p> <p>Muito embora já exista na conduta delitiva do caput a possibilidade de o crime ser cometido em coautoria ou participação, a exclusão do parágrafo único parece pretender afastar a possibilidade de imputação do crime aos contratados que apenas se beneficiaram das ilegalidades, desde que não tenham concorrido para essas ilegalidades⁵².</p> |
| <p>Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.</p> <p>Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> | <p>Perturbação de processo licitatório</p> <p>Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório.</p> <p>Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> | <p>Houve alteração (i) meramente terminológica⁵³, com substituição do termo "procedimento" para "processo" licitatório, e (ii) na pena máxima privativa de liberdade, de 2 para 3 anos de detenção, o que, em termos práticos, impossibilita a celebração de transação penal, nos termos do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95.</p> <p>Por outro lado, como a pena mínima foi mantida em 6 meses, ainda seria possível a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 69 da Lei n.º 9.099/95. Também seria possível a celebração de ANPP, nos termos do artigo 28-A do CPP, considerando que a pena mínima é inferior a 4 anos.</p> |
| <p>Art. 94. Deixar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiros o ensino de devassas-lícitas.</p> <p>Penal - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.</p> | <p>Violação de sigilo em licitação</p> <p>Art. 337-J. Deixar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiros o ensino de devassas-lícitas.</p> <p>Penal - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.</p> | <p>Houve mera alteração terminológica, com substituição do termo "procedimento" para "processo" licitatório.⁵⁴</p> |
| <p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.</p> <p>Penal - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.</p> | <p>Afastamento de licitante</p> <p>Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.</p> <p>Penal - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.</p> | <p>O tipo penal se manteve inalterado⁵⁵. Houve apenas alteração na pena privativa de liberdade: (i) de "detenção" para "reclusão", com possibilidade, portanto, de cumprimento de pena em regime inicial fechado; e (ii) nos limites mínimo e máximo de 2 a 4 anos para 3 a 5 anos. De todo modo, ainda é possível a celebração de ANPP, nos termos do artigo 28-A do CPP, considerando que a pena mínima permanece inferior a 4 anos.</p> |

| Lei n.º 8.666/93 | Lei n.º 14.133/2021 | Comentários preliminares |
|---|---|--|
| <p>Fraude em licitação ou contrato</p> <p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III - entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p> <p>V - tomando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.</p> <p>Penal - detenção de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</p> | <p>Fraude em licitação ou contrato</p> <p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III - entrega de uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p> <p>Penal - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> | <p>A redação atual do tipo penal contém importantes alterações²⁰:</p> <p>(i) Houve ajuste no caput na referência à "Administração Pública", antes chamada de "Fazenda Pública", termo este mais comumente utilizado em terras fiscais;</p> <p>(ii) Também no caput houve exclusão do objeto de licitação ("instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias"), para permitir, portanto, a fraude em licitação para "prestação de serviços";</p> <p>(iii) A conduta do inciso I foi significativamente alterada, para ampliar as hipóteses de fraude, antes restritas aos casos de elevação arbitrária de preços. Considera-se, agora, fraude na entrega de mercadorias ou na prestação de serviços de forma diversa do edital ou do contrato;</p> <p>(iv) Inciso II: alterou-se a conduta de "vendendo" para "fornecimento" de mercadoria falsificada ou deteriorada (como previsto na redação anterior), assim como mercadoria "inservível para consumo ou com prazo de validade vencido";</p> <p>(v) Inciso III: houve mero ajuste terminológico de "entregando" para "entrega de" mercadoria por outra;</p> <p>(vi) Inciso IV: houve mero ajuste terminológico de "alterando" para "alteração de" substância, qualidade ou quantidade da mercadoria, além de também haver inclusão de "serviço fornecido";</p> <p>(vii) Inciso V: houve mero ajuste de redação de "tomando, por qualquer modo" para "qualquer meio fraudulento que torne", injustamente, a proposta ou execução do contrato mais onerosa "para a Administração Pública" (a referência expressa à Administração Pública também foi acrescida nesta nova redação);</p> <p>Altera-se também a pena privativa de liberdade: (i) de "detenção" para "reclusão", com possibilidade, portanto, de cumprimento de pena em regime inicial fechado; e (ii) nos limites mínimo e máximo de 3 a 6 anos para 4 a 8 anos. Com alteração da pena mínima para 4 anos, seria inaplicável o ANPP (cf. artigo 28-A do CPP).</p> |
| <p>Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa declarada inidônea, venha a licitar ou a contratar com a Administração.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.</p> <p>Penal - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> | <p>Contratação inidônea</p> <p>Art. 337-III. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Penal - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Penal - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.</p> <p>§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.</p> | <p>A redação atual segregua condutas distintas e atribui-lhes penas diversas. Trata-se de importante alteração, na medida em que a celebração de contrato deve ser interpretada de forma mais gravosa do que a mera participação na licitação:</p> <p>(i) A redação anterior considerava as mesmas penas para as condutas de "admitir à licitação" e "celebrar contrato" com empresa ou profissional inidôneo, a saber, detenção de 6 meses a 2 anos, e multa. Essa mesma pena seria aplicável àquele que for declarado inidôneo e, mesmo assim, viesse a contratar com a Administração Pública;</p> <p>(ii) a redação atual dividiu as condutas dos agentes públicos entre o caput ("admitir à licitação") e o § 1º ("celebrar contrato"), bem como considerou condutas dos particulares declarados inidôneos (§ 2º), atribuindo penas distintas, respectivamente: (a) reclusão de 1 a 3 anos, e multa, para o agente público que admitir à licitação e para o particular declarado inidôneo que participar da licitação; e (b) reclusão de 3 a 6 anos, e multa, para o agente público e o particular declarado inidôneo que celebrarem contrato com a Administração Pública.</p> <p>O dispositivo deve ser considerado norma penal em branco (nas formas simples e qualificada)²¹, pois depende do complemento acerca do que seria inidoneidade e/ou do momento em que o licitante deve ser considerado inidôneo. Segundo a sistemática da legislação, parece-nos que a declaração de inidoneidade decorrente de sanção imposta em procedimento administrativo instaurado para apurar irregularidade por parte do licitante. Referido complemento encontra-se previsto no artigo 87, inciso IV da Lei 8.666/1993²² e no artigo 156, inciso IV e parágrafos 5 e 6 da NLL²³.</p> <p>Alteração da pena máxima de 2 anos para 3 ou 6 anos (a depender do tipo penal) impossibilita a celebração de transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95.</p> <p>Por outro lado, possibilita a celebração de ANPP nos termos do artigo 28-A do CPP, considerando que a pena mínima é inferior a 4 anos, em ambas as modalidades delitivas.</p> |

| Lei n.º 8.666/93 | Lei n.º 14.133/2021 | Comentários preliminares |
|---|---|---|
| <p>Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.</p> <p>Penal - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> | <p>Impedimento indevido</p> <p>Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito.</p> <p>Penal - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> | <p>Houve apenas a alteração da pena privativa de liberdade de “<i>detenção</i>” para “<i>reclusão</i>”, o que possibilitaria a execução do regime inicial fechado em cumprimento de pena²⁴.</p> |
| <p>Não há correspondente na legislação anterior²⁵</p> | <p>Omissão grave de dado ou de informação por projetista</p> <p>Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.</p> <p>Penal - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.</p> <p>§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.</p> | <p>Trata-se de novo tipo penal advindo com a NLL, que considera múltiplas condutas, que poderiam ser praticadas pelos responsáveis pela elaboração de projetos apresentados em processos licitatórios:</p> <p>(i) Condutas: omitir, modificar e entregar;</p> <p>(ii) Objeto: levantamento cadastral ou condição de contorno (definidas, no § 1º, como as informações e/ou os levantamentos suficientes/necessários para definição do projeto e respectiva formação de preço), que seriam apresentados em (a) contratação para elaboração de anteprojeto (artigo 6º, inciso XXIV, da NLL), projeto básico (artigo 6º, inciso XXV, da NLL) ou projeto executivo (artigo 6º, inciso XXVI, da NLL); (b) diálogo competitivo (artigos 6º, inciso XLII, e 28, inciso V, da NLL); ou (c) procedimento de manifestação de interesse (artigo 78, inciso III, e 81 da NLL);</p> <p>(iii) Efeito: frustrar o caráter competitivo da licitação ou prejudicar seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.</p> <p>A pena aplicável é de reclusão, de 6 meses a 3 anos, e multa. Poderia ser aplicada em dobro se o projetista praticasse o crime para obter benefício direto ou indireto, próprio ou de outrem.</p> <p>Como a pena mínima é de 6 meses, seria possível a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95. Também seria possível a celebração de ANPP, nos termos do artigo 28-A do CPP, considerando que a pena mínima é inferior a 4 anos.</p> |
| <p>Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.</p> <p>§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.</p> <p>§ 2º O produto da arrecadação da multa revertará, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.</p> | <p>Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.</p> | <p>Arrecadação atual advinda com a NLL remete à metodologia de cálculo do artigo 49 do Código Penal, para definição das multas cominadas aos crimes previstos no atual Capítulo II-B do Título XI do Código Penal.</p> <p>Não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato público licitado ou celebrado com contratação direta.</p> <p>Não foi estabelecido limite máximo, como ocorria com a redação anterior (5% do valor do contrato), e, também, não houve previsão expressa acerca da destinação do valor da multa, o que deverá ser definido pelo Juízo no momento da sentença e/ou da execução da pena.</p> |

- 1 Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI - razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade competente. Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.
- 2 Nesse sentido, confira-se: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-22/opiniao-licita-facets-problema-lei-penal-tempo>. Acesso em 2 de junho de 2021.
- 3 Nesse sentido, confira-se: <https://jus.com.br/artigos/89593/analise-dos-tipos-penais-na-nova-lei-de-licitacao-e-contratos-administrativos>. Acesso em 2 de junho de 2021.
- 4 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-36.1.
- 5 Nesse sentido, confira-se: <https://www.migalhas.com.br/diapeso/343497/inova-licitacoes-em-melo-ao-espirito-punitivista>. Acesso em 16 de setembro de 2021.
- 6 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reparação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa a vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juiz da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juiz da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
- 7 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-36.1.
- 8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 1735.
- 9 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-37.1.
- 10 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-37.4.
- 11 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-37.1.
- 12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 1740.
- 13 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
- 14 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
- 15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 1741.
- 16 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-39.3.
- 17 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-40.1.
- 18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 1744.
- 19 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-42.1.
- 20 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-43.4.
- 21 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-44.4.
- 22 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja provida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
- 23 Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: [...] IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar; [...] § 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.
- 24 SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial*, livro eletrônico, vol. 5, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-45.1.
- 25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*, São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 1753.