

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

DAVID LUIZ PEREIRA BERLANDI

**FORMALIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
A FUNÇÃO DA TUTELA PENAL DIANTE DE IRREGULARIDADES**

SÃO PAULO

2021

DAVID LUIZ PEREIRA BERLANDI

**FORMALIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
A FUNÇÃO DA TUTELA PENAL DIANTE DE IRREGULARIDADES**

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora, como exigência parcial para a qualificação do Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento, área de concentração em Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP, sob a orientação do Professor Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto.

SÃO PAULO

2021

DAVID LUIZ PEREIRA BERLANDI

**FORMALIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:
A FUNÇÃO DA TUTELA PENAL DIANTE DE IRREGULARIDADES**

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora, como exigência parcial para a qualificação do Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento, área de concentração em Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP, sob a orientação do Professor Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prf. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prf. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prf. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

**SÃO PAULO
2021**

RESUMO

A matéria de licitação, dispensa e inexigibilidade da licitação, nos últimos tempos, tem sido alvo de diversas discussões relacionadas à corrupção na administração pública. Por isso, o presente trabalho se propôs à análise deste tema, que foi dividido em duas partes: a primeira tratou da fase administrativa que compreende o procedimento licitatório, sendo dividido em quatro fases: a) planejamento; b) edital; c) contrato; d) execução contratual. Na sequência, foram objeto de estudo o dever de obediência ao rito e às formalidades no procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação. Posteriormente, na segunda parte, tratou-se das hipóteses de crime cometidos em decorrência de realização de dispensa ou inexigibilidade de licitação com base no art. 337 “E” do Código Penal e as hipóteses de fraude nos processos licitatórios previsto no artigo 337 “F” do Código Penal, e enfrentou-se à aplicação da Súmula 645 do Superior Tribunal de Justiça *versus* prejuízo ao erário. Ao final, buscou-se a resposta ao problema aqui proposto: nos crimes licitatórios, o objeto da tutela penal busca proteger o procedimento licitatório ou os cofres públicos? Por essa razão, fez-se necessária a análise referencial da doutrina – julgados do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal – e das Leis: nº 8.666/19293, nº 10.52/2002 e nº14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de licitação. Dano ao erário. Direito penal.

ABSTRACT

The issue of bidding, waiver and unenforceability of bidding in recent times has been the subject of several discussions related to corruption in public administration. Therefore, the present work proposed the analysis of this topic, which will be divided into two parts in the first dealing with the administrative phase, which comprises the bidding procedure, being divided into four phases: a) planning; b) notice; c) contract; d) contractual performance. Subsequently, the duty of obedience to the rite and formalities in the bidding procedure, waiver or non-enforceability of the bidding process were studied. Subsequently, the second part dealt with the hypotheses of crimes committed as a result of a waiver or unenforceability of bidding based on article 337 "E" of the Penal Code and the hypotheses of fraud in the bidding processes provided for in article 337 "F" of the Penal Code, and the application of Precedent 645 of the Superior Court of Justice v. loss to the treasury. In the end, an answer to the problem proposed here is sought: in bidding crimes, does the object of criminal protection seek to protect the bidding procedure or the public coffers? For this reason, the referential analysis of the doctrine was necessary - judged by the Court of Auditors, the Court of Justice of the State of São Paulo, the Superior Court of Justice, the Federal Supreme Court - and Laws: nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 and nº 14.133/2021.

KEYWORDS: Bidding crimes. Damage to the purse. Criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	11
1.1. Fase do planejamento	15
1.2 Fase do edital	26
1.2.1. Aprovação do edital e seus anexos pelo departamento jurídico	30
1.3 Fase do contrato administrativo	39
1.4 Fase da execução contratual	44
2. OBEDIÊNCIA AO RITO E ÀS FORMALIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	57
2.1. Dever do servidor prestar informações a autoridade superior	62
2.2. A inobservância ao rito e às formalidades	66
3. DISPENSA, INEXIGIBILIDADE E FRAUDE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS	72
3.1. Dispensa de licitação em razão do valor e as hipóteses de fracionamento do procedimento licitatório.	84
3.1.1. A contratação indevida e a responsabilidade do contratado.....	87
3.2. Frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório	92
3.2.1. Súmula 645 do Superior Tribunal de Justiça vs. prejuízo ao erário	99
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de esclarecimento e compreensão deste trabalho, fez-se necessário expor que, no Brasil, o legislador constitucional dispôs a respeito da matéria de licitações e determinou a obrigatoriedade de realização nos termos do inciso XXI¹ do art. 37 da Constituição Federal de 1988, e o legislador infraconstitucional editou normas relacionadas a licitações públicas² e legislou sobre a matéria administrativa, os procedimentos administrativos e a matéria criminal³.

Ressalta-se que o legislador Constitucional impôs aos entes da federação a obrigatoriedade de observância aos princípios norteadores da administração pública: i) Legalidade; ii) Impessoalidade; iii) Moralidade; iv) Publicidade; e v) Eficiência. Todos previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que, sob essa visão, o legislador infraconstitucional, ao editar a lei nº 8.666/1993, inovou com outros princípios “[...] em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”⁴. Com efeito, o legislador da Lei nº 14.133/2021, que trata da nova lei de licitações, aumentou o rol destes princípios, incluindo outros⁵, o que, de certa forma, impôs maior ônus na elaboração e realização do procedimento licitatório.

¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 37, inciso 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020

² BRASIL. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

³ Importante frisar que a Lei nº 14.133/2021 que trata da nova lei de licitações não dispõe da matéria criminal. E, portanto, remeteu para o Código Penal, art. 337 “E” ao 337 “P”.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 05. abr. 2021.

Nesse cenário, pode-se apontar outro elemento intrínseco ao procedimento licitatório, qual seja, a seleção de proposta comercial mais econômica⁶, evidentemente, respeitada a especificidade do objeto licitado. Assim, diante do comando constitucional e infraconstitucional, a administração pública deverá realizar o procedimento licitatório toda vez que for comprar bens, executar obras, contratar serviços ou conceder a um terceiro o poder de, em seu nome, prestar serviços públicos, por exemplo, as concessões, devendo, assim, atender os princípios⁷ que norteiam a administração pública.

Pois bem, partindo-se dessas obrigações definidas pelo constituinte originário, como aquelas editadas pelo legislador infraconstitucional, o gestor deverá utilizar procedimento licitatório através das modalidades previstas em lei, bem como obedecer ao rito e às formalidades, sob pena de responsabilidade.

É por isso que, especialmente, nesse viés, a análise desse trabalho será com base nas modalidades de licitações: i) concorrência; ii) tomada de preços; iii) convite; iv) pregão, inclusive a dispensa e a inexigibilidade da licitação. Todavia, não serão tratados os detalhes de cada uma dessas modalidades, apenas referindo-se a elas de forma geral. Importante ressaltar que o legislador da lei nº14.133/2021 revogou a lei nº10.520/2002, que dispõe sobre a modalidade pregão, bem como a de nº12.462/11 que dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas, e a lei nº8.666/1993. No entanto, o legislador autorizou a utilização destas leis pelo período de 2 (dois) anos, a contar da data de entrada em vigor da nova lei, e, ao dispor sobre as modalidades de licitações, fez substanciais alterações nos termos do art. 28, que

⁶Nesse sentido, percebe-se que a premissa da proposta mais vantajosa se encontra nos conceitos dos seguintes autores: Odete Medauar: "Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado". In: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.205; Celso Antônio Bandeira de Mello: "Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir". In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.483; José dos Santos Carvalho Filho: "Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos- a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico". In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 240; Marçal Justen Filho: "A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão de competência específica". In: JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.309.

⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22. fev. 2020.

prevê as seguintes modalidades de licitação: a) pregão; b) concorrência; c) concurso; d) leilão; e) e diálogo competitivo⁸. O legislador tratou, também, acerca dos procedimentos auxiliares, conforme dispõe o art. 78 “I credenciamento; II pré-qualificação; III procedimento de manifestação de interesse; IV sistema de registro de preços; V registro cadastral.

Nessa seara, a delimitação da fase administrativa facilitará identificar as hipóteses de condutas ilícitas praticadas nas fases do certame, dispensa ou inexigibilidade de licitação, fornecendo luz para a resposta desse trabalho, o que se dará no campo da matéria criminal.

Diante disso, demonstra-se ser essencial a definição dos atos praticados por cada um dos servidores da administração pública, visto que essa compreensão é importante, pois reflete diretamente nas hipóteses de ilegalidades que estão dispostas no art. 337 “E”, “F”, do Código Penal.

Com efeito, a natureza jurídica da lei nº 8.666/1993 é administrativa, mas o legislador fez previsão expressa dos tipos penais, tratando-se, portanto, de lei especial no que diz respeito aos crimes praticados nos procedimentos licitatórios, de modo que não se aplicam os artigos 326 e 335 do Código Penal no que tange à matéria de licitação. Assim, o legislador elegeu tipos penais na lei nº8.666/1993, como está disposto no capítulo IV - Seção III - Dos Crimes e das Penas. Mas, é de se verificar que “aplicar-se-ão subsidiariamente o Código de Processo Penal e a Lei de Execução” nas hipóteses de crimes regidos pela lei nº 8.666/93⁹.

Todavia, diante da dinâmica legislativa, a lei nº14.133/2021, que regulamenta as modalidades de licitações e contratos administrativos em todas as esferas da Administração Pública, revogou a matéria criminal da lei nº8.666/1993, mas não tratou da matéria criminal e, com isso, os tipos penais passaram todos para o Código Penal, nos termos do art. 337- “E” ao 337-O”.

Diante dessa assertiva, pretende-se, ao mesmo tempo, estudar as fases do procedimento licitatório, a obediência ao rito, as formalidades exigidas pelas legislações e as implicações nas hipóteses de não obediência destas formalidades, bem como o que pode desencadear resultados negativos, com a imposição de punições de natureza administrativa, civil e criminal aos responsáveis.

⁸ Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura do artigo de Rafael Sérgio de Oliveira. Disponível em: http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf.

⁹ Brasil. **Lei nº8.666/93**. Art. 108. No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 fev. 2020.

Nesse contexto, justifica-se o tema proposto devido sua relevância na administração pública, uma vez que chama a atenção não somente dos operadores do Direito como também da mídia que, nos últimos tempos, veiculou escândalos e corrupção¹⁰ ligados a fraudes em procedimentos licitatórios nas diversas esferas de governo, o que, de fato, ensejou repercussão nas demais áreas.

Lembrando que as fraudes decorrentes de procedimentos licitatórios têm causado prejuízos em alta escala ao erário, impactando diretamente as ações de implementações das políticas públicas e, por conseguinte, estagnando ou, ao menos, maximizando os resultados positivos que deveriam estar à disposição dos administrados de forma satisfatória.

Assim, na sequência passa-se ao objetivo deste trabalho que voltar-se-á à análise da obediência ao rito e às formalidades exigidas para a conclusão do certame, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Isso porque todo procedimento licitatório, dispensa e inexigibilidade da licitação é ato complexo e requer a participação de vários servidores públicos em diferentes setores com divisão de tarefas e multiplicidade de ações para sua conclusão. No entanto, na hipótese de atos irregulares que podem macular o procedimento licitatório, haverá a necessidade de demonstração em qual das fases e por quem foi praticado o ato irregular ou ilegalidade.

Para melhor análise do presente trabalho, houve a separação do mesmo em duas partes a fim de demonstrar como devem ser as regras administrativas do procedimento licitatório, sem, contudo, a pretensão de se exaurir a matéria.

Dessa forma, na primeira, será abordada a matéria administrativa: fases do procedimento licitatório; O dever de obediência ao rito e das formalidades no procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação; já, na segunda, dispensa, inexigibilidade e fraude nos procedimentos licitatórios, haja vista que as ocorrências de ilicitudes nos certames decorrem de atos praticados na fase administrativa e, por consequência, devem individualizar a participação de cada servidor envolvido com o procedimento da licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Ao final, busca-se a resposta ao problema aqui proposto: nos crimes licitatórios, o objeto da tutela penal busca proteger o procedimento licitatório ou os cofres públicos? Por essa razão,

¹⁰ “Verifica-se, de fato, que a corrupção é assunto mundial, e sempre presente. Diversas preocupações e convênios entre países têm pretendido o real combate [...] a luta contra a corrupção é, como parece ser, o objetivo de numerosos instrumentos políticos internacionais que acabam por obrigar os Estados-parte, e empreender ações das mais diversas – até penais- contra a má gestão pública, essa parece ser a compreensão. Ainda mais quando se menciona a ampliação da questão para, também, fronteiras outras como a corrupção no setor privado”. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção No Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19.vol. 89. mar.-abr., 2011, passim.

fez-se necessária a análise referencial da doutrina – julgados do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal – e das Leis: nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº14.133/2021.

1. FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Antes de se tecer os comentários sobre as fases do procedimento licitatório, faz-se imprescindível tratar do princípio da segregação de funções, especialmente na elaboração do processo licitatório. Isso porque, na atividade administrativa, impera o princípio da segregação de funções, sendo que o mesmo é corolário da moralidade, art. 37, da Constituição Federal de 1988, e sua finalidade consiste na necessidade da observância de repartir funções entre os servidores públicos dentro de uma estrutura administrativa, de modo que os servidores não executem atividades que pertencem a outros, evitando-se, assim, a execução e o controle de seus próprios atos concomitantes na elaboração do procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Assim, a influência do princípio da segregação de funções exige a execução das atividades por servidores e setores independentes entre si, isto é, a segregação de funções nas licitações e na gestão contratual¹¹. Isso porque, se houver a execução de diversos atos relacionados ao procedimento licitatório por único servidor, fragiliza-se o princípio da segregação de funções. Nesse sentido, considera Pedro Henrique Braz De Vita:

O princípio da segregação de funções decorre do princípio da moralidade (art. 37, da CF/88), e consiste na necessidade de a Administração repartir funções entre os agentes públicos cuidando para que esses indivíduos não exerçam atividades incompatíveis umas com as outras, especialmente aquelas que envolvam a prática de atos e, posteriormente, a fiscalização desses mesmos atos. A aplicação desse princípio aos processos de contratação, visualizados a partir de suas três fases (planejamento,

¹¹ “Além de inibir condutas tendenciosas e conflito de interesses, a segregação de funções, por intermédio da divisão de tarefas, conduz à especialização com sensíveis ganhos de eficiência e de produtividade no desempenho de rotinas relacionadas à execução das despesas públicas. Outra consequência positiva da separação de funções, afora o alívio da sobrecarga de serviços, por vezes extenuantes, que recai sobre aquele agente que realiza, sozinho ou com poucos recursos, todos os eventos sequenciais que precedem os processos de gastos públicos, está a mitigação da ineficiência advinda da execução cumulativa de tarefas e a restrição aos riscos de erros, omissões, fraudes ou corrupção. Ao apartar as funções e não facultar que um único servidor seja responsável pleno por todas as fases ou estágios mais críticos (sensíveis) da execução das despesas, cria-se, metaforicamente, um ambiente hígido de “policimento” ostensivo-dissuasório no qual as tarefas executadas por um agente público são subsequentemente acompanhadas e fiscalizadas por outro, inibindo condutas ilícitas e/ou antieconômicas. Destarte, exceto naquelas situações dolosas nas quais se revela a existência de uma quadrilha sorrateiramente instalada na entidade, com maquinação dos principais agente da administração, a aplicação do princípio de segregação de funções produz efeitos positivos, quer seja nas licitações públicas, quer seja nos contratos administrativos. Assim, a segregação de funções se sobressai como um princípio do controle administrativo conferindo mais eficiência, racionalidade, imparcialidade, transparência e eficácia sobre os processos de execução das despesas públicas. Se não houver segregação de funções, certamente haverá fragilidade administrativa, politicagens, ingerências indevidas, leniência nos controles, favorecimentos e todo tipo de disfunções. O princípio da segregação de funções, *ad hoc*, intenta, entre outras coisas, evitar que o ciclo operacional em torno de um evento [licitações públicas e contratações administrativas] seja iniciado e terminado por uma mesma pessoa ou em uma mesma área. A segregação de funções tem como benefício, adicionalmente, a prevenção de fraudes [ou corrupção] e de uso não autorizado de ativos [de recursos públicos], já que promove a interdependência entre áreas e pessoas. BRASILIANO apud SILVA, Magno Antônio da. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. **Revista do TCU**, 2010, p. 15. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/68>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

licitação e contrato), pode ser mais complexa do que se imagina, visto que determinados atos praticados na fase inicial (planejamento), são fiscalizados direta ou indiretamente nas fases seguintes (licitação e contrato). Isso, é claro, demanda cuidado na delegação de atribuições aos diversos agentes envolvidos nos processos de contratação, visto que os atos praticados por um sujeito não podem ser incompatíveis entre si, o que ocorre, por exemplo, quando ele pratica atos na fase interna do processo de contratação, e os fiscaliza na fase externa ou contratual. Daí porque um componente da assessoria jurídica não pode, por exemplo, ser nomeado membro da comissão de licitação que processará o certame de cujo planejamento ele participou, e/ou cujo resultado final será passível de sua fiscalização. Aliás, outra não foi a inteligência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 686/2011 – Plenário) ao determinar a um órgão que não designasse “... para compor comissão de licitação o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da segregação de funções¹²,”.

De acordo com essa perspectiva, a aplicação deste princípio da segregação de funções nos procedimentos licitatórios, dispensa ou inexigibilidade de licitação, obviamente, respeitando as fases de planejamento, edital, contrato e execução contratual, bem como os atos decorrentes de cada uma dessas fases, consistirá na fiscalização dos atos subsequentes praticados por diversos servidores e departamentos diferentes, evitando-se, desta forma, atos que poderão desencadear em irregularidades posteriores, ensejando a hipótese de responsabilidade daqueles que deram causa. Nesse sentido, Eduardo de Carvalho Rêgo assevera que:

O princípio da segregação de funções indica que as licitações não são conduzidas de forma centralizada, por apenas uma autoridade que identifica a necessidade de licitação, elabora o edital e julga as propostas apresentadas selecionando a mais vantajosa. Pelo contrário, as licitações são procedimentos complexos, compostos por diversos agentes espalhados por diversas repartições. É a segregação de funções que garante, por exemplo, que um mesmo servidor não será o responsável pela fiscalização de um ato por ele mesmo produzido, o que revelaria nítido conflito de interesses¹³.

Acresce-se a isso o fato de que se o servidor se deparar com atos praticados no procedimento licitatório ou dispensa e inexigibilidade de licitação que, por ventura, não estiverem de acordo com as formalidades exigidas, o mesmo deve requisitar informações ao departamento requisitante e, na hipótese de irregularidade, tem a obrigação de prestar informações à autoridade superior para que seja sanada a irregularidade ou, ainda, sendo o caso, tomar as medidas necessárias para apurar a responsabilidade do servidor que deu causa ao ato irregular.

¹²BRAZ, Pedro Henrique. **A segregação de funções no bojo dos processos de contratação**. Blog Zenite. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/a-segregacao-de-funcoes-no-bojo-dos-processos-de-contratacao>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹³RÊGO, Eduardo de Carvalho; NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.); RIBAS JUNIOR, Salomão Antônio; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021. E-Book, p. 25. Disponível em: <<file:///C:/Users/Dell/Downloads/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf>>. Acesso em: 07, marc. 2021.

Desta forma, dada a importância da segregação de funções, o Congresso Nacional, por meio da lei nº14.133/2021, em seu art. 5º, fez claro e de forma expressa que deve observar a segregação de funções¹⁴.

Expostas as considerações sobre a segregação de funções que estão inexoravelmente ligadas às fases do procedimento licitatório e à execução do objeto licitado, passa-se ao ponto que diz respeito à fase do planejamento, visto que, possui alta relevância e, por essa razão, torna-se mais sensíveis. Nessa oportunidade, a administração deve fazer todas as avaliações necessárias, a fim de buscar informações com as demais secretarias ou departamentos, em especial as informações do departamento de almoxarifado com a finalidade de conhecimento do quantitativo e do qualitativo dos materiais ou produtos estocados.

A rigor, para todo e qualquer processo de compras ou contratações de serviços é necessária prévia autorização da autoridade superior e, somente após, será iniciado o procedimento da licitação pretendida, dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nesse caso, a administração, por meio da secretaria ou departamento requisitante, deverá atender às disposições constantes no art. 38 da lei nº8.666/1993 e, mais que isso, deverá observar o rito e as formalidades da lei, bem como os princípios dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da lei nº8.666/1993.

Pertinente aderir, desde já, o art. 38 da lei nº8.666/1993, que determina que o procedimento licitatório inicia com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numeradas suas páginas, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa. Porém, na prática, dificilmente se procede dessa maneira. Na verdade, o que se faz é iniciar diversos atos anteriores, ficando, inclusive, a autorização da autoridade superior como critério de procedibilidade do certame para outra oportunidade. Ocorre que existem atos anteriores condicionantes à validade dos procedimentos subsequentes.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) Também, sobre esse mesmo princípio da segregação de funções, trata o parágrafo 1º do art. 7º “A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação; § 2º O disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

Sendo assim, antes de qualquer possibilidade de autorização para licitar, a administração pública deverá certificar a real necessidade de realizar o certame para compra ou contratação de serviço e, após, delimitar os termos que será realizado o certame, respeitando-se, evidentemente, a especificidade do objeto pretendido. Isso porque, a autorização emitida pela autoridade superior para a instauração da licitação prescinde da solicitação de alguém, o que, evidentemente, requer estudos, planejamento das necessidades do ente público, bem como a disponibilidade de recursos financeiros para suportar as despesas decorrentes do futuro contrato, dispor sobre o prazo de execução do contrato, armazenamento e a metodologia, se for o caso. Assim, somente após superadas essas premissas, sobrevêm as demais fases do procedimento licitatório, ou da dispensa ou inexigibilidade de licitação¹⁵. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

Como são logicamente indispensáveis para a licitação, tais atos condicionam o curso do procedimento posterior. Logo, os defeitos quanto a esses atos anteriores se refletem em desvios maléficos no momento subsequente. Daí deriva a concepção de que o procedimento licitatório inicia-se na fase interna e não apenas quando vier a ser divulgado o edital¹⁶.

Dentro dessa delimitação, a administração pública poderá utilizar a modalidade pregão, conforme previsto na lei nº10.520/2002, ou uma das modalidades de licitação previstas nos art. 22 da lei nº8.666/1993, com o objetivo de obter a proposta mais econômica e eficiente para a administração pública. No entanto, as modalidades de licitação sobre o que trata a lei nº 14.133/2021 estão previstas em seu art. 28, porém, dispõe o §1º “Além das modalidades referidas no *caput* deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78¹⁷ desta Lei”.

Vale ressaltar que, qualquer que seja a modalidade adotada pela administração pública, a doutrina dos administrativistas divide-se em duas fases: (a) fase interna; e (b) fase externa. Entretanto, para fins didáticos, fez necessário subdividi-las em quatro fases: 1.1. Planejamento; 1.2. Edital; 1.3. Contrato; e 1.4. Execução contratual.

¹⁵ JUSTEN Filho, Marçal. **Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 366.

¹⁶ *Ibidem*, p. 367.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 78 “ São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: I credenciamento; II pré-qualificação; III procedimento de manifestação de interesse; IV sistema de registro de preços; V registro cadastral. § 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o *caput* deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento. § 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do *caput* deste artigo seguirão mesmo procedimento das licitações”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

1.1. Fase do planejamento¹⁸

Esta fase compreende o estudo de viabilidade para, após, elaborar-se a *requisição*, *projeto básico*, *memorial descritivo* ou *termo de referência*. Para tanto, a administração deve fazer análise: a) dos possíveis efeitos decorrentes da licitação, com a demonstração dos benefícios que serão gerados com a execução do contrato administrativo; b) dos projetos, cronograma de execução, cronograma físico-financeiro, metodologia a ser aplicada, disponibilidade de recursos, prazo de duração do contrato; c) análise de possível aditamento de prazo ou de valor, a devida observância dos art. 6º e 7º da lei nº 8.666/1993, sem prejuízo, evidentemente, de outros requisitos.

Nesse ponto, também, vale ressaltar que a lei nº 14.133/2021 dispõe em seu art. 18 sobre o planejamento, sendo enfática ao expressar que “a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12¹⁹ desta Lei”, bem como sobre os resultados pretendidos pela administração, conforme art. 6º²⁰, combinado com o art. 40: “O planejamento de compras

¹⁸ Nesse sentido, Rafael Valim assevera que “Todas as atividades administrativas, indistintamente, devem ser exercidas de modo *planejado*. Providências administrativas *ad hoc*, excepcionais, marcadas pelo aqodamento e provisoriidade, são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal. Na afirmação precisa do Professor Gilberto Bercovici ‘o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística’”, in VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo, Contracorrente, 2015, p. 62.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 18 “A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: I– a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; II– a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso”. Nesse sentido, ao tratar sobre o planejamento Joel de Menezes Niebuhr salienta que: “O planejamento foi elevado a princípio das licitações e dos contratos, em conformidade com o *caput* do artigo 5º do projeto da nova lei de licitações, e o Legislador houve por bem dedicar à fase preparatória, em que ocorre o planejamento, um capítulo inteiro da nova lei, o Capítulo II do Título II. Ficou mais do que claro que o planejamento das licitações e dos contratos foi bastante realçado no projeto da nova lei de licitações, constituindo-se num dos seus pilares fundamentais, o que é de todo apropriado porque ele é determinante para o sucesso ou insucesso das contratações. O fato é que o projeto da nova lei de licitações encampou em linhas gerais o fluxo procedimental para o planejamento contido nessas instruções normativas federais, pelo que a origem é bem identificada: plano anual de contratações (inciso VII do artigo 12), estudo técnico preliminar (inciso I do artigo 18), termo de referência ou projetos (inciso II do artigo 18), orçamentação (inciso III do artigo 18), análise de riscos (inciso X do artigo 18) e aprovação jurídica (artigo 52). Como preceitua o inciso I do artigo 17 do projeto da nova lei, a licitação inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública justamente trata de planejá-la, definindo o seu objeto e todas as suas condições, o que deve, ao final, ser retratado no edital”. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Fase preparatória das licitações* in NIEBUHR, Joel de Menezes. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 1. ed. Zenite Editora, E-Book, passim. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXXIII- termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do

deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: (...); §1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta lei, além das seguintes informações: (...)”.

Essa maneira que o legislador da lei nº 14.133/2021 exige o planejamento torna-se relevante porque o dia a dia e a realidade dos procedimentos licitatórios têm causado problemas de diversas formas, tais como: perda de economia de escala, não governança na fase interna dos procedimentos de licitações, sem que haja a devida importância²¹.

Para compras, dispõe o art. 14, da lei nº 8.666/1993: “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”.

Nessa perspectiva, o legislador da lei nº 8.666/1993 fez previsão expressa sobre a disponibilidade de recursos orçamentários com objetivo de garantir o pagamento em favor do contratado, porém, essa premissa não garante o recebimento, isto é, logo após a entrega do objeto ou a prestação do serviço contratado, conforme dispõe o art. 78, inciso XV²², da lei nº 8.666/1993, o que, de certa forma, enseja insegurança jurídica. Ao mesmo tempo, o contratado pode inflacionar seus preços pelo fato de que deve contar com atrasos de até 90 (noventa) dias os quais são autorizados pelo legislador para uma possível rescisão contratual decorrente de inadimplemento da administração pública.

contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas; c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; d) requisitos da contratação; e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade; g) critérios de medição e de pagamento; h) forma e critérios de seleção do fornecedor; i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado; j) adequação orçamentária”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 03 mar. 2020. Nesse contexto, também o art. 18 consta expressamente sobre o planejamento das contratações. É certo que, como se pode notar o artigo impõem exigências que rigor alguns municípios encontraram dificuldades para atendê-las, pelo fato de que, exige-se capital humano técnico, com qualificações e, nem todos os municípios estão preparados, por diversas razões. Mas é um bom começo, isso porque, é através do planejamento, obediência ao rito e das formalidades que, pode ao menos inibir a corrupção ou fraude nos procedimentos licitatórios, dispensa ou inexigibilidade de licitação.

²¹ CAVALCANTI, Caio Mário Lana; FORTINI, Cristiana. **O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/02/Pagamento_PL4253_2020_CaioCavalcanti_CristianaFortini.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

²² BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Art. 78, inciso XV “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Neste contexto, o legislador da lei nº14.133/2021 reduziu esse período de 90 para 60 dias, nos termos do art. 137, inciso IV “atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos”.

Já no que diz respeito à ordem cronológica de pagamentos, a lei nº 8.666/1993 dispõe em seu art. 5º “[...], obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada”. Nesse sentido, Caio Mário Lana Cavalcanti e Cristiana Fortini afirmam que o legislador do projeto de lei nº4.253/2020, sendo agora a atual lei nº 14.133/2021, contribuiu com uma inovação relacionada à hipótese de relativização da ordem cronológica, isto é, desde que presente o interesse público e justificativa da autoridade competente. No entanto, tal inovação enseja insegurança jurídica com relação ao pagamento em favor do contratado, isso porque “interesse coletivo é conceito jurídico demasiadamente indeterminado”, o que pode levar a prática de irregularidades e arbitrariedades²³.

Nessa hipótese, dispõe o §2º, art. 141, da lei nº14.133/2021 “A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no caput deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização”. Como se vê, se houver preterição da ordem cronológica dos pagamentos que correspondem à exigibilidade do crédito, sem, contudo, a comprovação dos pressupostos e justificativa plausível, o ordenador de despesa incorrerá em crime nos termos do art. 337, “H”, do Código Penal. Assim, é explícita a garantia dos pagamentos em favor do contratado ao analisar a disposição do art. 150, da lei nº14.133/2021 “Nenhuma contratação será feita sem (...) a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa”.

²³ “Uma vez sancionado o Projeto de Lei nº 4.253/2020, tal cenário de insegurança restará bastante diminuído, na medida em que o pretendido §1º do art. 140 traz, de modo taxativo e exclusivo, quais são as hipóteses em que poderá ser relativizada a ordem cronológicas dos pagamentos, quais sejam: (i) perturbação grave da ordem, emergência ou calamidade pública; (ii) se demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual, o pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, sociedades cooperativas e microempreendedor individual; (iii) se demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual, o pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes; (iv) pagamentos de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada e (v) quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação do serviço ou o cumprimento de missão institucional, o pagamento de contrato cujo objeto seja indispensável para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade”. In: CAVALCANTI, Caio Mário Lana; FORTINI, Cristiana. **O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 13 fev. 2021. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

Na *requisição* deve conter a descrição completa do material ou serviço, especificando-se dimensão, modelo, cor, espessura, quantitativo e, sendo o caso, qualitativo, informar a unidade de medida do material ou serviço, o que permite maior clareza, como por exemplo, peça, bloco, pacote, caixa, galão, litro, grama etc., dentre outras informações necessárias para elaboração do procedimento. Assim dispõe o art. Art. 40, da lei nº 14.133/2021.

Na *justificativa*, o servidor deve fundamentar seu pedido, demonstrando o motivo da compra ou da contratação do serviço. Inclusive é uma das exigências na IV fase da Auditoria Eletrônica de São Paulo TCE/SP (Auditoria Eletrônica de Órgãos Públicos)²⁴. Frisa-se que os órgãos de controle Interno, Tribunal de Contas, ao auditarem os processos licitatórios, tendem a buscar se o órgão licitante apresentou justificativas plausíveis que demonstrem a necessidade da compra ou da contratação do serviço, bem como se há expressamente a demonstração dos benefícios que surgirão com a contratação.

O *memorial descritivo ou termo de referência*²⁵; compreende a: (i) descrição do objeto²⁵; (ii) especificidade; (iii) características técnicas do objeto; (iv) local de entrega; (v) prazo de entrega; (vi) prazo de contrato, se houver; (vii) prazo de garantia do bem, se houver. Importante expor que o legislador da lei nº 14.133/2021 fez constar essa mesma exigência, ou seja, a elaboração do projeto básico ou termo de referência como se pode notar, por exemplo, no inciso XXIII, art. 6º, no inciso II, art. 18, no parágrafo 1º, art. 40, e, no inciso I, art. 72²⁶; (viii) garantia financeira de participação e/ou de execução para as todas as modalidades, exceto para a modalidade *pregão*²⁷, vez que nesse modalidade somente admite a garantia de execução

²⁴ AUDESP “Auditoria Eletrônica de Órgãos Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no aperfeiçoamento do controle de gestão governamental que objetiva, através do concurso da tecnologia da informação, aprimorar os procedimentos de coleta de dados e informações dos órgãos fiscalizados, buscando maior agilidade nos trabalhos, aumento da qualidade dos dados e como consequência natural, o cumprimento da missão constitucional de fiscalizar e controlar as contas públicas paulistas com o máximo grau de eficiência e eficácia, em benefício da sociedade. In: O que é AUDESP. **Tribunal de contas do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/o-que-e-audesp>>. Acesso em: 03 de mar. 2020.

²⁵ Para melhor descrição do objeto, consultar o *site* <[http://www.bec.sp.gov.br/BEC Materiais UI/UI_consAvancada.aspx](http://www.bec.sp.gov.br/BEC_Materiais_UI/UI_consAvancada.aspx)>. Acesso em: 03 mar. 2020.

²⁶ BRASIL. **Lei nº14.133/2021**. Art. 6º, inciso XXIII – termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos; art. 18, inciso II – a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; art. 40, § 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações: I – especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; II – indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso; III – especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso; art. 72, inciso 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. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada

contratual. Convém expor que a nova lei de licitações não excepcionou, isto é, não vedou à exigência de garantia de participação para a modalidade pregão, nos termos do art. 58²⁸; (ix) informação, caso seja registro de preços; (x) cotações de preço, sem prejuízo do departamento de compras e licitações, fazer outras cotações e pesquisas, com o objetivo de demonstrar que os preços orçados pela administração é compatível com o praticado no mercado, sobretudo, buscar média de preços, a fim de obter proposta vantajosa para a administração pública. Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que o processo deve ter, no mínimo, três cotações, salvo por razão devidamente justificada:

A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007- Plenário, 325/2008-1ª Câmara, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2ª Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos, sendo necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter esse número de cotações.²⁹

Convém exigir que as cotações devem apresentar validade e, ainda, seja posto o CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica) das empresas consultadas, bem como sua assinatura. Porém, caso as cotações sejam enviadas por *e-mail*, é imprescindível imprimir a folha de rosto de cada e-mail recebido. Recomenda-se, ainda, consultar outros meios, por exemplo, GOV.BR (Portal de Compras do Governo Federal), BEC/SP (Bolsa Eletrônica de Compras, CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), com o objetivo de ampliar a pesquisa de preços. Nesse mesmo raciocínio, o art. 23³⁰ da lei nº14.133/2021 dispõe sobre o

pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. art. 5º É vedada a exigência de: I - garantia de proposta. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

²⁸BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação. § 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação. § 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. § 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação. § 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

²⁹BRASIL. **Acórdão 556/2010**. Tribunal de Contas da União, Plenário, sessão de 24/03/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1146663/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 03 mar. 2020.

³⁰BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 23 “O valor previamente estimada contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. § 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não: I– composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no Banco de Preços em Saúde

procedimento de pesquisa de preços. Porém, na hipótese de efetuar pesquisa diretamente com fornecedores, será necessário apresentar justificativa para tanto, nos termos do inciso IV, §1º, art. 23:

[...] pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada a justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital.

Nota-se que a regra será a pesquisa eletrônica pautada em busca de bancos dados de dados públicos, painel de consulta de preços ou no Banco de Preços em Saúde disponíveis no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas), tabela referencial do Poder Executivo, pesquisa nacional de notas fiscais eletrônicas, o que difere diametralmente do posicionamento atual. Veja-se que, na esfera federal, a Instrução Normativa nº73, de 05 de agosto de 2020, do Órgão: Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços, tratou nesse mesmo sentido³¹.

disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); II– contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; III – utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso; IV – pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada a justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; V – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (...). § 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo. § 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração. § 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, reservada a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto. § 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento dos licitantes ou contratados no orçamento que compuser suas respectivas propostas. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³¹BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão. Instrução Normativa nº 73, de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. “art. 1º, § 2º Os órgãos e entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, deverão observar os procedimentos para realização de pesquisa de preço de que trata esta Instrução Normativa. Publicado no Diário Oficial de União em: 06/08/2020. Edição: 150, Seção: 1, página: 19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-73-de-5-de-agosto-de-2020-270711836>>. Acesso em: 09 set. 2020.

Com efeito, o §3º, art. 1º, do Decreto Federal nº 10.024/2019³², impõe aos Estados, Distrito Federal e Municípios a obrigatoriedade de realização das licitações através da modalidade pregão eletrônico para a contratação de bens e serviços, isto é, nas hipóteses de recursos da União oriundos de transferências voluntárias, por exemplo: convênios e contrato de repasse.

Frisa-se que, nas contratações de obras e serviços de engenharia³³, deve haver projeto básico, cópia física assinada pelo(a) engenheiro(a), planilha de custos³⁴ com indicação da tabela de referência, por exemplo, CPOS (Companhia Paulista de Obras e Serviços), FDE (Fundação para o Desenvolvimento da Educação), DER (Departamento de Estradas e Rodagem), SINAPI (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil), cronograma físico-financeiro, cronograma de execução, BDI (Benefícios e Despesas Indiretas)³⁵, plantas, e demais documentos necessários que compõem o projeto. Orienta-se consultar o IBRAOP-Ots-IBR Nº 001/2006 (Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas). Importa dizer que serviços de engenharia ficaram fora da lista de serviços comuns e, portanto, não são licitados por meio da

³²BRASIL. **Decreto nº 1.024 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Art. 1º, § 3º “ Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.024%2C%20DE%2020%20DE%20SETEMBRO%20DE%202019&text=Regulamenta%20a%20licita%C3%A7%C3%A3o%2C%20na%20modalidade,%C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABblica%20federal>. Acesso em: 06 mar. 2021.

³³ Brasil. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Parágrafo segundo do art. 7º, inciso II da Lei nº8.666/93.

³⁴ Planilha de Composição de Preços Unitários de todos os itens, inclusive com a indicação e composição completa do cálculo do B.D.I. e encargos sociais adotados. As empresas deverão observar o teor do acórdão nº 2.622/2013 do TCU. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2622%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 03 mar. 2020.

³⁵ BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 23, § 2º “No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem: I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia; II – utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso; III – contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; IV – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

modalidade pregão, seja na forma presencial ou eletrônico, sendo esse o posicionamento adotado pelos Tribunais de Contas.

Porém, convém expor que a lei nº 14.133/2021 altera esse posicionamento e o art. 29³⁶ faz previsão expressa sobre este assunto, vale dizer, autorizando a contratação, excetuando tão somente obras de grande vulto, cujo valor supera R\$200.000,000,00 (duzentos milhões de reais), nos termos do inciso XXII, do art. 6º.

Desta forma, ao pretender licitar obras ou serviços de engenharia, o(a) engenheiro(a) deve indicar os itens de comprovação que compõem a capacidade técnica do projeto, inclusive as parcelas de maior relevância, que os licitantes devem comprovar como requisito de habilitação, respeitando, evidentemente, as Súmulas das Cortes de Contas, no caso do Estado de São Paulo, Súmulas³⁷ 23, 24, 25 e 30.

A lei nº 14.133/2021, ao tratar sobre as exigências de capacidade técnica, dispôs em seu art. 67 “A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: (...)”³⁸. Nota-se que o parágrafo 1º deste artigo restringe atestados genéricos, de modo

³⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 29, Parágrafo único. “O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea *a* do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei; art. 6º, inciso XXI- serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do *caput* deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem: a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens; b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea *a* deste inciso; XXII– obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 09. abr. 2021.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Súmula nº 23** - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos. **Súmula nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado. **Súmula nº 25** - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços. **Súmula nº 30** - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 05, março 2020.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 67. “A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I– apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; II– certidões ou atestados,

que a parcela de maior relevância será aquela determinada pelo engenheiro (a), isto é, não todos os itens da planilha, mas somente aquela que possui complexidade técnica ou de maior vulto econômico, considerados 4% do valor estimado, o que, ainda, no caso do Estado de São Paulo, consolida a súmula 24 do Tribunal de Contas deste Estado.

É certo que, após essas formalidades, o servidor lotado no departamento de compras e licitações deve cadastrar todo o procedimento administrativo no sistema utilizado pelo órgão, bem com numerar suas páginas e juntar: i) autorização da autoridade competente para a abertura do processo³⁹; ii) reserva orçamentária ou bloqueio⁴⁰, isto é, na hipótese de não ter feito anteriormente.

Vale lembrar que, se for caso de “expansão que acarrete aumento da despesa”, ou seja, aquelas que não são previstas como custeio, a legislação que regulamentou as finanças públicas com o objetivo de buscar equilíbrio entre receita e despesa, impõe a obrigação da elaboração de impacto orçamentário-financeiro e a declaração do ordenador de despesas, nos termos do art. 16 da Lei nº 101/2000⁴¹:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e

regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 87 desta Lei; III- indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; IV- prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso; V- registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso; VI- declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. § 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação. § 2º Observado o disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados. § 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Fundamentação legal: arts. 14 e 38 da Lei nº 8.666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 05, março 2020.

⁴⁰BRASIL. **Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. art. 60 da Lei 4.320/1964 “É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho. § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar. § 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴¹ BRASIL. **Lei Complementar nº101 de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Tal necessidade torna-se obrigatória nos casos em que a administração pública pretende licitar, sendo que os valores correspondentes ao futuro contrato comprometerão exercícios futuros, ou, ainda, nas hipóteses de licitação que não haverá disponibilidade de caixa para suportar as despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato, nos termos do art. 42⁴², da lei nº 101/2000.

Não haverá a necessidade de disponibilidade de recurso orçamentário para a abertura de licitação nas hipóteses de registro de preços. Todavia, devem ser mantidas todas as exigências ditas acima, excetuando, tão somente, a obrigatoriedade de efetuar reserva orçamentária, uma vez que somente será exigida para a elaboração do empenho, isto é, no momento da solicitação do pedido. Isso porque, no caso de registro de preços, basta apenas indicar a classificação da dotação orçamentária.

Com efeito, existe entendimento de que não se pode licitar através de registro de preço quando o objeto consistir na contratação de serviços de atividade contínua ou serviços de obras de engenharia⁴³. Justifica-se esse posicionamento pelo fato de que tanto a atividade quanto os serviços são incompatíveis com a essência e característica da ata de registro, ou seja, nesses serviços de natureza contínua há ausência de eventualidade e imprevisibilidade da demanda.⁴⁴

⁴² BRASIL. **Lei nº 101 de 04 de maio de 2000**. Art. 42. “É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício; Art. 16, inciso I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴³ É certo que, desde antes do projeto de lei nº 4.253/2020, a doutrina apontava concordância com a utilização do sistema de registro de preços para a contratação de serviços e obras de engenharia. Assim, Hamilton Bonatto assevera: Nomes da doutrina administrativista já vinham defendendo a utilização do SRP para a contratação de obras mesmo antes do advento do Regime Diferenciado de Contratação, a exemplo de Marçal Justen Filho: Ainda que a Lei aluda apenas ao caso de registro de preços para compras, não se pode vislumbrar alguma característica inerente quer à sistemática de registro, quer aos contratos de obras ou serviços, que inviabilize a generalização do sistema. O silêncio legislativo não pode, por isso, ser interpretado como vedação. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética: São Paulo, 2012, p.223; Joel de Meneses Niebuhr e Edgar Guimarães compartilham o pensamento de que, sob determinadas condições não há óbices licitar obras e serviços de engenharia pelo SRP: Enfim, não há razão para excluir de antemão obras e serviços de engenharia da incidência de registro de preços. Não se propõe que obras e serviços de engenharia sejam contratados, sempre ou em regra, através do registro de preços, haja vista que, em muitos casos, se revestem de complexidade e singularidade. Todavia, como é sabido, há obras e serviços de engenharia em larga medida uniformes, com características absolutamente padronizadas, pelo que nada obsta o uso do registro de preços em relação a elas. In: GUIMARÃES, Edgar. NIEBUHR, Joel de Meneses. Registro de Preços – aspectos práticos e jurídicos. Prefácio Diógenes Gasparini. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴⁴ BRASIL. **Exame Prévio de Edital – referendo e julgamento M003 00014764.989.16-6**.

Nessa quadra, importa dizer também que o legislador do projeto da lei nº14.133/2021 fez alterações substanciais com relação à ata de registro de preços e elevou como procedimento auxiliar das modalidades de licitações, conforme art. 78: “São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: (...); IV – sistema de registro de preços”. Nessa sistemática, esse procedimento permite contratação de serviços e obras de engenharia⁴⁵, nos termos art. 82, §5º “O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia (..)”. Entretanto, deverá comprovar alguns requisitos: a) projeto pradronizado; b) frequência de obra ou serviços, conforme exigência do art. 85 desta mesma lei.

Dada a importância deste procedimento, a saber, a ata de registro de preços, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos exige que o edital faça constar a possibilidade de haver preços diferentes, isto é, na hipótese em que a obra seja executada em locais diferente, por exemplo, que constem os valores referentes à distância, ao custo de transporte, às dificuldades de determinado local com relação a mão de obra, bem como às condições de preços dos materiais de construção. Ademais, o edital deve definir o critério de julgamento, ou seja, menor preço ou maior desconto sobre tabela oficial, por exemplo, SINAPI ou SICRO (Sistema de Custos Referenciais de Obras).

Dentre essas formalidades, é necessário observar a exigência de realização prévia de pesquisa de mercado, nos termos do §5º do art. 82 da lei nº14.133/2021, ainda, a outros requisitos que estão dispostos no art. 85, isto é, para a contratação de serviços e obras de engenharia por meio do procedimento de sistema de registro de preços⁴⁶.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/564509.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020

⁴⁵ BONATTO. Hamilton. **O sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia no PL nº 1.292/95**. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴⁶ BONATTO. Hamilton. **O sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia no PL nº 1.292/95**. Ao lecionar sobre o assunto assevera que: “É possível, portanto, a utilização do Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia, desde que atendidos os requisitos legais. O que não se vê como possível é a utilização do SRP para contratação de uma obra ou um serviço de engenharia isoladamente ou, ainda, de obras, cujo quantitativo a ser contratado esteja definido. Percebe-se que, o autor expõe a inviabilidade do sistema de registro de preços quando for destinado a um serviço específico ou definido. Isso porque, a essência e característica da ata de registro, está na eventualidade e imprevisibilidade da demanda. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>>. Acesso em: 24, fev. 2021.

1.2 Fase do edital

Na *fase do edital*⁴⁷, a administração elabora o edital de acordo com a modalidade, levando-se em conta a compatibilidade do objeto licitado e seu valor estimado. Ainda, devem conter no edital as exigências de habilitação jurídica, fiscal, trabalhista, econômico-financeira e capacidade técnica⁴⁸. O legislador da lei nº 14.133/2021 fez previsão expressa sobre essas mesmas exigências conforme consta em seus artigos: 62 ao 69.

Ainda, é necessário que no edital conste o critério de julgamento, sanções, penalidades e índice de reajuste do valor contratado. Ademais, é necessária a obediência ao rito e às formalidades que estão relacionadas com o procedimento licitatório, isto é, para cada modalidade. Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr expõe:

Depois do estudo técnico preliminar, termo de referência ou projetos, conforme o caso, e definição de preço estimado, a Administração passa a cuidar da elaboração do edital (inciso V do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações), com o estabelecimento das regras sobre a licitação pública, desde a modalidade, condições para participação de interessados, requisitos de habilitação e critérios para julgamento das propostas. Na mesma oportunidade, a Administração deve produzir a minuta do contrato (inciso VI do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações), que é documento que segue anexo ao edital, como o termo de referência ou projetos (§ 3º do artigo 25). O artigo 25 do projeto da nova lei de licitações estabelece que o edital contenha “as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.” O § 1º do mesmo artigo 25 prescreve, como medida para quebrar um pouco a orientação burocrática, que, “sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes⁴⁹.”

Contudo, quanto à minuta do contrato às exigências estão dispostas no art. 55 da lei nº 8.666/1993. Também essas exigências estão dispostas nos arts. 91 e 92, da lei nº 14.133/2021, que tratam das cláusulas obrigatórias do contrato administrativo e que inovaram, por exemplo, acerca da matriz de risco quando for o caso, prazo para resposta ao pedido de repactuação, prazo para resposta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, nos incisos IX, X e XI, respectivamente.

⁴⁷BRASIL. **Lei nº 8.666/1993**. Art. 51 art; 23, art. 45, art. 40, art. 55, art. 7º, § 1º, art. 40, § 2º, I e II, art. 71, Lei nº 8.666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Conforme arts. 27 a 31. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 16. mar. 2020.

⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.); RIBAS JUNIOR, Salomão Antônio; NIEBUHR, Pedro de Menezes; at all. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zenite, 2020. E-Book. passim. Disponível em: <<file:///C:/Users/Dell/Downloads/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf>>. Acesso em: 07, marc. 2021.

Dessa forma, com o objetivo de demonstrar a complexidade do procedimento licitatório, será utilizada a exigência relacionada à regularidade fiscal disposta no art. 29 da lei nº 8.666/1993 e do inciso II do art. 68, da lei nº 14.133/2021. Frisa-se que, a comprovação de regularidade fiscal deve ser compatível com o objeto licitado. Sendo assim, se a administração exigir todas as certidões de regularidade fiscal constantes nesses artigos, poderá haver inviabilidade de competição e, por consequência, contratar-se proposta antieconômica para a administração pública.

Todavia, essa exigência consta na lei geral de licitações, mas devido à dinâmica social e ao desprendimento da literalidade da lei, atualmente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo firmou entendimento no sentido de que as certidões exigidas devem ser compatíveis com o objeto licitado, TC-1550.989.18-0:

[...], quanto a prova de regularidade com a Secretária da Receita Federal e a Procuradoria da Fazenda Nacional, o edital exigiu que as licitantes apresentassem Certidão Negativa de Débitos relativa a Tributos Federais, abrangendo, inclusive, Contribuições Sociais, ferindo entendimento (TC-125.989.16-0, TC-11015.989.16-3, TC- 005 00001200.989.13-5 e TC -012125/026/10 deste Tribunal de que a prova de regularidade perante o Fisco deve estar adstrita aos tributos compatíveis com o objeto licitado. [...]. Compartilhando manifestação da Fiscalização, JULGO Irregular o Pregão e a decorrente contratação, Conhecendo da Execução Contratual e do Termo de Recebimento, determinando o acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93. Publique-se a Sentença. Autorizo vista e extração de cópias, em Cartório. Ao DSF, para anotações e ao arquivo. DIMAS RAMALHO CONSELHEIRO, Publicado 06/12/2019⁵⁰.

Nesse contexto, toda vez que os requisitos de habilitação são exigidos em patamares superiores àqueles que correspondem ao mínimo indispensável para a garantia do cumprimento das obrigações, ocorre violação do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 e do art. 3º da lei nº 8.666/1993. A respeito disso, Adílson de Abreu Dallari observa que “a doutrina é muito enfática no tocante à inconstitucionalidade de exigências impertinentes, sejam elas feitas pela lei ou pelo edital⁵¹”.

Nota-se que a fase do edital merece atenção pois, desde a fase do planejamento de cada licitação, a administração pública não deve inserir no instrumento de edital exigência de certidão fiscal que pode ser incompatível como o objeto licitado, uma vez que poderá ser considerada restritiva pelos órgãos de controle e, por consequência, surgir efeitos negativos, por exemplo, a hipótese de julgamento irregular da licitação, sendo que, ocorrendo o julgamento irregular da licitação será remetida cópia da decisão de irregularidade ao Ministério Público,

⁵⁰ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. PROCESSO: eTC-1550.989.18-0 eTC-9084.989.18-5. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/743792.pdf>. Acesso dia 16 mar. 2020.

⁵¹ ABREU Dallari, Adílson de. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134.

que poderá propor as medidas cabíveis. Aliás, aqui torna-se importante expor que sendo suspenso o certame seja por exigência fiscal que não guarda relação com o objeto, ou exigência de cláusulas restritivas à competitividade, “[...], o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão (...)”, nos termos do §1º, art. 171, da lei nº 14.133/2021 e, mais que isso, o legislador impôs o ônus de “proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso”, nos termos do §2º, III, art. 171.

Com efeito, se não for atendido pelo gestor haverá maiores implicações, pois “o descumprimento do disposto no §2º deste artigo ensejará apuração de responsabilidade e obrigação de reparação de prejuízo causado ao erário”, conforme dispõe o §4º, do mesmo artigo, bem como sendo comprovado o dolo e o prejuízo, poderá incorrer nas disposições contidas na lei nº8.249/1992, pelo fato de ocorrer a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório.

No tocante à competência para a assinatura do edital a lei impôs a autoridade superior, e não do pregoeiro ou do presidente da comissão de licitações, nos termos do art. 3º, I, da Lei nº 10.520/2002⁵². Nota-se, a lei nº14.133/2021 também disciplinou implicitamente a respeito, conforme dispõe seu art. 7º “Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competência e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei (...)”, reforça essa formalidade o disposto no art. 8º⁵³, que trata sobre o agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente.

⁵² BRASIL. **Lei nº10.520 de 17 de julho de 2002**. Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁵³ BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação. § 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe. § 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada de, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei. § 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação. § 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

O Tribunal de Contas de São Paulo firmou entendimento sobre a competência para assinatura do edital e dispõe que é da autoridade superior, bem como a decisão de recursos, impugnações, além, da homologação e assinatura do contrato administrativo. Nesse contexto, o(a) pregoeiro(a) e o(a) presidente da comissão de licitações não podem assinar o edital, sob pena de agir com vício de competência, cabendo-lhes apenas a condução da sessão. Dentro desse parâmetro de entendimento o Tribunal de Contas julgou os processos: TC-1595/010/2010, relatados pelo eminente conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga em sessão de 08/12/2010 do Egrégio Tribunal Pleno, TC-886.989.13-6, TC-908.989.13-0 e TC-200.989.13-5, nesse mesmo sentido, de da relatoria do conselheiro Robson Marinho, apreciadas em sessão de 26 de junho de 2013 do Egrégio Tribunal Pleno, e TC-1595/010/2010⁵⁴:

[...]. A ele é reservada a tarefa de bem conduzir a sessão pública, submetendo-se, para tanto, aos princípios e normas legais, bem como aos termos e condições estipuladas no ato convocatório expressão máxima da vontade da Administração, consoante o interesse público visado. [...] Ao pregoeiro servidor indicado pela própria autoridade superior cabe a condução da sessão pública, cuja atuação inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, caso não haja manifestação quanto à interposição de recurso. [...].⁵⁵

Vale lembrar que esse entendimento é concernente ao âmbito de cumprimento de formalidades administrativas. *A priori*, o fato de a autoridade superior ser responsável por essas formalidades, por si só, não tem o condão de lhe imputar responsabilidade administrativa, civil e criminal, isso porque o edital é posterior à fase do planejamento, cotações, etc. Sendo assim, após cumpridas essas formalidades, há outro requisito que deve ser observado, qual seja, submeter todo o procedimento a procuradoria jurídica para a aprovação do edital e seus anexos, que deverá emitir parecer técnico acerca do edital, dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, é o que será tratado no próximo item, inclusive com as alterações consignadas na nova lei de licitações e contratos administrativos.

2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁵⁴ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Implementação do sistema para transmissão de imagens, com fornecimento de todo material e equipamento. Processo TC-1595/010/2010. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/processos>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁵⁵ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Trata sobre o tema vício de competência, é o entendimento da eminente conselheira Cristina de Castro Moraes. Processo TC-2812/989/14-3. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/413391.pdf>. Acesso 23 mar. 2020.

1.2.1. Aprovação do edital e seus anexos pelo departamento jurídico

Essa regra se desdobra em duas sub-regras. O que interessa, aqui, é perceber que a lei nº 8.666/1993 exige que, após a elaboração da minuta do edital e do contrato, a mesma deve ser submetida à análise do órgão jurídico para aprovação, nos termos do parágrafo único do artigo 38: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. André Saddy, ao tratar sobre a matéria, posiciona-se sobre a desnecessidade de parecer jurídico com relação à contratação através de dispensa ou inexigibilidade de licitação:

[...] que, apesar de ter caráter obrigatório (art. 38, caput e inc. VI, da Lei nº 8.666/1993), o parecer jurídico não tem efeito vinculante. Desse modo, o prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor/dirigente público; aquele somente o orienta para que não prossiga no intento de realizar um ato ilegal, ilegítimo ou imoral, de forma motivada. Contudo, caso aja com má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, caberá a responsabilidade solidária entre eles. [...]. Favorável, neste ponto, ao entendimento de Mendonça (2010), que assevera não ser o problema a obrigatoriedade ou não do parecer, mas sim se o parecer, de forma efetiva e concretamente, induziu a autoridade a erro e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável. Para o autor, “não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as consequências práticas do conceito (prestação de contas ao Tribunal de Contas, etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião” (MENDONÇA, 2010, p. 709-710). E conclui que: o parecer jurídico previsto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 tem caráter obrigatório no rito licitatório e apenas neste rito. Como regra, tem por objetivo evitar defeitos capazes de provocar nulidades no processo licitatório. Apesar de existir divergência, se tal parecer jurídico vincula o gestor/dirigente, entende-se que o parecer examina e aprova, no final da fase interna, prévia e conclusivamente, as minutas (versão escrita) do edital, contrato, convênio ou ajuste. A obrigatoriedade desse parecer no rito da contratação direta, no entanto, não existe. A Lei nº 8.666/1993 não prevê a necessidade de tal parecer nos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 26). E isso significa que o gestor/dirigente, ao analisar o processo administrativo, pode encaminhar, por ato discricionário, a solicitação ao procurador, assessor ou consultor jurídico para que este emita sua opinião técnico-jurídica. Nesse caso, a ideia é ouvir para melhor decidir, mas a lei não impõe tal condição. Desse modo, nos casos de contratação direta, o parecer não é obrigatório nem vinculativo. Sendo não obrigatório e não vinculativo, o tomador de decisão só poderia responder em casos de má-fé ou dolo. Não cabe responsabilidade solidária sem malícia, conluio, intenção deliberada de fraudar as conclusões por parte do tomador de decisão⁵⁶.

Não obstante, pensa-se, aqui, diferente quanto à obrigatoriedade de parecer nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25), embora o art. 26 da lei nº

⁵⁶ SADDY, André. **Responsabilidade por parecer jurídico**. Foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131.pdf>. Acesso em: 25, mar. 2020, passim.

8.666/1993 não trazia⁵⁷ previsão expressa com relação à exigência de parecer jurídico. Todavia, entende-se, sim, pela obrigatoriedade, mesmo nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, com fundamento de que devem ser interpretados todos os artigos da lei de forma geral e não estanque, pois a exigência do parágrafo único do art. 38 dispõe que: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

Desse modo, percebe-se que, não somente os editais, mas também a dispensa ou inexigibilidade de licitação contemplam todos os ajustes e contratos, independentemente de ser licitação em qualquer modalidade, convênio, dispensa ou inexigibilidade de licitação. Reforça-se esse entendimento ao se analisar a redação do inciso VI do art. 38, da lei nº8.666/1993 “pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade⁵⁸”, o que impõe ao gestor a consulta jurídica sobre os procedimentos licitatórios, inclusive nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

[...]. Segundo o relatório do setor de fiscalização deste Tribunal, apesar de requisitados à Origem, documentos importantes à elucidação da matéria não teriam sido encaminhados, remanescendo falhas que conduzem à sua desaprovação, consistentes em: - falta da declaração da existência de recursos, do parecer jurídico e do fundamento legal que ampara a dispensa de licitação. [...]. Ante o exposto, na companhia das áreas técnica, econômica e jurídica de ATJ, PFE, suas respectivas Chefias e SDG, meu voto julga irregulares a dispensa de licitação e o contrato, e ilegal o ato determinativo das correspondentes despesas⁵⁹. Laudo da Unidade Regional de Registro – UR-12 (fls. 113/120) indica que a dispensa de licitação deixou de contar com a prévia declaração da existência de recursos, de justificativa e formal autorização para abertura desse procedimento, assim como de parecer jurídico que lhe desse suporte e da indicação do valor na publicação do correspondente extrato. Nessas condições, diante das manifestações do órgão de instrução, assessorias técnicas, Chefia de ATJ e Secretaria-Diretoria Geral, que incorporo aos fundamentos da presente decisão, voto pela irregularidade da dispensa de licitação e dos decorrentes termos de contrato e de aditamento; e pela procedência da Representação de trâmite conjunto, com aplicação das disposições do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar Estadual nº 709/93. Cópia da decisão deverá ser encaminhada ao Ministério Público do Estado de São Paulo, diante do solicitado no Ofício 272/10 da Promotoria de Justiça de Jacupiranga (fls. 3), bem como nos expedientes TC-

⁵⁷ Entende-se que o art. 26, da lei nº8.666/1993, que tratava das formalidades exigidas como condição de validade da dispensa ou inexigibilidade, pois, era norma complementar do art. 89 desta mesma lei, foi revogado pela lei nº14.133/2021.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº8666 de 21 de junho de 1993**. Art. 38 “O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente”: “VI pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 25, mar. 2020.

⁵⁹ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Instrumentos Contratuais. Rel. Substituto de Conselheiro Márcio Martins de Camargo-Segunda Câmara Sessão: 14/4/2015, Processo:TC-044067/026/08. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/462835.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

006403/026/14 e TC-039916/026/10 que acompanham estes autos⁶⁰. A fiscalização, levada a efeito pela UR-12 levantou diversas falhas que comprometem a análise do ajuste, como falta de justificativas pertinentes para a dispensa licitatória, ausência de parecer técnico jurídico, não demonstração de situação emergencial ou calamitosa, não comprovação de vinculação de preços ao mercado, não apresentação do Termo de Ciência e Notificação, falta de publicação do extrato do contrato, consignando ainda (Evento 14 do TC-13336.989.16-5). Nestes termos, julgo irregulares a dispensa de licitação, o contrato e todas as despesas decorrentes, acionando o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, devendo os responsáveis cientificar este Tribunal, no prazo de 60 dias, quanto à apuração de responsabilidades e as medidas adotadas. Aplicando a pena de multa de 500 (quinhentas) UFESP's ao Senhor Pedro Ferreira Dias Filho multa esta que deverá ser quitada em até 30 (trinta) dias, consoante artigo 104, inciso III da Lei Complementar nº 709/93. Determinando também o encaminhamento de cópia da decisão ao Ministério Público do Estado, para as medidas de sua alçada. É o meu voto. São Paulo, 7 de novembro de 2017. Antônio Roque Citadini Conselheiro Relator⁶¹

Conforme disposto neste julgado, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, além de julgar pela irregularidade da dispensa por evidentes falhas, inclusive falta de parecer jurídico, aplicou também multa equivalente a 500 (quinhentas) UFESP's (unidades fiscais do Estado de São Paulo), bem como determinou o encaminhamento de cópia da decisão de irregularidade ao Ministério Público, para as medidas de sua alçada. Tal aspecto não escapou da análise do Tribunal, o que configura a obrigatoriedade de parecer jurídico nos procedimentos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Nota-se, é obrigatório parecer jurídico no que diz respeito à análise do instrumento de edital e seus anexos. De fato, tal argumento se fortalece com a nova lei de licitações e contratos administrativos. Então, pode-se dizer que impõe ao gestor a obrigatoriedade de submeter o edital, dispensa ou inexigibilidade de licitação ao órgão jurídico nos termos do art. 53, da lei nº14.133/2021 “Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”. Nesse cenário, a lei reforça o papel de controle prévio da legalidade das contratações, com a finalidade de evitar irregularidades nos certames e, com isso, atribuir segurança jurídica ao gestor público.

Porém, não é atribuição do órgão jurídico perquirir a oportunidade e conveniência no que tange à escolha do objeto da contratação. Observe-se que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos buscou o mesmo objetivo perquirido pelo legislador da lei nº8.666/1993, mas desta vez com mais rigor. Isso porque ele pretende fechar as portas para

⁶⁰BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Processo: TC-030627/026/10. Rel. Substituto de Conselheiro Josué Romero-Primeira Câmara de 28/04/15. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/466859.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁶¹BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Processo: TC-013336/989/16. Rel. Conselheiro Antônio Roque Citadini - 37ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, dia 07-11-17. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/628834.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

a corrupção, para as irregularidades nos procedimentos licitatórios, tanto é que foram elencadas três linhas de defesa, nos termos do art. 169⁶², da lei nº14.133/2021. Inclusive, deverão ser adotadas providências para o saneamento das impropriedades formais e medidas para a mitigação de riscos. No entanto, quando constatar irregularidade que configure dano à administração, serão adotadas medidas com a finalidade de apuração das infrações cometidas com observância na segregação de funções e a individualização das condutas, devendo-se, ainda, remeter ao Ministério Público cópias dos documentos para apuração de outros ilícitos.

Percebe-se que, nas hipóteses de infrações, os responsáveis das linhas de defesa que estão previstas nos incisos I, II e III, do art. 169, da lei nº14.133/2021 deverão sanar as impropriedades formais e sugerir ao gestor que qualifique os subordinados e aperfeiçoe o controle preventivo.

Porém, se houver dano ao erário, deverá ser instaurado procedimento administrativo para apuração das infrações. Aqui, cumpre observar que o legislador deste novel fez claro sobre a necessidade de individualização das condutas, sendo um dos propósitos deste trabalho, pois, com base nessa premissa, subdividem-se as fases do procedimento licitatório, em fase: do planejamento, do edital, do contrato, da execução contratual. Assim, com essa subdivisão haverá melhor demonstração da conduta do agente que causou a irregularidade.

Volta-se, aqui, à responsabilidade do parecerista. Nesse sentido, para a análise desta questão deve reconhecer se, de um lado, o legislador não excluiu a responsabilização do

⁶² BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidades; II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas. § 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo. § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I– quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II- quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I do caput deste artigo, adotarão as providências necessárias para apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para apuração dos demais ilícitos de sua competência. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

parecerista, isso porque, se assim fosse haveria exclusão de qualquer tipo de responsabilidade do órgão jurídico. De outro, ao impor responsabilização em qualquer hipótese não seria a melhor opção. Desta maneira o parecerista somente deve responder quando emitir parecer com erro grosseiro, teses teratológicas e ultrapassadas, nos termos do art. 28, da lei nº 13.655/2013.

Deveras, há entendimento de que o parecer pode ser opinativo ou vinculativo, ou seja, nas hipóteses de parecer opinativo não vincula o parecerista, e o gestor não tem a obrigatoriedade de solicitar, porém, caso seja solicitado, não haverá obrigatoriedade de acolher, diferentemente do parecer vinculativo, este, sim, passa a ser obrigatório, sendo condição de procedibilidade do processo licitatório⁶³. Portanto, na hipótese de responsabilização do advogado que emite parecer no procedimento licitatório, torna-se imprescindível certificar se estão presentes os requisitos dolo ou erro grosseiro⁶⁴. Nesse sentido, vale transcrever a advertência de João Daniel Rassi:

Entendemos que o profissional parecerista não está vinculado a uma ou outra tese jurídica, podendo manifestar sua opinião em qualquer sentido, desde que dentro do

⁶³ BRASIL. **Lei nº9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo. § 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso. § 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 25, mar. 2020.

⁶⁴ Ao tratar do assunto denomina como: “Fiscalização pela Assessoria Jurídica. O parágrafo único determina a obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e de contratos ou instrumentos similares. [...]. Deve reconhecer-se que a regra do parágrafo único destina-se a evitar a descoberta tardia de defeito. Responsabilidade da Assessoria Jurídica. Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contêm defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeitos jurídicos, tinham o dever de apontá-los. [...]. O tema foi trazido à tona especialmente em virtude de decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança nº24.073-3/DF, em cuja ementa se lê o seguinte: “... O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes e terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo...” (re. Min. Carlos Velloso). No âmbito do TCU, o relator do STF acabou gerando o entendimento consagrado no Acórdão 462/2003- Plenário, relatado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues, no sentido de que “o parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância casual para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública”. Seguindo essa linha de entendimento, o TCU deixou de responsabilizar o signatário de parecer jurídico favorável a uma contratação posteriormente reputada viciada porque seu conteúdo não se configurava com “desarrazoado, omissivo ou tendencioso. Acórdão 1.616/2003- Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti”. In JUSTEN Filho, Marçal. **Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª ed. São Paulo. Dialética, 2004. p. 372-373.

risco permitido, mesmo considerando que o defensor público, pelos princípios que regem seu cargo, pode estar mais limitado no seu exercício que o defensor privado. Nestes casos, o risco deixa de ser permitido quando nos seus argumentos há omissão ou dissimulação dolosa de situação fática capaz de alterar o conteúdo ou resultado de sua manifestação. O conteúdo de sua conduta é o que se aproxima de uma fraude, como quebra de confiança, que pode ser por meio de uma falsidade material ou ideológica. Segundo nosso ponto de vista, o advogado parecerista ou consultivo, não está vinculado com a decisão de seu consulente. Pode inclusive expor as consequências de determinado crime em comparação com outro, o que os tribunais têm entendido necessário para tipificação de uma determinada conduta etc., sem que isso o comprometa como partícipe do crime que vier a ser praticado pelo seu cliente. Em síntese, não está o advogado obrigado a evitar o resultado praticado pelo seu cliente nos termos do art. 13, §2º do Código Penal, utilizado por nós como critério normativo de imputação⁶⁵.

Nessa seara, a configuração da hipótese de dolo ou erro grosseiro independe se o parecer é vinculativo, isso porque, sendo o parecer eminentemente facultativo, o consulente pode, ou não, aderir as termos consignados no parecer. Porém, na hipótese de o consulente⁶⁶ aderir e, posteriormente, a licitação, dispensa ou inexigibilidade de licitação ser julgada irregular pelo fato de que o parecerista aprovou o edital e seus anexos com fundamento em tese já ultrapassada pelos tribunais de contas ou, ainda, tese teratológica, não haverá margens para alegar que o parecer era facultativo ou não vinculativo.

⁶⁵ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro**, p. 217. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-152131/publico/Joao_Daniel_Rassi_Doutorado_2012_Versao_completa.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Sobre essa matéria lecionam Marques Neto e Freitas: “Opiniões técnicas, diversamente, visam a instruir (fática, jurídica ou tecnicamente) o ato administrativo decisório, de que são exemplos os pareceres jurídicos (proferidos pelas entidades que exercem o *mínus* da Advocacia Pública). Dito em outros termos, as opiniões técnicas integram, pois, os “motivos” dos atos administrativos, na medida em que visam a lhe conferir substratos fáticos e jurídicos. Assim é que, via de regra, a responsabilização dos agentes públicos pela produção de opiniões técnicas seria predadora, ao menos, da produção de atos administrativos com efeitos exógenos, e não manifestações de natureza meramente instrutivas” in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **Comentário à Lei nº 13.655/18**. Lei de Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte. Fórum, 2019, p. 132.

⁶⁶A lei nº 13.655/2018 garante maior liberdade ao gestor concernente as ações administrativas, tanto é que na hipótese de irregularidade, antes deverá certificar a presença de dolo ou erro grosseiro para, ao final, responder sobre possível irregularidade. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm e André Cyrino, ao comentar o art. 28 da LINDB afirmam que: “O mundo da aplicação da lei de ofício é um lugar bastante seguro para o agente público. Segue-se fria e acriticamente o comando legal e evitam-se problemas. O gestor que cumpre e faz incidir a lei é probo em qualquer cenário. Sua ação nada mais é que reflexo da *vontade geral*, com o que se legitima e se protege. Esse mundo, porém, não existe. Talvez nunca tenha existido. O sonho de vinculação rigorosa à vontade dos representantes do povo reunidos em assembleia mostrou-se simplesmente utópico e até mesmo indesejável. A lei não contém toda a ação administrativa. Sabe-se que hoje administrar, *e.g.*, implica funções proativas de prestação de serviços públicos; abrange, ainda, considerações complexas sobre como regular setores da economia; e envolve, também, decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador. Todavia, os órgãos de controle parecem crer no mundo da aplicação *ex officio* da lei. Na verdade, teimam em advogar - muitas vezes com boas intenções – que basta ao administrador seguir os comandos normativos, para que não venha a ser punido. [...] E o art. 28 tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações, segundo o texto “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A opinião técnica a que alude o dispositivo compreende a manifestação de advogados públicos no exercício de atividade consultiva. E conclui que o art. 28 da LINDB refere-se a *opiniões e decisões*, de modo que se torna indiferente saber se há ou não caráter vinculante no parecer. O fundamento é verificar se há dolo ou erro grosseiro”. In: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. **Direito da regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, *passim*.

Percebe-se que, mesmo para aqueles que advogam e defendem que no procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o parecer jurídico é opinativo e, portanto, não vincula o parecerista. Entende-se que esse fato, por si só, não exime a responsabilidade se estiver presente o dolo ou erro grosseiro⁶⁷.

Dessa forma, após a aprovação do edital e seus anexos pelo departamento jurídico, o órgão deve publicar o edital na imprensa nos termos do art. 21, da lei nº 8.666/1993; inciso II, do art. 17, da lei nº 14.133/2021. No entanto, o legislador desta lei alterou a forma de divulgação do edital de licitação, passando a ser obrigatório que o órgão licitante promova a divulgação nos termos do art. 54 “A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)”, e de forma facultativa no site oficial do órgão que expediu o edital, nos termos do § 2º, do art. 54⁶⁸. Sublinhe-se que, a respeito da apresentação da proposta e lances, o art. 55 estatuiu prazos mínimos para sua apresentação⁶⁹.

Superadas essas exigências, a autoridade superior deve designar a comissão de contratação, conforme inciso L, do artigo 6º, da lei nº 14.133/2021 “comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares”; e o disposto no §2º, do art. 61 dispõe que “A negociação será

⁶⁷Remete-se o leitor à nota 56. Quanto à responsabilidade do parecerista o projeto da nova lei de licitações e contrato fez previsão, porém, na fase de sanção o Presidente vetou o disposto no art. 53, § 6º “O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo”. Sendo assim, não faz sentido a não exigência de parecer jurídico nos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação”.

⁶⁸BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 54, § 2º “§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶⁹BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de: I– para aquisição de bens: a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto; b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso; II– no caso de serviços e obras: a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia; b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia; c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada; d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas *a*, *b* e *c* deste inciso; III– para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis; IV– para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis. § 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas. § 2º Os prazos previstos neste artigo poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

conduzida por agentes de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório”.

É certo que a lei impõe exigência de que a comissão de contratação deve ser composta por, no mínimo, 3 membros, art. 51 da lei nº8.666/1993, do mesmo modo dispõe o §2º, art. 8º da lei nº14.133/2021.

Nesse ponto, reforça-se, para melhor esclarecer a responsabilidade da comissão de contratação e do agente de contratação, que o legislador fez constar de forma explícita o adjetivo “*qualificação*”, inciso II, art. 7º da lei nº14.133/2021. Veja-se, o dispositivo exige que a comissão de contratação ou o agente de contratação e sua equipe de apoio sejam qualificados, isto é, que tenham a qualidade necessária para executar os serviços de julgamento do procedimento licitatório, como por exemplo: a) certificar se constam todas as publicações na imprensa oficial do edital; b) recebimento dos envelopes; c) credenciamento das empresas; d) verificar se as empresa participantes estão impedidas de participar em licitação ou contratar com o órgão público; e) certificar se as empresas participantes possuem objeto compatível com o objeto licitado; f) julgamento da habilitação e proposta comercial; g) fazer diligências, inclusive fazer vistoria nas instalações da empresa licitante, claro, desde que sejam necessárias para elucidações de quaisquer dúvidas relacionadas a comprovações de documentos ou especificidade do objeto licitado, etc; h) abertura de prazo para recurso, art. 109 da lei nº 8.666/1993, e nos termos do art. 165 da lei nº14.133/2021.

Nessa linha, nota-se que o marco inicial dos atos da comissão de contratação ou agente de contratação e sua equipe compreende a fase externa do certame e, por isso, a fase do planejamento, art. 18 da lei nº14.133/2021, a fase de elaboração do edital, a fase do contrato e a fase da execução contratual não estão nas suas atribuições⁷⁰. Daí que, obviamente, os atos praticados nessas fases não devem se comunicar com os atos praticados pela comissão de contratação ou do agente de contratação e sua equipe.

Porém, na hipótese de licitação presencial, e, se alguma empresa protocolizar seus envelopes antes do dia da abertura da sessão pública ou enviar via correios, os envelopes ficam sob guarda e responsabilidade da comissão de contratação ou do agente de contratação, mesmo que antecedente à data da sessão pública, tornando-os responsáveis pela guarda destes envelopes.

⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 317.

Desta forma, ainda que as atribuições da comissão de licitação tenham como ponto inicial os atos da sessão pública, não é menos importante dizer que essas obrigações e responsabilidades devem permear durante a sessão pública, ou seja, até a homologação do objeto em favor da empresa vencedora, nos termos do art. 71 da lei nº14.133/2021.

Nessa perspectiva, na sessão pública, poderão ser praticados atos irregulares e ilícitos, por exemplo, o crime disposto no art. 337-M do Código Penal “Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa⁷³”.

A partir disso, se algum membro não concordar com os atos dos demais membros da comissão poderá lançar voto divergente e consignar em ata da sessão pública, devendo, ainda, levar ao conhecimento da autoridade superior. Desse modo, não será responsabilizado por eventuais irregularidades, conforme dispõe o § 2º, art. 8º da lei nº14.133/2021 “[...] comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão”. Sendo assim, além dessas atribuições da comissão de licitações, haverá de atender o rito e as formalidades que são intrínsecas às suas atribuições.

No próximo item será tratado o tema fase do contrato administrativo, que também exige à observância ao rito e às formalidades que são intrínsecas ao contrato, uma vez que é o instrumento que formaliza a contratação das necessidades da administração pública firmado entre a empresa contratada e o órgão público.

⁷³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 337 -M. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08 abr. 2020

1.3 Fase do contrato administrativo

O contrato administrativo é o instrumento que formaliza a contratação das necessidades da administração pública, isto é, compra de bens, produtos, material de consumo, negociação de obras e serviços, e concede a terceiros a execução de serviços, por exemplo, transporte público⁷⁴. Na elaboração do contrato administrativo⁷⁵, a administração deve atender às exigências do art. 55, da lei nº 8666/1993. E, para as licitações regidas pela lei nº 14.133/2021, o disposto no art. 92.

Desta forma, é nessa *fase do contrato* que a administração deve convocar a empresa vencedora para a assinatura do contrato dentro do prazo consignado no edital, ressaltando que esse prazo pode ser prorrogado por igual período, conforme art. 64 da Lei nº 8.666/1993 e art. 90, da lei nº 14.133/2021. Porém se a empresa vencedora não comparecer para a assinatura do contrato ou retirar documento equivalente de “nota de empenho”, a comissão de licitações poderá convocar a segunda colocada, obedecendo, evidentemente, a ordem de classificação constante em Ata da Sessão Pública, §2º, art. 90 da lei nº 14.133/2021.

Contudo, poderá surgir uma problemática. Isso porque a empresa que figura como segunda colocada, além de atender às condições estabelecidas no edital e seus anexos, deverá concordar com o valor declarado pela primeira colocada e, geralmente, quem está na posição de segunda colocada já ofertou seu último preço e, portanto, poderá não aceitar as condições de preço da primeira colocada, conforme parágrafo 2º do art. 64 da lei nº 8.666/1993⁷⁶.

Nessas circunstâncias, caso a segunda ou as demais colocadas não aceitem as condições da primeira, inclusive concernente ao preço, abre-se oportunidade de fracassar a licitação e, tão logo, a republicação de novo edital. Evidentemente, deverá se aplicar as

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.); RIBAS JUNIOR, Salomão Antônio; NIEBUHR, Pedro de Menezes; at all. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021. E-Book. passim. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁷⁵ O contrato é obrigatório, porém, a legislação autorizou sua dispensa, conforme dispõe o art. 95. “O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: I - dispensa de licitação em razão de valor; II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. § 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8666/93 de 21 de junho de 1993**. Art. 62, §2º § 2º “É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

penalidades previstas na lei e no edital em desfavor da primeira colocada, isentando as demais nos termos do parágrafo único do art. 81 da lei nº8.666/1993; contudo, se o certame for licitado com fundamento na lei nº 14.133/2021, aplica-se o §5º, art. 90⁷⁷

Como se vê, esse ato de convocação dos licitantes remanescentes, respeitando, evidentemente, a ordem de classificação entre as empresas participantes é de competência da comissão de licitação, bem como a análise da documentação e julgamento da proposta da segunda colocada. Porém, a não observância desse dispositivo vincula todos os membros da comissão, sujeitando-se às penalidades, salvo aquele que opor voto divergente e consignar em ata, bem como levar ao conhecimento da autoridade superior.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao julgar o Processo nº 00009139.989.18-0, que diz respeito à convocação da segunda empresa, a comissão de licitação adjudicou o objeto da licitação com valores acima da primeira colocada e, por isso, julgou pela irregularidade do processo licitatório e todos os atos e despesas decorrentes, inclusive determinando a origem licitante a abertura de processo administrativo:

[...] A Origem afastou-se do princípio da economicidade, adjudicando o objeto à segunda colocada, por valor R\$ 91.634,40, acima da proposta mais vantajosa. Em face do exposto, encurto razões e julgo irregulares a licitação e o contrato examinados, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando os inc. XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, para fins de que a Autarquia Municipal instaure o correspondente procedimento interno de apuração de prejuízos e de outras eventuais responsabilidades pelas irregularidades verificadas⁷⁸

Observa-se que a comissão, ao adjudicar em favor da segunda empresa com valores acima da primeira colocada, não respeitou a disposição do parágrafo 2º do art. 64 da lei nº8.666/1993 e, por conseguinte, na visão do Tribunal, não respeitou o princípio da economicidade⁷⁹. Por isso, os efeitos da decisão tomada pelos membros da comissão de licitação ensejaram a irregularidade, não somente do contrato, mas de todos os atos subsequentes, quais sejam: pagamentos, prorrogações de prazo, termo aditivo de valor e de quantitativo, com fundamento no princípio da acessoriedade⁸⁰.

⁷⁷ Brasil. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. §5º, art. 90, § 5º “A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante; § 6º A regra do § 5º não se aplicará aos licitantes remanescentes convocados na forma do inciso I do § 4º deste artigo” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁷⁸ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. PROCESSO: 00009139.989.18-0. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/716478.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁷⁹ Veja-se que na nota de rodapé nº6, os autores destacam um ponto em comum, qual seja, o que diz respeito ao preço, isto é, a melhor proposta para a administração pública.

⁸⁰ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. TC-002505/006/06 – recurso ordinário. Sessão: 6/3/2013. Tribunal Pleno. Relator e. Conselheiro Robson. Nesse sentido, julgou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo “[...]. O Ministério Público de Contas opinou pelo conhecimento, mas pelo desprovimento dos

Tomando como paradigma a decisão acima que julgou irregular a licitação, subdividem-se os atos praticados pelos membros da comissão de licitações em três pontos: i) diante deste cenário, a responsabilidade recai sobre os membros da comissão de licitações. Isso porque o legislador fez previsão expressa de que os membros devem ser qualificados e, por conseguinte, estão aptos a realizar algo. Nesse caso, tem-se o julgamento do procedimento licitatório e, a rigor, os membros tornam-se autorresponsáveis⁸¹ pelos seus atos praticados, assim, dispõe o §1º, art.71, da lei nº 14.133/2021. Ademais, os membros contam com a possibilidade de realização de diligências, inclusive podendo suspender a sessão e requisitar informações de órgãos técnicos e ao departamento requisitante do objeto licitado; ii) é preciso certificar se algum dos membros da comissão de licitação fez registro de voto divergente e se consignou em ata da sessão pública e, ainda, levou ao conhecimento da autoridade superior, a rigor, deve ser isento das possíveis penalidades; e, iii) diz respeito aos efeitos posteriores que repercutem na fase da execução do contrato, ou seja, nessa hipótese, percebe-se que o Tribunal, ao julgar irregular o procedimento da licitação, entendeu que a comissão “afastou-se do princípio da economicidade, adjudicando o objeto à segunda colocada, por valor R\$ 91.634,40, acima da proposta mais vantajosa. Em face do exposto, encurto razões e julgo irregulares a licitação e o contrato examinados”.

Ora, a comissão de licitações adjudicou o objeto da licitação em favor da segunda colocada com valor acima da proposta mais vantajosa. Porém, em tese, o julgamento irregular

recursos, uma vez que há subordinação entre o ato principal (contrato administrativo) e o ato acessório (termo de aditamento), e que a decisão que reconheceu a irregularidade de um ato administrativo possui natureza declaratória, e não constitutiva, sendo seus efeitos jurídicos retroativos. Nesse ponto, irreparável a decisão recorrida, uma vez que toda a relação contratual está comprometida pelos vícios que atingiram a sua formação, sendo que esses, por consequência lógica, comunicam-se a todos os atos a ela relacionados e dela dependentes. O princípio da acessoriedade decorre de previsão legal, contida no §2º do artigo 49 da Lei de Licitações. Também, provém do artigo 184 do Código Civil, que prevê que a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias. Nesse ponto, não procede o argumento do recorrente, de que tal princípio, por ser de direito privado, não se aplica ao direito público, uma vez que o artigo 54 da Lei Federal de Licitações determina que se aplicam aos contratos administrativos, supletivamente aos preceitos de direito público, “os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” Quanto ao argumento de que a nulidade do contrato principal teria sido declarada após a celebração dos termos aditivos, vale citar o entendimento de JUSTEN FILHO sobre o assunto: “Em matéria de licitação, a nulidade muitas vezes somente é revelada e pronunciada em momento muito posterior à sua ocorrência”, (...) “de todo o modo e enquanto não ocorrida a decadência, permanece o dever de pronunciar o vício e desfazer o ato inválido e aqueles dele derivados” in JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 15 ed., 2012. p. 782/783.

⁸¹ De maneira diversa sustenta João Daniel Rassi “[...], dificilmente se configurará a participação por omissão em um delito. Esta será possível, ao contrário, especialmente no caso de responsabilidade sobre terceiros autorresponsáveis, porém perigosos, no caso de dever de proteção de determinadas áreas específicas da administração, ou na relação com funcionários subordinados. Assim, por exemplo, a responsabilidade do agente penitenciário e a responsabilidade de funcionários públicos sob determinados setores, como o policial que, de acordo com o preso, não impede sua fuga sabendo que este cometerá um delito em revanche a sua prisão”. In: RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, passim.

não tem o condão de alcançar os atos subsequentes, ou seja, pagamentos⁸², salvo nas hipóteses de não execução do objeto.

Logo, entende-se que o que se deve discutir é o *quantum* do prejuízo causado ao erário em ação própria, e o que estiver fora desse parâmetro não se deve exigir, desde que tenha ocorrido a totalidade da execução do objeto licitado, isso porque a exigência de devolução integral dos valores significa incorrer em enriquecimento sem causa. Assim, entende-se que não há razões para aplicação do princípio da acessoriedade, nos termos do §º, art. 49, da lei nº 8.666/1993 e art. 184, do Código Civil.

Ressalta-se que o dever da segunda empresa em aceitar nas mesmas condições do edital, inclusive sobre o preço do primeiro colocado, conforme dispõe o §2º, art. 64, da lei nº8.666/1993, foi alterado pelo legislador da nova lei de licitações e permitiu que a comissão de licitações pudesse aceitar os preços da segunda melhor proposta, mesmo se estiver acima do primeiro colocado, com a condição de que o preço da segunda colocada deve compreender o valor estimado da licitação, §4º, art.90:

§ 4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:I– convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;II– adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

Após a conclusão do procedimento licitatório a comissão de licitação ou o pregoeiro devem remeter o procedimento ao departamento de contabilidade, a fim de elaborar a nota de empenho⁸³ que suportará as despesas decorrentes do contrato. Frisa-se, essa data deve ser a mesma que consta no contrato administrativo, art. 62, da lei nº8.666/1993, e atender às disposições constantes nos arts. 58 a 61 da Lei nº 4.320/1964⁸⁴. Ademais, deve-se publicar o

⁸²BRASIL. **Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. “Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação; Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito; § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação; § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 14, abr. 2020>.

⁸³ O legislador da Lei nº14.133/2021 fez previsão expressa sobre à exigência de recursos financeiros para suportar as despesas decorrentes da execução do contrato, Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa”.

⁸⁴BRASIL. **Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964**. “Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos. § 1º Ressalvado o disposto no Art.

extrato do contrato na imprensa oficial, segundo o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, porém, se a licitado por meio da lei nº14.133/2021, aplica-se a disposição do art. 94 desta lei.

Contudo, para os órgãos públicos pertencente ao Estado de São Paulo, há obrigatoriedade de atender às disposições constantes no Comunicado nº 40/2018, que trata da remessa de informações dos procedimentos licitatórios, observados os valores das licitações e prazos estipulados neste comunicado, conforme exigência da IV fase da AUDESP.

Concluídas essas exigências, o gestor do contrato expede a ordem de serviços ou ordem de fornecimento que constarão o objeto, prazo, local e demais informações para que a contratada execute o contrato nos termos avençado. Porém, deve o fiscal ou gestor do contrato observar o rito e as formalidades exigidas na fase da execução contratual, o que será analisado a seguir.

67 da Constituição Federal, é vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do Prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente. § 2º Fica, também, vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito. § 3º As disposições dos parágrafos anteriores não se aplicam nos casos comprovados de calamidade pública. § 4º Reputam-se nulos e de nenhum efeito os empenhos e atos praticados em desacordo com o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, sem prejuízo da responsabilidade do Prefeito nos termos do Art. 1º, inciso V, do Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967. Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho. § 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar. § 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento. Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 14, abr. 2020.

1.4 Fase da execução contratual

Na execução contratual, é indispensável a designação de gestor como responsável pela gestão da execução do contrato firmado entre a administração pública e a empresa contratada, observando-se as exigências quanto ao seu mister, a fim de executar suas atribuições com presteza, observância ao rito e às formalidades relacionadas à execução do contrato.

Como se vê, a eficiência na gestão contratual possui alta relevância, uma vez que ela retrata organização e planejamento, afastando-se a inexecução contratual e, mais que isso, possíveis fraudes. Frisa-se, claramente, ser uma barreira de prevenção para corrupção, evitando, assim, prejuízos ao erário, de modo que atende as metas dispostas nas peças orçamentárias, conforme disposto na lei complementar nº101/2000, em especial o §1º, do art. 1º⁸⁵. Nota-se, o legislador foi enfático ao exigir o planejamento e transparência relacionado ao propósito e às metas de governo.

A gestão da execução contratual é auditada pelos órgãos de controle⁸⁶, uma vez que, o gestor do contrato possui diversas atribuições, por exemplo, (i) a fiscalização da execução, art. 67, da lei nº8.666/1993, salvo se houver designação de fiscal para esse fim; (ii) atestar a execução do contrato; (iii) fazer as anotações no livro de ocorrência, art. 67, § 1º. Nesse mesmo sentido, as atribuições também estão dispostas na nova lei de licitações e contratos administrativos, inciso III, art.104 e 117, §1º, lei nº14.133/2021.

Observa-se, na hipótese de qualquer vício ou defeito na execução do serviço ou produto adquirido, a administração pública deve notificar o contratado para que, dentro do prazo estabelecido no edital, o mesmo possa “reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas no todo ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou materiais nela empregados”, art. 69, da lei nº8.666/1993, e na hipótese de licitação regido pela lei nº 14.133/2021, art.119.

⁸⁵ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁸⁶BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. “A execução contratual, como já exposto, também merece reprimenda por esta Corte de Contas. Diante do exposto, voto pela irregularidade da licitação e respectivo contrato, execução contratual e dos Termos de Aditamento, com acionamento das disposições do artigo 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar nº709/93, com proposta de multa em face do responsável pela contratação, no valor equivalente a 160(cento e sessenta) UFESPs”. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/742127.pdf>. Acesso em: 20 abr.2020.

Se, de um lado, o legislador da lei nº14.133/2021 fez previsão expressa a respeito da responsabilidade do contratado “pelos danos causados diretamente à administração ou a terceiros em razão da execução contratual”, art. 119 e 120, de outro, impôs responsabilidade à administração. Ou seja, na hipótese de inadimplência do contratado concernente aos encargos previdenciários e subsidiariamente previdenciários decorrente de contrato exclusivo de mão de obra, a administração responderá solidariamente, evidentemente, se comprovada falha na fiscalização do cumprimento destas obrigações, nos termos do §2º, art. 121, da lei nº14.133/2021. Assim, o gestor deve exigir que o contratado apresente as certidões e comprovações dos pagamentos dos encargos previdenciários ou, após retenção dos respectivos valores, liberar a medição para pagamento.

Quanto à prorrogação do contrato administrativo, compete ao gestor do contrato provocar os departamentos ou secretarias requisitantes com a finalidade de apresentação das devidas justificativas, disponibilidade de recurso para suportar as despesas do contrato, motivação e demonstração da vantajosidade para a administração pública, nos casos de: prorrogação do prazo contratual, inciso II, art. 57, da lei nº8.666/1993, frisando-se que o prazo máximo da duração contratual é de 60 meses, podendo ser prorrogado por mais 12 meses, desde que comprovados os requisitos exigidos e devidamente justificados, nos termos do §4º, art. 57 desta mesma lei.

Sublinhe-se que, este prazo foi alterado para até 10 anos pelo legislador da lei nº14.133/2021, art. 107, também esta lei tratou de outras modalidades de contratação e, portanto, permitiu maiores prazos, conforme dispõe o art.110.

No entanto, nas situações em que a administração exigiu do contratado garantia de execução contratual, haverá a necessidade de renovação pelo período do prazo de prorrogação contratual. Da mesma forma, haverá também a necessidade de suplementar o valor da garantia na hipótese de acréscimo do valor contratual decorrente de termo aditivo ou, ainda, nos casos de reajuste de preços.

Na hipótese de o contratado não executar o contrato, o gestor ou fiscal deverá instruir o processo para rescisão e aplicação das penalidades previstas em contrato, bem como executar a garantia prestada. Mas, de outra forma, poderá convocar a empresa melhor classificada em segundo lugar para assumir a execução da obra, respeitando, evidentemente, as formalidades e a ordem de classificação registrada em ata da sessão pública, nos termos da lei nº14.133/2021, art. 89, §7º “Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

A propósito, a questão posta tem, seguramente, a finalidade de assegurar que o contratado execute o contrato nos termos avençados, de modo que, se não for executado, ou executado em desacordo com o projeto, termo de referência ou memorial descritivo, ensejará a execução da garantia por parte da administração pública.

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 96 e seguintes, da lei nº14.133/2021. Porém, o legislador fez significativas alterações, como por exemplo, a possibilidade de majoração de até 30% (trinta por cento) do valor da garantia, desde que seja na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, e “prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato(...)”, art. 102 desta lei⁸⁷.

De fato, revela-se fundamental tal possibilidade de majoração do seguro-garantia, pois, nesse ponto, é importante instrumento para evitar que diversas obras fiquem paralisadas sem, contudo, qualquer medida. Assim, por força da execução da garantia com a previsão de cláusula de retomada e a possibilidade de a seguradora assumir a continuidade da execução, tende-se a amenizar as paralisações das obras.

Nota-se, essa preocupação do legislador não é por menos, mas com razões significativas dada a quantidade de obras paralisadas, como informou o Tribunal de Contas da União⁸⁸. Por essas circunstâncias e razões, Flávio Amaral Garcia e Egon Bockamann Moreira apontam que “as causas são relativamente conhecidas: deficiência na elaboração dos projetos básico e executivo (que facilita a criação da indústria dos termos aditivos e a prática do ‘jogo de planilha’), péssima gestão dos contratos de obras públicas e atrasos nos pagamentos devidos aos contratados”⁸⁹. Nessa mesma dicção, André Paulani Paschoa e Silvio Luís Ferreira da Rocha asseveram que:

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 102. “Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I– a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento; II- a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III– a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente. Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I– caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; II– caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice”. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/audesp>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁸⁸ PIMENTA, Guilherme. Mais de um terço das obras do Brasil estão paralisadas, informa TCU. **Portal Jota**, 15/05/2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/obras-paralisadas-tcu-15052019>>. Acesso 20 abr. 2021

⁸⁹ “Uma das cogitações do PL para combater o problema é a instituição do seguro garantia em outros patamares. Hoje, ele encontra-se previsto no artigo 56, inciso II, da Lei nº8.666/93, limitado ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor do contrato (§2º), podendo chegar até 10% (dez por cento) em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (§3º). A proposta é aumentar o percentual do seguro, como se vê do disposto nos artigos 96 e 97 do

[...]. A relação da Administração Pública em grandes obras comumente limita-se àquela estabelecida com seus contratados, sendo que a utilização de seguro-garantia em outros países, como os Estados Unidos, permite uma fiscalização adicional à execução do contrato pela própria Seguradora, adicionando um ator a mais na relação contratual, o que tem potencial para aumentar a transparência do contrato, haja vista que a Seguradora também teria, supostamente, a intenção de que o contrato fosse executado sem nenhum percalço. (...), o contrato de seguro-garantia, como aludido, tem potencial para ser mais do que simplesmente um resguardo de performance adicional ao Poder Público. Existe a possibilidade de esse instrumento tornar as Seguradoras não apenas meros atores passivos que podem ser acionados em caso de inadimplementos, mas efetivamente partícipes na fiscalização do contrato e, inclusive, na execução de sua retomada em casos de paralisação decorrente de inadimplementos⁹⁰.

Diante desse cenário, o instrumento de edital poderá permitir que a seguradora possa se responsabilizar se o contratado não concluir o objeto do contrato ou apresentar vícios e, com essa permissão, passa a ser de sua responsabilidade a conclusão do objeto licitado. Se, de um lado, a nova lei de licitações e contratos buscou segurança na conclusão do objeto licitado, haja visto que a não execução do contrato causa prejuízos tanto para a seguradora como para o órgão licitante, de outro, deu a faculdade de fiscalização pela seguradora, isso porque tem maior interesse na prevenção do inadimplemento do contratado por simples razão na hipótese de não conclusão do contrato nos termos avençados, devendo arcar com o custo de conclusão da obra, o que a torna também fiscalizadora da execução do objeto. “Em certa medida, a racionalidade econômica se aproxima do *step in right* previsto expressamente no artigo 5º da Lei nº 11.079/04, da Lei das PPPs⁹¹. Terceiros, como as seguradoras ou os financiadores, têm interesse em que o objeto do contrato seja cumprido⁹²”.

Nessa análise, a nova lei de licitações e contratos administrativos foi expressa de modo que autorizou a seguradora a dar continuidade da obra ou subcontratar, e nesse caso passa a ser interveniente anuente tanto no contrato como nos possíveis termos aditivos.

PL (...)” GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockamann. **O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios**, p. 56. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/37469/1/Garcia%2c%20Fl%2c%20a1vio%20Amaral.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁹⁰ PASCHOA, André Paulani; Ferreira da Rocha, Silvio Luís. Contrato de seguro-garantia e seus efeitos na execução de obras públicas – notas sobre o Projeto de Lei de Licitações. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 03. p.19-40, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2535/2163>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁹¹ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) §2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferênciado controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadorese garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”. In: GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockamann. **O Projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios**. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/37469/1/Garcia%2c%20Fl%2c%20a1vio%20Amaral.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021, passim.

⁹² *Ibidem*.

De mais a mais, a seguradora poderá fiscalizar o canteiro da obra e auditar técnica e contabilmente a contratada. Ainda, o legislador autorizou a emissão de empenhos em seu nome ou na hipótese de indicar terceiro contratado para esse fim, em seu nome. Assim, tem-se uma espécie de conta vinculada como ocorre com os financiadores das parcerias público-privadas, demonstrando, portanto, ser mais uma barreira para obras inacabadas.

Mas essa medida pode trazer consequência, pois, tratam-se de relações multilaterais⁹³: *a uma*, haverá aumento do custo final da obra, visto que as seguradoras vão cobrar os seguros dos tomadores levando em conta a medida dos riscos inerentes à não execução da obra e da disponibilidade de patrimônio das empresas; *a duas*, poderá haver retribuição na participação e, com isso, haver contratação de proposta antieconômica para a administração pública, uma vez que nem todas empresas possuem condições de oferecer contragarantias.

É exatamente por isso que, para obter eficiência nos contratos de obras e serviços, se fazem indispensáveis o planejamento, a elaboração de projetos básico e executivos bem estruturados e com clareza, a fiscalização e gestão contratual, bem como efetuar os pagamentos com pontualidade, entre outros.

De outro modo, se for determinada a paralisação da obra ou serviço pela administração, será imprescindível notificar a seguradora conforme dispõe o §4º, art. 137 da lei nº14.133/2021 “Os emitentes das garantias previstas no art. 96 desta Lei deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais”, também deverá fazer o enfrentamento das condições dispostas nos incisos do arts. 147 e 148 desta mesma lei, bem como consignar no procedimento administrativo a motivação e a fundamentação, nos termos do art. 20 e 21, da lei nº 13.655/2018⁹⁴.

No tocante à alteração unilateral do contrato, a administração está acobertada de prerrogativas, assim leciona José dos Santos Carvalho Filho: “Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada (...)”⁹⁵.

⁹³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 279-281.

⁹⁴ GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. **O Projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios**. “Não honrar com a execução do contrato poderá ser bastante oneroso para a seguradora, já que o PL prevê que, nesta hipótese, deverá se responsabilizar pela multa contratual aplicada ao contrato, limitada a 15% do valor do contrato e indenizar os prejuízos ou sobrecustos decorrentes de uma nova contratação, estando a somadas as duas obrigações limitada ao valor total da importância segurada na apólice” Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-Nova-Lei-de-Licitacao.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 196. “Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em

Portanto, os incisos I e II, art. 58; inciso I, a, b, §1º, art. 65, da lei nº8.666/1993 dispõem sobre alteração unilateral do contrato, isto é, o contratado deve aceitar o aditamento de até 25% (vinte cinco por cento) ou, nos casos de reforma, 50% (cinquenta por cento), dada a prerrogativa que reveste a administração pública de fazer as alterações sem a anuência do contratado, evidentemente, dentro dos limites disposto na lei.

Como se pode notar, essa prerrogativa está disposta no inciso I, art. 104 e art.124, combinado com o art. 125, da lei nº14.133/2021, assim, o legislador autorizou a administração pública promover alteração unilateral do contrato sem anuência do contratado, tais como: a) adequação técnica no projeto ou em suas especificações; e b) modificação do valor do contato em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto dentro dos limites previstos neste dispositivo.

Com efeito, a alínea “a” do inciso I, art. 124, da lei nº14.133/2021 e do inciso I, art. 65, da lei nº8.666/1993, estão para as hipóteses de alteração qualitativa do objeto contratado e sua finalidade é, tão somente, alterar as suas especificidades, sem, contudo, alterar os valores desses bens ou serviços contratados. Já o disposto na alínea “b” de ambos incisos e artigos das leis citadas tem a finalidade de alteração do quantitativo do objeto ou serviço contratado através de acréscimo no percentual de 25% ou nesse mesmo percentual para a supressão de bens, produtos ou serviços originariamente contratados⁹⁶. Nesse sentido, leciona Joel de Menezes Niebuhr:

Para precisar se a alteração é quantitativa ou qualitativa, deve-se investigar a sua causa em vista da natureza do seu objeto. Trocando-se em miúdos, se o que se pretende é aumentar ou diminuir a quantidade, o tamanho ou a dimensão do objeto, está-se diante de alteração quantitativa e tudo que for mudado na planilha para tal propósito deve ser computado como parte e resultado desta alteração quantitativa. Se o que se pretende é alterar o projeto ou especificações, a qualidade do objeto, sem afetar a sua quantidade, tamanho ou dimensão, está-se diante de alteração qualitativa e tudo que for mudado na planilha para tal propósito deve ser computado como parte e resultado desta alteração qualitativa⁹⁷.

É certo que esse percentual está fixado nos termos §2º, art. 65, da lei nº8.666/1993. Ainda há a discussão se esse percentual está para as hipóteses de quantitativo e qualitativo. Porém, tal questão não foi alterada pelo legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos, de modo que a discussão vai persistir e ficará a cargo da doutrina e da

relação à parte contratada. Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto)”.

⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.), **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021, E-Book, p. 25.

⁹⁷ *Ibidem*.

jurisprudência. Todavia, entende-se que essa possibilidade de alteração está somente para o quantitativo, nos limites permitidos.

Se, de um lado, a administração tem a prerrogativa de proceder alteração unilateral do contrato, de outro, se sobrevier aumento de encargo decorrente da alteração, deverá restabelecer por aditamento o equilíbrio econômico-financeiro inicial, assim dispõe o §6º, art. 65, da lei nº8.666/1993, e do mesmo modo o art. 130, da lei nº14.133/2021.

Portanto, na hipótese de supressão do quantitativo previsto em contrato, a administração pública tem em seu favor cláusula exorbitante que está disposta no §4º, art. 65, da lei nº8.666/1993, “No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados (...)”.

Nessa perspectiva, se o contratado receber a ordem de fornecimento ou a ordem de serviços deverá adquirir os produtos ou insumos para a execução do contrato e, inesperadamente, o gestor do contrato ou fiscal emite notificação com o objetivo de supressão do objeto contratado. Nesse caso, haverá duas hipóteses: (i) se o contratado ainda não entregou os bens, produtos ou insumo, isto é, se não foi colocado à disposição da administração nada terá para receber, salvo pedido de indenização pela via própria; (ii) se o contratado já colocara o objeto do contrato à disposição da administração pública, receberá somente pelo valor do custo de aquisição regularmente comprovado, sem prejuízo do pedido de indenização. Essa matéria também está prevista na nova lei de licitações e contratos administrativos, art. 129, da lei nº14.133/2021.

Nessa dicção, há outras hipóteses de alteração do contrato que dizem respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Antes, cumpre-se dizer que possui matriz constitucional, art. 37, XXI “com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”, bem como está previsto na lei nº8.666/1993, art. 58, I e §§ 1º e 2º, art. 65, inc. II, alínea “d” e seu §5º, e seus correspondentes previstos na lei nº 14.133/2021: §1º e §2º, art. 103, art. 124, II, “d” e art. 134, respectivamente, que consiste em assegurar a manutenção das condições inicialmente pactuadas no contrato administrativo, ou seja, sobre as condições e manutenção dos preços avençados, com o objetivo de manter as obrigações do contrato e, por conseguinte, a contraprestação da administração pelo fornecimento do bem, execução de serviço ou obra.

Então, na hipótese de surgirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequência incalculável que retardem ou impeçam a execução do objeto contratado, ou, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e

extracontratual, e ocorrendo alterações de modo que o contratado faz prova da efetiva demonstração do cumprimento dos requisitos para a concessão do reequilíbrio, conforme previsto em lei, a administração deve conceder e restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre as partes.

Todavia, na hipótese de não comprovação dos requisitos por parte do contratado, não haverá margem para a concessão do reequilíbrio pleiteado. Assim, decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

[...]. Em suma, não basta que a Contratada apresente notas de compra com valores maiores ao que vinha orientando seus negócios antes da contratação com a Administração. Deve, em verdade, para conseguir o benefício, abrir sua proposta analiticamente a fim de demonstrar que a majoração deste ou daquele produto inviabiliza integralmente a continuidade do fornecimento, daí não havendo na decorrente análise a ser efetuada por parte da Administração qualquer avaliação relativa à diminuição do lucro previsto inicialmente. (...). Não há, portanto, como aceitar-se a majoração do valor das cestas básicas a pretexto de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, até mesmo porque, como já dito, para beneficiar-se com a medida a contratada deveria abrir sua proposta analiticamente, a fim de demonstrar que a majoração deste ou daquele produto inviabilizava integralmente a continuidade do fornecimento. Diante do exposto, Voto no sentido da irregularidade dos Termos de Aditamento nos 01/08, 02/08, 03/08 e 01/09 (...). Com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, aplico multa ao Prefeito Municipal, no valor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs⁹⁸

Nota-se, a Corte de Contas julgou irregular o reequilíbrio concedido ao contratado e, ao final, aplicou multa ao gestor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs. Nesse ponto, hipoteticamente, pode-se dizer que ocorreram falhas na análise da documentação apresentada pela empresa contratada, com a finalidade de reequilibrar os preços ajustados ou inicialmente previstos no contrato firmado entre as partes.

Portanto, antes deve o gestor certificar se existe a comprovação dos requisitos para a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, então, torna-se imprescindível que o contratado apresente prova para: (i) confrontar os custos dos itens apresentados em sua planilha de preços inicialmente com a planilha apresentada para o reequilíbrio; (ii) o contratado deve comprovar quais os itens da planilha estão defasados economicamente e que, por isso, causara o desequilíbrio do contrato originalmente assumido pelas partes; (iii) o vínculo de causalidade que demonstre que o evento ocorrido guarda correlação com o desequilíbrio (iv) memória de cálculos com a finalidade de demonstrar a variação cambial pleiteada, isto é, se for o caso; (vi) ocorrência de fato imprevisível ou previsível porém de consequências incalculáveis, que retarde ou impeça a execução do objeto contratado, ou, em caso de força maior, caso

⁹⁸ BRASIL. **Tribunal De Contas Do Estado De São Paulo**. TC-001663/007/07. Primeira Câmara - Sessão De 10/12/2013 – Item 38. Conselheiro: Renato Martins Costa. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/2013_12_10_primeira_38so_0.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, evidentemente, sem prejuízo de comprovação de outros requisitos.

É certo que o gestor do contrato deve instruir o processo de modo que possa, na hipótese de concessão do reequilíbrio: a) avaliar e certificar se o marco inicial está de acordo com a data do fato gerador; b) certificar se os valores reequilibrados estão de acordo com o praticado no mercado; e, c) configurar de forma clara a presença de repercussão financeira do contrato.

O legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos, ao estabelecer previsão de reequilíbrio econômico financeiro, inovou ao consignar que, “respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”, nos termos do inciso II, “d”, art. 124, da lei nº14.133/2021. Inclusive, se ocorrer alteração do contrato “decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração”, §1º, art. 124 desta mesma lei.

Portanto, nessa hipótese deve a administração abrir procedimento administrativo com a finalidade de apurar a responsabilidade de quem deu causa e na hipótese de comprovação de prejuízo ao erário, deverá remeter cópia de todo procedimento ao Ministério Público, a fim de tomar as medidas de sua alçada.

Percebe-se, nesse caso, que poderá se desencadear ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, da lei nº 8.249/1992, e ação criminal, nos termos do art. 335 -H, do Código Penal “Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, (...), em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública (...): Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”.

De outra maneira, nas hipóteses de atualizações, compensações ou penalizações financeiras, alteração razão social, empenho de dotações orçamentárias, não é necessária a elaboração de termo de aditamento ao contrato pois basta lançar o registro da variação nos próprios autos do procedimento, evidentemente, com a competente previsão de disponibilidade dos recursos financeiros, conforme disposto no § 8º, art. 65, reajuste de preços⁹⁹, art. 40, XI;

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.192 de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Essa lei trata do marco inicial para a concessão do reajuste de preços previsto através do índice adotado e previsto no contrato e estabelece o dia da entrega da proposta comercial, nos termos do Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano; Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

art. 55, III, da lei nº8.666/1993. Nesse mesmo modo, é a redação do art. 136 e seus incisos, da lei nº14.133/2021.

No que diz respeito à inexecução total ou parcial do contrato, é de competência da autoridade superior ou aquele que recebeu atribuições para instaurar processo administrativo e designar a comissão, arts. 77 ao 81. Sublinhe-se que, nesses casos, compete ao gestor de contrato instruir o processo de rescisão contratual, nos termos dos incisos I ao XI e XVIII, do art. 78; inciso XIII, do art. 55. Isto é, se estiver dentro do feixe de suas atribuições. Todos os artigos da lei nº8.666/1993.

Já nas hipóteses de inadimplemento imputável à administração, a fundamentação está disposta nos incisos XII ao XVI, do art. 78, lembrando que no inciso XVII inexistente inadimplemento de qualquer das partes. Além disso, cabe, também, ao gestor instruir o processo no tocante às sanções administrativas. Todos artigos da lei nº8.666/1993.

Oportuno dizer também que essas disposições estão previstas nos arts.137 a 139, da lei nº14.133/2021. Ademais, quando houver prestação de garantia contratual, a administração deverá notificar o emitente da garantia “quando do início do processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais”, § 4º, art. 137, desta lei.

Nessa perspectiva, a rescisão contratual está no campo do direito administrativo sancionador e, por isso, impõe a obrigatoriedade de a administração pública observar os princípios do contraditório e ampla defesa, evidentemente, sem prejuízos de outros princípios, bem como obedecer ao rito e às formalidades concernentes à rescisão contratual.

Além disso, deixe-se claro que as informações e relatórios que instruem o processo administrativo devem ser elaboradas com a observância do princípio da segregação de funções, art. 5º, da lei nº14.133/2021. Assim, como visto, ao tratar das hipóteses de rescisão contratual e aplicações de penalidades, a administração pública deve assegurar ao contratado os meios de defesa, fundamentar e motivar suas decisões.^{100 101 102}

¹⁰⁰ “[...] as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”, in BRASIL. **Constituição Federativa de 1988**. Art. 93, X. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021;

¹⁰¹ “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (...). § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”, in BRASIL. **Constituição Federativa de 1988**. Art. 50. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021

¹⁰² Também dispõe a lei Paulista nº. 10.177/98, que se refere ao processo administrativo e expressa, conforme dispõe o art. 22 “Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados. § 1º - Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer

É de ressaltar que, se o ato for vinculado, haverá praticamente aplicação automática da lei. Ademais, não há margem para subjetividade por parte do gestor, bastando apenas a exposição fática e a subsunção à regra de Direito que será aplicada ao caso concreto, tornando-se suficiente, pois está implícita a motivação.

Todavia, se o ato estiver dentro do campo da discricionariedade administrativa ou, ainda, nas hipóteses em que o ato vinculado necessita de juízo cognitivo, bem como em relação aos fatos e as normas jurídicas em questão, torna-se imprescindível a motivação e fundamentação de forma detalhada¹⁰³. Aliás, tratando-se de imposição de penalidade, há similaridade com a matéria de direito penal¹⁰⁴.

Nesse contexto, reafirma-se a necessidade de a administração garantir a aplicação dos princípios do contraditório, ampla defesa nos processos administrativos e observar as disposições da Lei nº 9.784/1990, visto que é direito do investigado de ter ciência da tramitação dos processos administrativos e, ainda, obter vista dos autos, cópias de documentos neles contidos, bem como as decisões já proferidas, podendo apresentar suas alegações antes da decisão.

Além do mais, esta lei impõe que a administração proceda: (a) intimação do investigado, art. 26; (b) acesso dos atos do processo que ensejam deveres, sanções que limita os interesses do investigado, art. 28; (c) intimação do investigado para apresentação de provas, art. 39; e, (d) ser intimado com a finalidade de apresentar alegações ou interposição de recurso, art. 62.¹⁰⁵

Pois bem, nesse contexto, a nova lei de licitações e contratos administrativos, ao tratar sobre o tema, não privilegiou a garantia do contraditório e da ampla defesa para todos os casos de aplicação de penalidade em desfavor do contratado, por exemplo, aplicação de multa, o que, a rigor, viola as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de modo que o legislador restringiu a extensão da norma constitucional, melhor dizendo o comando principiológico, tornando-se inconstitucional do ponto de vista processual¹⁰⁶. Nesse sentido, Cristiana Fortini e Mariana Magalhães Avelar igualmente firmam que:

provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer” in SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **PL 191/98**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>>. Acesso em: 07 mar. 2021

¹⁰³ Mello, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 102.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. “Afirma que a doutrina nacional e estrangeira concorda, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante”. Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2004, p.597.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 514.

¹⁰⁶ Assim, Maria João Estorninho expõe que “a função principal da sanção nos contratos administrativos não é, nem a de reprimir as violações contratuais nem a de compensar a Administração pelos prejuízos sofridos, mas sim

De outro lado, leitura literal do PL indicaria que alguns direitos e garantias fundamentais do devido processo legal seriam reservadas a apenas algumas penalidades: o direito de produzir provas, alegações finais e de ter a defesa apreciada por comissão de servidores estáveis ou empregados públicos do quadro permanente foi mencionado apenas para as penalidades de suspensão e inidoneidade. No caso da aplicação de multa – sanção que pode ter proporções desastrosas para certos contratados – a lei facultou ao interessado quinze dias para defesa sem expressar qualquer outra garantia. A interpretação da futura legislação conforme a Constituição não poderá restringir o alcance da garantia fundamental do devido processo legal no caso das sanções pecuniárias. Houve ainda ampliação dos efeitos temporais das sanções de impedimento de contratar para até três anos e de outro, fixou-se o termo máximo de seis anos para aplicação da declaração de inidoneidade. (...). Assim, a aparência garantista de algumas disposições do PL 4253 dilui-se entre outras tantas medidas de ampliação da função sancionadora. (...)¹⁰⁷.

No tocante à subcontratação do contrato, haverá a rescisão contratual quando constar cláusula de vedação de subcontratação ou, se houver, sem a anuência da administração pública, art. 72, da lei nº 8666/1993, e na hipótese de licitação regida pela lei nº 14.133/2021, art. 122, que dispõem sobre a subcontratação.

Porém, entende-se que é responsabilidade da secretaria ou do departamento requisitante indicar essa possibilidade, uma vez que pertence à fase do planejamento. Nota-se que esse requisito faz parte do termo de referência ou projeto básico, sendo ainda necessária a devida indicação de quais serviços poderão ser subcontratados, bem como seus limites sob pena de ferir os basilares princípios da administração pública, em especial o da impessoalidade¹⁰⁸.

Por fim, outro ponto que a nova lei inovou e colocou à disposição do gestor de contrato, diz respeito à possibilidade de solucionar controvérsias por meio de conciliação, mediação,

a de obrigar o particular a cumprir a prestação a que está adstrito e, dessa forma assegurar a prossecução do interesse público subjacente ao contrato”. In: FORTINI, Cristiana; Avelar, Mariana Magalhães. O direito administrativo sancionador: considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. Publicado no portal Observatório da Nova Lei de Licitações em 20 de janeiro de 2021 passim. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/20/o-direito-administrativo-sancionador-consideracoes-sobre-o-pl-4253-20-e-a-futura-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰⁷ FORTINI, Cristiana; Avelar, Mariana Magalhães. O direito administrativo sancionador: considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. In: **Observatório da nova lei de licitações**, passim. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/20/o-direito-administrativo-sancionador-consideracoes-sobre-o-pl-4253-20-e-a-futura-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰⁸ BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Tribunal Pleno - sessão de 11/03/2015 - Expediente: 756.989.15-8. “O artigo 72 da Lei nº 8.666/93 prevê que a contratada, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes do objeto, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Da leitura desse dispositivo, sob a ótica dos princípios da transparência e da isonomia, e até da segurança jurídica, impõem-se que todos os interessados possam saber, no momento da oferta de propostas, se será admitida ou não a subcontratação e em quais limites. Aparentemente, apenas no curso do ajuste a Administração informará se aceitará ou não a subcontratação, sem fixar de antemão os critérios de avaliação para tanto ou a extensão da parcela do objeto a ela sujeita. Assim, se decidido que é o caso de permitir-se a subcontratação, essa autorização prévia deve estar clara no edital, com limites definidos para sua aceitação, podendo, inclusive, ficar registrado que a subcontratante deverá possuir as mesmas condições técnicas e legais da contratada”. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/8_-_epe-m-03-rmc-005-etc-756_989_15-8_-_semasa.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

comitê de resolução de disputas e a arbitragem, nos termos do arts. 151 a 154, da lei nº14.133/2021.

Percebe-se que os pontos considerados na primeira parte deste trabalho trataram das questões atinentes à matéria administrativa, evidentemente, sem a pretensão de esgotar os assuntos. Contudo, é perceptível que todo regramento relacionado às hipóteses de ilegalidades cometidas nos procedimentos licitatórios ou nas dispensas e inexigibilidades estão umbilicalmente ligadas com as fases do: i) planejamento; ii) edital; iii) contrato; e, iv) execução contratual. Razão pela qual se fez necessária a fase administrativa permear esse trabalho. Aliás, com a subdivisão das fases, é possível identificar cada ato praticado pelo servidor e, ainda, identificar hipótese de ato irregular.

Nesse contexto, verifica-se que é imprescindível a observância ao rito e às formalidades na elaboração dos procedimentos licitatórios, de modo que, na hipótese de não observância, poderá ensejar responsabilidade. Assim, para melhor entendimento tratar-se-á a respeito da obediência ao rito e às formalidades no próximo tópico.

2. OBEDIÊNCIA AO RITO E ÀS FORMALIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Antes de tratar do tema “obediência ao rito e às formalidades”, fez-se necessário analisar tanto os concursados como os comissionados sobre a investidura ao cargo de servidores, com o objetivo de melhor análise desse tópico, evidentemente, sem a pretensão de esgotar o assunto. Sendo assim, é importante sublinhar que, na esfera da administração pública, os cargos são ocupados por funcionários concursados e comissionados. Os primeiros decorrem de concurso público nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Já os segundos, por sua vez, têm natureza transitória e são nomeados em função da relação de confiança da autoridade competente, assim, os cargos de provimento em comissão estão fora da regra constitucional de concurso público, o que confere à autoridade competente o poder de exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, aquele que está lotado no cargo¹⁰⁹.

Nessa ordem de raciocínio, é necessário levar em consideração que os cargos efetivos são preenchidos pela via de concurso público, e, ainda, devem ser criados através de lei e com suas atribuições. Além do mais, o servidor concursado deve preencher os requisitos do cargo que compõe a estrutura administrativa do órgão público. Desse teor, disciplinam essencialmente as competências, os deveres, os direitos relacionados à investidura e as condições de exercício das atividades dos servidores.

Note-se, claramente, que as vagas são ocupadas sem qualquer interferência ou critério de escolha pois há seleção entre os próprios participantes durante as fases do concurso público, sendo, no entanto, aprovado aquele que atingir a pontuação exigida em todas as etapas do respectivo processo de seleção.

Já no tocante às nomeações de cargos em comissão, o legislador constitucional fez previsão expressa no inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988, sendo indeclinável que os cargos em comissão estejam fora da regra de obrigatoriedade do concurso público. De fato, estes cargos estão no campo da confiança e são destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Porém, não são menos importantes, visto que também são criados por lei, e mais: esses cargos também possuem suas atribuições, competências e, para alguns, exige-se nível superior, como por exemplo, para o cargo de assessor jurídico, contador, entre outros.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.269.

Há de se perquirir, contudo, que, para fins de aplicação de responsabilidade penal, não se faz necessária diferença entre servidor concursado e comissionado pois ambos têm o mesmo conceito, conforme disposto no art. 327 do Código Penal brasileiro:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público¹¹⁰.

Como se vê, o legislador da matéria de Direito Penal atribuiu amplitude ao conceito de servidor público, isto é, para fins penais, ao passo que, não se aplica o conceito disposto no direito administrativo. Ademais, não é obrigatória a comprovação de vínculo formal estatutário ou celetista entre o sujeito e a administração pública.

Isso porque a relevância está no exercício efetivo da função pública, de modo que, para o Direito Penal não se exige a efetiva comprovação de vínculo com o poder público em sentido estrito, inclusive pode ser eventual ou temporária, mesmo sem qualquer remuneração, configurando-se como servidor público para fins penais¹¹¹.

Nesse contexto, as disposições dos artigos equiparam os servidores “comissionados” nas mesmas condições de servidores “concursados”, para fins penais. Todavia, não deve ser esquecido que no campo da responsabilidade há três hipóteses: 1ª) administrativa; 2ª) civil; 3ª) penal.

A *primeira* hipótese decorre da violação de deveres e proibições inseridos no respectivo estatuto do servidor.

A *segunda* hipótese está na hipótese de enriquecimento ilícito, lesão ao erário, atentar contra os princípios da administração pública, nos termos das disposições contidas na lei de improbidade administrativa nº 8.492/1992. Nota-se que, nesta lei considera-se como atos ímprobos: (i) os atos relacionados ao enriquecimento ilícito; (ii) os atos que causam prejuízo ao erário; (iii) nas hipóteses realização de atos de concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários; e, (iv) diz respeito aos atos de não observância aos princípios da

¹¹⁰Brasil. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Art. 327. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 out. 2020.

¹¹¹JUSTEN Filho, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 594.

administração pública, respectivamente, estão nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92¹¹²;

A *terceira* está para a hipótese de afetação do bem jurídico tutelado, o que enseja a responsabilidade criminal de quem deu causa à irregularidade no procedimento licitatório e, ao mesmo tempo, dolosamente causa prejuízo ao erário.

Acresça-se que, se, de um lado, não houver observância ao rito e às formalidades no procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade poderão ser ensejadas as hipóteses de ilícitos, e, nesse caso, deve ser apurada a responsabilidade de quem deu causa, evidentemente, assegurado as garantias inerentes à defesa¹¹³.

De outro lado, com a devida obediência ao rito e às formalidades, haverá auto-organização na elaboração dos procedimentos licitatórios, sendo uma verdadeira bússola, evitando-se, desta maneira, caminhos que desencadeiam nas hipóteses de ilegalidade do procedimento licitatório ou, ainda, da dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Nesta sede, a obediência pressupõe uma barreira para a prática de irregularidades, pois haverá dificuldades nas hipóteses de inserções de cláusulas restritivas consignadas no edital, no termo de referência ou projeto básico, como por exemplo, exigências de compromissos de terceiros¹¹⁴, exigência de parcela de relevância, sem, contudo, ser necessário para a contratação dos serviços ou obras, mas apenas e tão somente com o objetivo de restringir a participação de outras empresas concorrentes.

De fato, não há dúvidas de que o legislador fez previsão expressa da necessidade de obediência ao rito e às formalidades, inclusive quanto à organização do procedimento. Sendo assim, ao elaborar processos de compras e contratações de serviços, é imprescindível atender o disposto no art. 38 da lei nº 8.666/1993, e para as licitações regidas pela lei nº 14.133/2021, o art. 53, evidentemente, sem prejuízo das demais formalidades exigidas, conforme disposto no capítulo 1.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao exercer o controle externo julgou irregular procedimento licitatório pela falta de observância dos

¹¹²NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.77.

¹¹³Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura do livro de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, p. 329

¹¹⁴Brasil. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Súmula nº 15. “Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa”. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 29 set. 2020.

requisitos contidos no art. 38 da lei nº8.666/1993, bem como pela ausência de outras formalidades¹¹⁵.

Decorre, dessa exigência que todo procedimento licitatório, dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser encaminhados ao departamento jurídico para aprovação do edital e da minuta do contrato, nos termos do parágrafo único do art. 38 da li nº8.666/1993 “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Assim também dispõe o art. 53, da lei nº 14.133/2021, “Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”.

Percebe-se que, após a fase da elaboração do edital ou do procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação¹¹⁶, a análise do edital pela assessoria jurídica torna-se uma barreira de ocorrência de ilegalidade, tanto é que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos classificou como linha de defesa as unidades de assessoramento jurídico e os servidores, empregados públicos, agentes de licitação, autoridades, órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas, conforme dispõe os incisos I, II e III, do art. 169, da lei nº14.133/2021.

Nesse sentido, devido à complexidade do procedimento licitatório, é necessário que todos os documentos estejam anexados para melhor análise jurídica de modo que, após o cumprimento de todas essas exigências e manifestação de cada servidor envolvido com o

¹¹⁵BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. TC-000968/026/11. Segunda Câmara de 26/11/13 - Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. “Item C-1. Falta de juntada nos processos licitatórios e de dispensa de licitação de todos os documentos relacionados no artigo 38 da Lei de Licitações; ausência de publicação dos editais das tomadas de preços e concorrências em jornal de grande circulação, em desatendimento ao artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993; Item C.1.1.2 - Realização de convites com número inferior a três licitantes, o que implicaria na repetição dos processos; Item C.2.2 – Falta de nomeação de gestor dos contratos, em desobediência ao artigo 67 da Lei de Licitações; Item C.2.3-8 - Contratação de empresa para desenvolver treinamento: falta de elaboração de termo contratual e de acompanhamento da execução dos serviços e dos resultados alcançados por parte da Municipalidade; Item C.2.3-9 - Subcontratação dos serviços sem prévia anuência da Municipalidade, em desobediência a cláusula 7ª expressa no contrato nº 188/2010, pagamentos realizados com base em estimativa de lixo coletado em desconformidade com o artigo 63 § 1º, II, da Lei 4.320/64 “falta de pesagem que não atende ao Princípio da Eficiência”, elevação da estimativa em 8,53% sem estudos balizadores para tanto, falta de acompanhamento da contratação por parte da Municipalidade (fatos levados ao conhecimento do Relator do TC-1138/001/12); Item C.2.3-10 – Falta de acompanhamento da execução contratual de transporte de alunos, ausência de indicação de gestor para o contrato, elaboração de aditivo para alterar o valor do quilometro rodado, elevando o preço em 17,24%, sem justificativas e em desacordo com a cláusula terceira do contrato nº 238/2011 (fatos levados ao conhecimento do Relator do TC-896/001/11, conforme expediente TC1304/001/12); Descumprimento dos ditames da Lei Federal nº 8.666/93”, para mais detalhe. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/065-m-ecr-tc-000968-026-11.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹¹⁶ André Saddy, ao tratar sobre o tema assevera que a obrigatoriedade desse parecer no rito da contratação direta, no entanto, não existe. A Lei nº 8.666/1993 não prevê a necessidade de tal parecer nos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 26) – ver nota de rodapé nº 56

procedimento licitatório, a autoridade superior profira o último ato, a rigor, com base nos atos praticados anteriormente: (i) autoriza a abertura da licitação; (ii) homologa; (iii) adjudica; (iv) ratifica a dispensa ou inexigibilidade; (v) assina o instrumento de contrato; (vi) ordena pagamentos; (vii) assina termo aditivo de valor; (viii) assina termo aditamento do quantitativo previsto no contrato; (ix) assina termo de prorrogação relacionado ao prazo contratual, etc.

Com efeito, não se pode negar que, se o servidor envolvido com o procedimento licitatório constatar alguma irregularidade deve levar ao conhecimento da autoridade para tomar as medidas necessárias, por exemplo, as previstas nos arts. 71, I, 147, 155 e 169, todos da lei nº14.133/2021.

Então, significa dizer que o dever de prestar informações é outra característica inerente a todos os servidores públicos, e na hipótese de o servidor deparar com alguma irregularidade no desenrolar do procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade, impõe o dever de levar ao conhecimento da autoridade superior.

Neste sentido, notadamente, percebe-se que o dever de prestar informações nas hipóteses de o servidor constar irregularidade em uma das fases do procedimento licitatório está no campo da legalidade, nos termos do art. 169 da lei nº14.133/2021.

Ademais, é importante expor que, ao receber informações de irregularidade no procedimento licitatório, a autoridade superior deverá tomar as medidas necessárias a fim de fazer cessá-la, conforme §3º, art. 169 da lei nº14.133/2021.

Advirta-se que, na hipótese de inequívoca ciência de conduta antijurídica também haverá de abrir procedimento administrativo com a finalidade de apurar a conduta do servidor que deu causa à irregularidade, conforme dispõe na lei nº8.112/1990, em seu art.143 “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. Sendo assim, tratar-se-á a respeito do dever de prestar informações no próximo tópico.

2.1. Dever do servidor prestar informações a autoridade superior

Como já exposto em linhas atrás, a respeito da complexidade do procedimento licitatório, inclusive a dispensa e a inexigibilidade da licitação. Então, devido a essa complexidade, poderão ensejar falhas e, em última análise, poderão ocorrer irregularidades. Logo, não se pode deixar de mencionar que, para a sua conclusão, é necessária a execução de vários atos.

Contudo, acresça-se a isso que a obediência ao rito e às formalidades é imposição a todos os envolvidos com o procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade, então, não é demais recordar que, na hipótese de o servidor deparar com falhas ou irregularidades, deverá levar ao conhecimento da autoridade superior, para as devidas providências.

Por oportuno, se, de um lado, a literalidade da lei impõe essa obediência ao rito e às formalidades, caso não seja observada, haverá margem para tornar o agente que deu causa como ímprobo, de outro, é certo que a doutrina afirma que essa literalidade não tem aplicação de forma automática, devendo se observar o art. 28, da lei nº 13.655/2018. Nesse sentido, Fábio Medina Osório expõe que:

Incorrerá na falta de probidade administrativa o agente que praticar toda e qualquer ilegalidade? A violação de um dever público conduz, automaticamente, à violação do dever de probidade administrativa? As respostas são negativas, já que nada pode ser automático nesse delicado terreno, já o dissemos anteriormente. É evidente que o dever de probidade é um máximo dever público, cuja concreção depende de uma prévia violação de outros deveres públicos no marco da legalidade do Estado Democrático de Direito. Essa premissa já foi consolidada, inclusive, no sistema jurídico brasileiro, na jurisprudência do STJ: a improbidade não se confunde com a ilegalidade pura e simples. Tal assertiva sustentamos desde 1997, na obra em que lançamos observações sobre a Lei nº 8.429/92¹¹⁷.

Desta forma, o fato de apresentar falhas ou irregularidades no procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade, não compromete a lisura, visto que se exige a demonstração do dolo e do efetivo prejuízo ao erário. Sendo assim, falhas devem ser resolvidas no campo da própria administração, conforme dispõe o inciso I, § 3º, art. 169, da lei nº 14.133/2021 “quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis”.

Urge, dizer nessa medida que, ao ser considerada a irregularidade de baixa incidência, isto é, na hipótese em que não haja demonstração de dolo e de prejuízo ao erário, a autoridade

¹¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 111.

superior ao obter o conhecimento deve “determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades”, inciso I, art. 71 e inciso I, § 3º, art. 169 da lei nº14.133/2021.

Pode-se notar, portanto, a importância de o servidor prestar informações à autoridade superior pois é a partir desse conhecimento que a mesma tomará medida para o saneamento dentro das possibilidades previstas na lei nº14.133/2021.

Quanto aos efeitos decorrentes, a saber, a impropriedade formal ou irregularidade sem o efetivo prejuízo ao erário, podem ser saneados e não trazerem maiores problemas, uma vez que não são capazes de macular o procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade.

Eis que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos fez previsão expressa com a finalidade de que a autoridade superior adote medidas para mitigar os riscos de novas falhas ou irregularidades nos termos do art. 169, com as seguintes condições: (a) determinar que sejam feitas as correções das falhas ou irregularidades constantes no procedimento licitatório; (b) franquear capacitação dos envolvidos com o procedimento licitatório; (c) determinar à abertura de procedimento administrativo na hipótese de prejuízo ao erário.

De igual modo, entende-se que não se aplica as hipóteses de responsabilidades previstas na lei de improbidade administrativa, isso porque o legislador da lei nº14.133/2021 atendeu o que a doutrina já, há tempos, defendia. Nessa dicção é o posicionamento de Fábio Medina Osório “a violação ao dever de probidade administrativa deveria exigir reações institucionais mais severas e graves, rigorosas e compatíveis com a ideia de preservação do mínimo ético na Administração Pública¹¹⁸”.

Nessa perspectiva, por exemplo, se o servidor não faz a publicação da ratificação da dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme determina o § único, art. 72 da lei 14.133/2021, tal condição, por si só, não é capaz de causar prejuízo ao erário. Porém, em tese, violou-se o princípio da publicidade que tem previsão de ato ímprobo, art. 11, da lei nº 8.249/1992. Convém perguntar, nessa hipótese, se aquele que deu causa haverá de ser

¹¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 112. Ademais, adverte o autor que “A mera alegação de violação à legalidade não é condição suficiente, por si só, para embasar imputação de improbidade. O raciocínio acusatório haverá de lastrear-se nem conjunto significativo de deveres públicos violados, que culminem na ilegalidade, de sorte a lançar o conteúdo proibitivo da LGIA, e tal cenário só é perceptível a partir de uma fundamentação explícita do órgão estatal acusador”; implicitamente nota-se que existe escalonamento de deveres que são exigidos aos servidores públicos. Nesse sentido, o autor assevera que “A relação gradual, portanto, é a seguinte: legalidade administrativa, moralidade administrativa, dever de lealdade institucional e improbidade administrativa. Para que haja esta última, é necessário que se passe pelas três primeiras: ilegalidade, imoralidade e deslealdade. Toda improbidade administrativa é, um só tempo, expressão de ilegalidade, imoralidade e deslealdade institucionais e administrativas. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 120 e 124.

responsabilizado nos termos da lei de improbidade administrativa? Não. Isso porque, "os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle e validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da lei 8.429/1992"¹¹⁹.

Com efeito, não se torna sujeito passivo apenas e, tão somente, por violação de princípio, haverá a necessidade de demonstração da violação de norma objetiva. Aliás, é imprescindível a aplicação do art. 20, da lei nº 13.655/2018, isso porque não se admitem decisões apenas com fundamento em valores jurídicos abstratos¹²⁰, sob pena de imputar a responsabilidade objetiva, uma vez que as normas de caráter principiológica estão acobertadas de alta abstração.

Resta claro que a autoridade superior, ao receber informações de que há falhas ou irregularidades no procedimento licitatório, deve determinar suas correções por meio de seus departamentos que adotarão medidas com a finalidade de regularizar os autos do procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade e somente após retorna à autoridade superior com a finalidade de adjudicar, homologar ou, ratificar o ato no caso de dispensa e inexigibilidade, em favor da empresa vencedora.

Por fim, cumpre-se observar que a regularização do procedimento licitatório não exige o servidor que deu causa às falhas ou irregularidades de responder administrativamente, ainda, que diante de ausência de dano ao erário.

É de rigor, por parte da autoridade superior, a abertura de procedimento administrativo para apuração de irregularidade praticadas pelo servidor, conforme dispõe o art. 320 do Código Penal: "Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa".

Nesses termos, o poder disciplinar está dentro do feixe de atribuições da autoridade superior que, por isso, tem por determinação legal a incumbência de preceder a apuração de ilegalidade e, ao final, aplicar a medida cabível prevista no estatuto do servidor. Nesse raciocínio, Hely Lopes Meirelles leciona "Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente"¹²¹

¹¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 241.

¹²⁰ FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. **Improbidade por descumprimento de princípios e Lei 13.655/18**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>>. Acesso em: 22, marc. 2021.

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª Edição. São Paulo, 2004. p, 123. In: STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p, 140; "isso

Como se pode observar, a autoridade superior tem a incumbência de apurar toda e qualquer irregularidade praticada pelos servidores e, ao final, aplicar a medida cabível com fundamento no Estatuto dos Servidores do ente público¹²².

Contudo, surge a seguinte problemática, o ato de irregularidade praticado pelo servidor também comunica com os atos da autoridade superior e, mais, torna-se corresponsável? Antes de responder a essa pergunta, primeiramente faz-se importante saber se foi prestada informação à autoridade superior. Sendo positivo e tomada as medidas necessárias por parte da autoridade superior, o servidor não há de ser responsabilizado nos termos dos art. 71, I, 147, 155, 169, todos da lei nº14.133/2021.

Deveras, a autoridade superior não é corresponsável pelos atos praticados pelos servidores que estão na linha vertical da estrutura administrativa, tampouco, deve ser atribuído responsabilidade de atos irregulares que deveria conhecer, dada a sua posição e condição de superior hierárquico. Esse fato, por si só, não tem o condão de torna-la como corresponsável pelos atos ilegais¹²³. Assim, a responsabilidade deve estar condicionada aos responsáveis pela produção do resultado lesivo, o que limita aos que a praticaram, conforme dispõe o inciso II, §3º, art. 169 da lei nº14.133/2021.

Percebe-se que, neste tópico tratou-se das hipóteses de o servidor prestar informações à autoridade superior, no entanto, há outra medida a ser analisada, refira-se, a inobservância ao rito e às formalidades, isto é, no plano de observância ao rito e às formalidades do procedimento licitatório, o que será tratado a seguir.

porque, segundo Antônio Carlos Alencar Carvalho: A estrutura hierarquizada da Administração Pública constitui e tem por fundamento o poder dos órgãos e agentes situados em posição hierárquica superior não somente de ordenar, coordenar e rever os atos praticados pelos inferiores, como ainda de aplicar a estes as punições necessárias, em caso de cometimento de irregularidades” (Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância. 3. Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 83); Precisa a lição de Carlos Alberto Conde da Silva, citado por Antônio Carlos Alencar Carvalho: O poder disciplinar serve à Administração para a tutela da sua organização, de forma que esta possa cumprir a sua função de serviço público eficaz e imparcialmente e com respeito pela legalidade. O poder disciplinar é, portanto, um instrumento de que dispõe a Administração para se opor aos funcionários que não cumprem ou abusam de suas funções em prejuízo da coisa pública, dos direitos e liberdades do cidadão (O poder disciplinar no estatuto dos trabalhadores da Administração Pública, Alfovelos: Petrony, 2011, p. 29). In: STOCO, Rui. Processo administrativo disciplinar. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. p. 140-141

¹²² Porém, nas hipóteses de ilegalidades que não estejam no âmbito administrativo ou, ainda, mesmo que estejam, mas, se o ato ilegal violar outras normas, por exemplo, “lei de improbidade administrativa” deve levar ao conhecimento da autoridade competente. Logo, os demais servidores que não concorreram para o ilícito, a rigor, não devem imputados a ação ilícita em seu desfavor.

¹²³ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão –Belo Horizonte, Fórum, 2019. p. 255.

2.2. A inobservância ao rito e às formalidades

Antes, frisa-se que esse ponto é importante no presente estudo, pois, tratam-se das hipóteses de o servidor não observar as exigências quanto ao rito e às formalidades no procedimento licitatório, dispensa e inexigibilidade.

É certo que, na atualidade da nova lei de licitações e contratos administrativos o legislador fez previsão expressa sobre as hipóteses de saneamento de falhas e irregularidades cometidas durante a elaboração do processo licitatório, de modo que, não havendo a demonstração de dolo e o efetivo prejuízo ao erário, deve a autoridade determinar as correções, nos termos do §3º, art. 169 da lei nº14.133/2021.

Nessa seara, se for constatada a ocorrência de falhas ou irregularidades no procedimento licitatório de que efetivamente não há dano ao erário, devem ser corrigidas essas falhas ou irregularidades na própria administração pública e, por conseguinte, não se abre a possibilidade de imputar a responsabilidade criminal ao servidor.

Assim, entende-se que o servidor não haverá de ser responsabilizado, uma vez que a responsabilidade criminal deve ser a *ultima ratio*. Além do mais, o Direito Penal é fragmentário e está reservado à proteção de bens jurídicos de maior relevância, portanto, impera o princípio da subsidiariedade do direito penal.

Porém, como já exposto anteriormente isso não quer dizer que se deve isentar aquele que deu causa a não observâncias das formalidades. Ao contrário, deverão ser aplicadas as medidas que estão previstas no Estatuto do Servidor.

Nesse sentido, a não demonstração da afetação do bem jurídico requer a exclusão dos erros formais na seara penal, resolvendo-se na seara administrativa, tornando-se desarrazoado¹²⁴ para responsabilidade e imputação penal, simplesmente pelo fato de o servidor não ter observado as formalidades legais as quais são passíveis de convalidação.

É de acrescentar, ainda, que a hipótese de impropriedade formal ou irregularidade não se enquadra nos termos do art. 28 da lei nº 13.655/2018 “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, desde que não há a presença de dolo e ou erro grosseiro.

¹²⁴ “Ainda que a inter-relação entre ação penal [...]. A coexistência dos regimes sancionatórios viola princípios dos mais mezinhos, acarretando indevido ônus ao acusado, que se vê forçado a defender-se em múltiplas frentes, sem qualquer garantia de que o êxito em uma delas impedirá a continuidade das persecuções”. In: NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 75.

Diante dessas circunstâncias, em função da preocupação com os erros apenas formais ou irregularidades que não há prejuízo ao erário, vale expor a posição de Joel Feinberg, que faz a distinção entre sobre a *harm principle* e *harm offense*:

Lesão é a violação aos direitos de uma pessoa e que frustra seus interesses. Por exemplo, quebra a perna de alguém impede a vítima de andar; não houve apenas a lesão corporal, houve o impedimento ao exercício da sua função locomotiva. Já a ofensa é uma conduta que provoca uma situação de desconforto ou desprazer, resultando em inconveniência irrazoável ou intolerável.¹²⁵

Nessa seara, na hipótese de não cumprimento das formalidades, posiciona-se, aqui, que a mesma se enquadra no campo da ofensa da norma, causando, tão somente, resultados que não têm o condão de macular o procedimento, dispensa ou inexigibilidade de licitação, de modo que aplica os institutos do direito administrativo, como por exemplo, abrir sindicância para apurar as responsabilidades do servidor que deu causa à não observância das formalidades e, sem prejuízo, de proporcionar a capacitação aos responsáveis pelo procedimento licitatório.

Com efeito, aquela conduta considerada inadequada e de baixa incidência, capaz de afetar somente a ordem interna dos serviços, de modo a caracterizar infração ou ilícito administrativo, a administração buscará investigar com a finalidade de apurar a responsabilidade administrativa do servidor. Após, instaurado processo administrativo e franqueadas as garantias inerentes à defesa, ao final poderá ser aplicada ao agente a sanção administrativa prevista no Estatuto do Servidor¹²⁶, o que afasta à aplicabilidade da matéria de Direito Penal, pois deve se preocupar com irregularidades nas quais efetivamente haja comprovação de dano ao erário, de modo que, ausente o dano, a questão deve ser resolvida por outros ramos do Direito. Assim, nesse mesmo raciocínio é a posição de Cleber Masson, ao expor a diferença de ilicitude penal e ilicitude administrativa:

Os fatos praticados em prejuízo da Administração Pública constituem, em regra, meros ilícitos administrativos. São violações do ordenamento jurídico desprovidas de gravidade suficiente para a caracterização de infração penal. Essa assertiva é consectário lógico de um dos princípios vetores do Direito Penal: o da fragmentariedade, também conhecido como caráter fragmentário do Direito Penal. De acordo com esse postulado, nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. [...]. E, mesmo depois da criação da infração penal (princípio da fragmentariedade), invoca-se na prática o princípio da subsidiariedade para decidir quando estará configurada a figura penal ou a simples falta disciplinar (ilícito administrativo). O Direito Penal é modernamente compreendido como *ultima ratio* (medida extrema ou última razão), pois se constitui em disciplina jurídica excessivamente gravosa e invasiva da esfera de liberdade do cidadão. Portanto, se a

¹²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 32-39.

¹²⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 319.

violação à Administração Pública não ingressar na seara penal, podendo ser solucionada pelo Direito Administrativo, será vedado o recurso ao Direito Penal.¹²⁷

Não custa repetir que, de um lado, existe aceitação de ofensa da norma, por exemplo, §3º, art. 169 da lei nº14.133/2021. De outro, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é passível de aplicação da lei penal, na hipótese de lesão, isto é, desde que comprovados: o dolo e o prejuízo ao erário.

Então, a teoria de Joel Feinberg demonstra que a diferença está na valoração dos efeitos das condutas e, portanto, somente aquelas que realmente frustrarem interesses pessoais alcançam a condição de uma lesão, leia-se, irregularidade no processo licitatório com dolo e a demonstração do prejuízo ao erário, de modo que essas lesões se tornam viáveis para a esfera penal. Contudo, comportamentos menos conflitantes podem não apresentar relevância penal e o Estado dispõe de outros meios para evitar incômodos¹²⁸.

É por essa razão que cumpre, agora, expor a abrangência da teoria da imputação objetiva, sem a pretensão de aprofundar sobre essa teoria, mas somente com a finalidade de melhor explicitar que condutas consideradas como ilícitos administrativos devem ser resolvidas na esfera administrativa, visto que existe regulamentação que sanciona irregularidades cometidas no âmbito administrativo e com plena capacidade de aplicar a medida disposta no regulamento do órgão.

A propósito, importante ressaltar que a teoria da imputação objetiva não está para o dano ou violação das regras do procedimento licitatório. Essa teoria busca esclarecer se a conduta do agente atingiu ou colocou em risco o bem jurídico tutelado. Nesse sentido, Claus Roxin aponta que, na abrangência da imputação objetiva, o intérprete deve observar se o agente criou risco ou perigo proibido pelo Direito, isto é, de forma efetiva e somente em caso afirmativo imputar-lhe os resultados¹²⁹.

Nessa dinâmica, a falta de observância de formalidades relacionadas ao procedimento, dispensa ou a inexigibilidade de licitação, *a priori*, não justificam a aplicação da reprimenda penal, seja pelo fato de que a formalidade, em sua grande maioria, pode ser convalidada, seja pelo fato de que elas não demonstram prejuízos ao erário.

¹²⁷ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial: arts. 213 a 359-H. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. v. 3. p. 564-565.

¹²⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 32-33.

¹²⁹ GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000, *passim*. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf)>. Acesso em: 04 jul. 2020.

De outra maneira, outros defendem a independência das instâncias e, por isso, entendem que se aplicam não somente as disposições previstas no Estatuto do Servidor, mas também as disposições as responsabilidades previstas na lei de improbidade administrativa, bem como as disposições da matéria criminal, pelo fato de existir independência entre as esferas. Nessa linha de pensamento é a lição de Walber de Moura Agra

Uma só conduta pode ser simultaneamente consubstanciar ilícito civil, administrativo e penal. Em razão do princípio da independência das instâncias, os sujeitos podem vir a ser responsabilizados em dimensões distintas, haja vista que as relações jurídicas na sociedade hodierna são extremamente complexas e multifacetadas. [...]. A conduta pode ser apenas uma, as suas consequências podem incidir em várias searas protegidas juridicamente, o que acarreta uma sanção por cada um dos acintes a esses microssistemas protegidos legalmente. Diversos dispositivos da Constituição Federal vigente anunciam a defesa da independência de instância. O art. 37, §4º, ao dispor acerca das penas por ato ímprobo, institui que a sanção será aplicada sem prejuízo da ação penal cabível. O art. 53 [...]. O art. 225, §3º. [...]. art. 19 da lei nº8.429/92. [...]. o art. 125 da Lei nº8.112/90, ao dispor acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, normativa aplicada por analogia a todos os entes federais, preceitua que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si¹³⁰.

Nesse ponto, percebe-se que a conduta do agente que deu causa à irregularidade no procedimento licitatório será objeto de apuração tanto na esfera administrativa onde se aplica o Estatuto do Servidor, como na esfera civil que recai nas ações da improbidade administrativa, bem como na esfera penal.

Justifica-se esse posicionamento visto que o legislador constitucional fez previsão expressa no §4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹³¹.

Para os defensores dessa posição, somente haverá exceções em que as instâncias não se comunicam e, portanto, o agente não estará sujeito à condenação nas esferas administrativa e cível¹³² na hipótese de ser absolvido na esfera criminal, desde que seja por: (i) inexistência de fato e negativa de autoria, conforme dispõe o art. 386, incisos I e IV, do Código de Processo Penal¹³³. Nesse mesmo sentido, também é o que dispõe o art. 126 da Lei nº8.112/1990 “A

¹³⁰ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 183.

¹³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**, art. 37, §4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹³² Assim, dispõe o art. 66 do Código de Processo Penal “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹³³ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941**. Código de Processo Penal. “Art.386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência

responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”¹³⁴.

De outra maneira, importante frisar que não é objeto deste trabalho abordar o direito sancionatório, mas possui a finalidade de se posicionar sobre a cumulatividade de ações, ou seja, nas esferas administrativa, cível e penal e, ao final, expor que não se compartilha com esse posicionamento Sob pena de estigmatizar o direito¹³⁵, apresentam-se duas limitações: a primeira diz respeito à aplicação da proporcionalidade da sanção aplicada, isto é, devendo ser compatível com o desvalor baseado na violação do bem jurídico, daí tem-se o parâmetro para a aplicação da medida que deve ser observado e aplicado de forma adequada¹³⁶. A segunda limitação é desdobro da primeira limitação, isto é, ao ser rechaçada a consideração de unicidade do *ius puniendi*, abre-se a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo estes princípios o supedâneo para vedar a aplicação do *bis in idem*.

Frisa-se que se exige do Estado a aplicabilidade dos freios e contrapesos. Desse modo, ele deve atuar com moderação, sobretudo, quando se está na esfera sancionatória ou penal. Por isso impõe-se ao Estado o dever de observar as garantias em favor do servidor que está envolvido com o procedimento licitatório e, ao mesmo tempo, adotar medida estritamente capaz de atingir a finalidade sem, contudo, agir de forma arbitrária, ampliando a vontade do legislador para justificar a independência das instâncias com o objetivo de cumular sanções que são, de certa medida, idênticas.

do fato; IV estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹³⁴ AGRA, Op. Cit., p. 187. Além disso, o autor salienta que o Superior Tribunal de Justiça vem reiterando esse posicionamento conforme dispõe a seguinte decisão: “O Superior Tribunal de Justiça vem reiterando que a sentença criminal afastará a punição administrativa se reconhecer a não ocorrência do fato ou a sua negativa de autoria (STJ. Terceira Seção. Informativo nº260. “(...) tendo em vista a independência das instancias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, o que não existiu na espécie” (MS nº9.772/DF. Rel. Min. Laurita Vaz. Julg. 14.09.2005)”.

¹³⁵ FREITAS assevera que “a cumulatividade de todas as sanções não deveria ser aplicada, sob pena de se cometer excessos, adotando-se as devidas cautelas, a fim de que o sistema jurídico não ganhe descrédito”, in FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo aplicado**, Genesis, ano 2, n.8, p.40-65, p. 48, abr.1996; já Alexandre Morais Rosa e Affonso Neto sustentam que, diante de fato de pequena dimensão e sendo desnecessária a comunicação de todas as sanções previstas na Lei de Improbidade, o julgador deverá absolver o agente, excluindo diretamente a tipificação. In: ROSA, Alexandre Morais da; GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus, 2001, p.85; em sentido contrário defende ALVARENGA apud AGRA: “[...] não é permitido o juiz optar pela aplicação de uma ou mais penas, existindo o deve de impô-las cumulativamente. O autor ressalva que a única discricionariedade permitida ao julgador é quanto à quantificação das penas, não no que tange à qualificação” In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 146-147.

¹³⁶ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 146.

Por essa razão não deve o Estado promover processos paralelos visto que, além de aplicar interpretação extensiva da norma legal, também haverá excessos em seu fim, uma vez que a aplicação de penalidade relacionada às esferas administrativa, cível e penal são desproporcionais e, por consequência, contraria a finalidade normativa¹³⁷ do Direito Penal, visto que é fragmentário.

Ao final, importa dizer que se admite a possibilidade de aplicabilidade do Direito Penal, desde que seja efetivamente comprovado que a irregularidade no procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade é decorrente de ato doloso ou erro grosseiro e, a partir disso, causou dano ao erário.

Nota-se que foram exposta neste trabalho as fases do procedimento licitatório, obediência ao rito e das formalidades para a conclusão do certame, dispensa ou inexigibilidade. Assim, afóra essas questões de certa forma gerais relativas à matéria administrativa, no próximo capítulo tratar-se-á sobre o art. 337 “E” e “F” do Código Penal, uma vez que a lei nº 14.133/2021 revogou a seção III - Dos crimes e das penas previstos nos arts. 89 a 108 da lei nº8.666/1993, e descolou para o Código Penal, Capítulo II-B “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”.

¹³⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.75.

3. DISPENSA, INEXIGIBILIDADE E FRAUDE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Antes de qualquer abordagem, é preciso recordar que a administração, ao pretender comprar ou contratar serviços, deve licitar por meio de umas das modalidades previstas em lei. Contudo, o legislador fez previsão expressa, autorizando¹³⁸ o gestor a dispensar ou inexigir a licitação, isso diante da situação imposta de caráter emergencial ou por razão técnica. Nesse sentido, Sidney Bittencourt assevera:

Ainda que a supremacia do interesse público alicerce a exigência de licitação para contratações da Administração Pública, é inegável que existirão situações nas quais a competição licitatória se mostrará impossível ou, ainda que factível, frustrante, caso estabelecida para o interesse público almejado. Nessas hipóteses, a lei autoriza a adoção de procedimento diferenciado, com alterações de formalidades, advindo daí as contratações diretas sem licitações, por intermédio de dispensa ou inexigibilidades¹³⁹.

Sendo assim, com fundamento nos arts. 74 e 75, da lei nº14.133/2021, procede-se com a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nessa linha de raciocínio, é importante dizer que há necessidade de outras formalidades, quais sejam: a) certidões fiscais e trabalhistas dentro do seu prazo de validade; b) estatuto social da empresa; c) pesquisa de apenados junto ao site Tribunal de Contas e Certidão de Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade; d) parecer jurídico¹⁴⁰; e) documentação técnica se for o caso; f) sem prejuízo de outras comprovações, ainda, leva-se em conta o objeto da dispensa ou inexigibilidade de licitação¹⁴¹.

Pois bem, se, de um lado, o legislador garantiu ao gestor a possibilidade de utilizar de mecanismo legal para a celeridade do processo de compras ou contratação de serviços, de outro,

¹³⁸ BITTENCOURT ao fazer referência a lei nº8666/93 “Distingue três formas de contratação direta na Lei Geral de Licitações: a) a licitação dispensada, tratada no art. 17, intimamente ligada à alienação de bens públicos, a Administração Pública figura, de regra, como “vendedora”; b) a licitação dispensável, aludida no art. 24, em posição oposta, atua como “compradora”, isto é, na qualidade de “contratante” adquirindo bens ou contratando a prestação de serviços ou a execução de obras); e c) a licitação inexigível, versada no art. 25, a Administração também intenta contratar, assumindo, nesse mister, posição idêntica à prevista na licitação dispensável. Noutro quadrante, no caso de licitação dispensável, mesmo sendo possível a competição licitatória, a lei autoriza a não realização de certame licitatório, segundo critério de oportunidade e conveniência. Já nas hipóteses de licitação dispensada, a lei rejeita a realização do certame, não havendo margem para a discricionariedade da Administração”. In: BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p.140

¹³⁹ Ibidem, p. 140-141.

¹⁴⁰ Quanto à obrigatoriedade de parecer jurídico relacionado às formalidades do art. 26, André Saddy defende que a lei nº 8.666/1993, não prevê a necessidade de tal parecer nos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 26), remete-se o leitor a nota de nº56.

¹⁴¹ Vide capítulo 1.

fez previsão expressa de crime: “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, art. 337 “E” do Código Penal.

Nesse contexto, importa dizer que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos, revogou os tipos penais da lei nº 8.666/1993 e deslocou essa matéria para o Código Penal, art. 337 “E”, porém, manteve parcialmente a redação do então revogado art. 89 da lei nº 8.666/1993, ou seja, revogou a segunda parte “[...], ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Nota-se, a segunda parte do art. 89 dizia respeito à inobservância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação, que era combinado com o art. 26 da lei nº 8.666/1993¹⁴², uma vez que trazia as formalidades exigidas: i) comunicação, no prazo de 3 dias, à autoridade superior para ratificação do ato; ii) publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Sublinhe-se, essa conduta omissiva própria que era considerada como ilegalidade no procedimento de dispensa ou inexigibilidade não foi contemplada pelo legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos e, por conseguinte, não há mais essa fundamentação legal no art. 337 “E” do Código Penal.

Frisa-se que, há algum tempo, o Supremo Tribunal Federal¹⁴³ decidiu que a conduta referente a “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”

¹⁴² BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for /o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm> BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. ed. Íthala. Curitiba, 2019, p.140. Acesso em 30, abr. 2021.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Inq 3.962/DF. Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROSA WEBER**. Julgamento: 20/02/2018. Publicação: 12/09/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo891>>. Acesso em: 30, jun. 2020: “Inexigibilidade de licitação e tipicidade da conduta. A Primeira Turma, por maioria, rejeitou denúncia oferecida em face de parlamentar federal pela suposta prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993. O Colegiado afirmou que o tipo penal em questão não criminaliza o mero descumprimento de formalidades, antes tipifica tal descumprimento quando em aparente conjunto com a violação de princípios cardeais da administração pública. Irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si só, gerar criminalização de condutas, se não projetam ofensa consistente — tipicidade material — ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório. Verifica-se que a decisão administrativa adotada pelo acusado em ordem a deixar de instaurar procedimento licitatório para a contratação de determinada espécie de serviço publicitário esteve amparada por argumentos legítimos sob o enfoque da legalidade, lastreada em pareceres — técnicos e jurídicos — que atenderam aos requisitos legais, fornecendo justificativas plausíveis sobre a escolha do executante e do preço cobrado. Nessa medida, sob a ótica da tipicidade objetiva, não há falar em indícios factíveis a justificar a instauração de processo criminal contra o acusado. Por outro lado, inexistente prova indiciária de ter o acusado agido em conluio com os pareceristas, com vistas a fraudar o procedimento de contratação direta, ausente a prática de

deveria ser sanada na esfera administrativa, sem, contudo, desencadear na esfera criminal, uma vez que, o Direito Penal é a *última ratio*. Nesse mesmo entendimento dispõem as súmulas 66, 32 e 33 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo - Biênio 2020/2021:

Súmula n.º 66: Homologa-se promoção de arquivamento de expedientes em que haja notícia de falhas meramente formais em procedimentos licitatórios, sem indícios concretos de que tenham ensejado restrição da competitividade do certame, direcionamento da contratação ou danos ao erário passíveis de apuração. Fundamento: Eventuais falhas formais em procedimentos licitatórios, sem indícios de direcionamento ou ofensa à competitividade e quando delas não decorra dano ao erário, podem ensejar o arquivamento do procedimento. As formalidades são estabelecidas para salvaguarda da lisura do certame. Entretanto, quando não evidenciado elemento subjetivo de ato de improbidade e das falhas não decorrerem prejuízos ao caráter competitivo da licitação ou à seleção da melhor proposta, desnecessária a intervenção do Ministério Público; Súmula n.º 32: Homologa-se arquivamento quando, noticiadas irregularidades que constituam apenas infração administrativa ou que admitam pronta solução pela via administrativa, não houver, cumulativamente: a) indícios de omissão da Administração e b) notícia de dano ou risco concreto de dano ao interesse transindividual. Fundamento: O Ministério Público vem recebendo inúmeras representações que noticiam descumprimento de normas administrativas ou irregularidades passíveis de solução no âmbito da Administração Pública. Embora tais fatos encontrem, por vezes, repercussão no plano civil ou penal, muitas outras vezes constituem infrações passíveis de solução pela própria atuação do Poder Público (ex. poder de polícia), não implicando situação de dano ou perigo concreto de dano a interesses transindividuais. Não cabe ao Ministério Público, nesses casos, substituir-se à Administração. Assim, não havendo evidências de que a Administração, tendo tomado conhecimento dos fatos, omitiu-se, não há que se falar em inércia passível de intervenção ministerial. A súmula também abrange a hipótese anteriormente prevista na Súmula 27 (falta de licença ou autorização de órgão público), que por isso foi cancelada. A irregularidade consistente na mera falta de licença ou autorização de órgão público, quando não haja evidências de dano ou risco concreto de dano a interesse transindividual, poderá ser objeto de tutela pelo próprio ente dotado de poder de polícia. Há, portanto, nesta hipótese, mera infração administrativa. Assim, caberá ao Ministério Público instar o órgão para as providências cabíveis. Ressalte-se que a aplicabilidade da súmula não se restringe ao direito ambiental, sendo também aplicável ao direito do consumidor, habitação e urbanismo, saúde, educação etc. Ressalte-se que a atuação do Ministério Público será imprescindível quando verificado, desde logo, que os poderes-deveres da Administração não vêm sendo regularmente exercidos; Súmula n.º 33: Homologa-se o arquivamento de procedimentos que tenham por objeto apurar irregularidades meramente formais praticadas no âmbito da Administração Pública, caso não existam indícios de que tais falhas, por ação ou omissão, tenham sido meios para a prática de ato de improbidade administrativa. Fundamento: As formalidades são estabelecidas pela lei para salvaguarda de interesse maior, qual seja, o da probidade administrativa. Muitas vezes, todavia, é constatado que a forma não foi cumprida por desatenção, desconhecimento ou despreparo do agente público, constituindo-se irregularidade

conduta dolosa do gestor público para fins da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993. O delito em questão exige, além do dolo genérico — representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação com descumprimento das formalidades —, a configuração do especial fim de agir, que consiste no dolo específico de causar dano ao erário ou de gerar o enriquecimento ilícito dos agentes envolvidos na empreitada criminosa. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, que recebiam a denúncia. Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. 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” *In*: www.portal.stf.jus.br.

meramente formal, que não se traduz em hipótese de intervenção do Ministério Público. É o caso, por exemplo, da não existência ou incorreção de livros e controles, inadequação contábil, deficiência no controle de tesouraria, inadequado controle de bens ou da dívida ativa ou passiva. Ressalvam-se as hipóteses em que tais falhas tenham sido meios para a prática de atos de improbidade¹⁴⁴.

Saliente-se, por todas estas razões que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos descriminalizou a conduta omissiva própria¹⁴⁵ que era prevista na segunda parte do então revogado art. 89 da lei nº8.666/1993, devendo, agora, portanto, aplicar a retroatividade do art. 337 “E” do Código Penal, inclusive nos processos com sentença já transitada em julgado nos termos do art. 2º deste mesmo Código, uma vez que ocorreu a “abolitio criminis¹⁴⁶” da conduta tocante “ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

O então revogado art. 89 da lei nº8.666/1993 é norma penal em branco e exigia-se o complemento “arts. 24 e 25 da lei nº8.666/1993, bem como às formalidades do art. 26 desta mesma lei. Assim, era factível que às formalidades, por si só, não demonstravam lesão ao bem jurídico, uma vez que poderiam ser convalidadas de modo que não haveria responsabilidade criminal e, tampouco, responsabilidade por ato de improbidade. Por exemplo, a falta da publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias como condição para a eficácia dos

¹⁴⁴ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. Súmulas-MPSP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 03 jul. 2020.

¹⁴⁵A classificação era crime de omissão própria, ou seja, deixar de fazer o que a lei determina. A partir dessa classificação, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem esclarecem “como a violação de uma norma de mandamento (ou preceptiva), que exige do agente uma ação esperada possível. A ação esperada é aquela que pode ser exigida e somente essa exigibilidade permite a punição¹⁴⁵” e expõem três requisitos sobre ele: i) existência de situação típica. O crime omissivo pressupõe uma situação de perigo ao bem jurídico, que faz parte de sua estrutura típica. Daí nasce o dever de atuar que a sociedade espera que o sujeito cumpra. No crime omissivo próprio, regra geral, a situação de perigo ao bem jurídico aparece explícita no tipo penal; ii) ausência de ação devida. Se há norma manualmente que obriga o sujeito a agir no caso concreto, a abstinência de conduta significa desobediência ao ordenamento jurídico-penal. Falta a conduta devida, compreendida como aquela que se espera do agente, dentro de sua capacidade e das condições do fato concreto, decorrentes do mandamento normativo; iii) capacidade de atuação. A ausência de atuação do agente não é suficiente para configurar o crime omissivo. No caso concreto, deve ficar demonstrado que o sujeito poderia agir para cessar o perigo ou evitar o resultado. O direito penal não exige o heroísmo em situações que possam implicar risco pessoal. *In*: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 577-578.

¹⁴⁶ “Propôs o legislador que “ninguém poderá ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime” (CP, art. 2º). Ocorre a “descriminalização em sentido técnico” ou a *abolitio criminis*, que constitui, por vários motivos, causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, III). Esse instituto “exprime uma escolha político-criminal do legislador, o qual entende não mais necessário de repressão penal uma classe de fatos precedentes previstos no catálogo de crimes”. Operada a abolição, os fatos posteriores já não serão delitos e, em relação aos anteriores, cessam em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. *In*: MARTINELLI, João Paulo Orsini, DE BEM Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de Direito Penal**: parte geral, 4. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 308.

atos não tem efeitos negativos que podem violar o art. 11 da lei nº8.429/1992, que tipifica como ato ímprobo a violação de princípios, nesse caso o princípio da publicidade¹⁴⁷.

Desse modo, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos ao revogar o art. 89, revogou também as disposições do art. 26 e seu parágrafo único, todos da lei nº8.666/1993, uma vez que neste estavam previstas as formalidades das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, que complementava aquele. Assim, convém dizer que o artigo deve conter o conceito da norma e, por conseguinte, o seu parágrafo que embora independente está ligado ao artigo, uma vez que é acessório e secundário conforme dispõe a lei complementar nº95/1998¹⁴⁸. Sendo assim, revogado o artigo também revoga seus parágrafos e incisos.

Assentada essa premissa, e para fins de aplicação das hipóteses de crime do art. 337 “E” do Código Penal, que também é classificado como norma penal em branco e, por isso, requer a complementação que estão dispostas nos arts. 74 e 75, da lei nº14.133/2021. Reforça-se, essa lei entrou em vigor no dia 01 de abril de 2021, e revogou a lei nº 8.666/1993.

No entanto, o legislador da nova lei concedeu aos gestores autorização para proceder abertura de processo licitatório por meio da lei nº8.666/1993, pelo período de 2 (dois) anos a contar da data de entrada em vigor da lei nº14.133/93, e vedou a combinação entre essas leis conforme consta no inciso II, art. 193. Então, se, de um lado, há permissão para o gestor licitar por meio das leis revogadas, isto é, dentro do período de transição, de outro, não há possibilidade de combinação entre a lei nº8.666/1993 e a lei nº14.133/21.

A partir disso, surgem duas hipóteses: a primeira, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos autorizou o gestor proceder com licitação por meio da lei nº8.666/1993 e da lei nº10.520/2002, pelo período de 2 (dois) anos, no entanto, essa autorização diz respeito aos procedimentos licitatórios¹⁴⁹: concorrência, tomada de preços e convite, art. 22, e a modalidade pregão, art.1º, todos os artigos das leis respectivamente.

¹⁴⁷ Nessa perspectiva, OSÓRIO expõe: “A velha tese de que a violação de um princípio é mais grave do que a vulneração de uma regra, em matéria de improbidade (que exige observância dos princípios da legalidade e tipicidade proibitiva), há que ser vista com reservas e cautelas, visto como princípios constitucionais que presidem o direito punitivo recomendam a incidência de normas como maior densidade e segurança jurídica na formatação dos tipos. A exigência de lesão grave aos princípios não exclui a lesão às regras que lhe são subjacentes. A lesão há de ser dúplice: aos princípios e às regras, inclusive aí reside parte da gravidade exigível. Simultaneamente, a ação ímproba vulnera regras e princípios. Não existe ação que venha a vulnerar tão somente princípios, ou apenas as regras. A incidência há de ser simultânea e obrigatoriamente conjunta”. In: OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 287.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 30 abr. 2021

¹⁴⁹ Como se observa este trabalho não trata das hipóteses de licitações previstas na lei nº 12.462/2011.

Frisa-se que o legislador da nova lei não fez menção expressamente de vedação de realizar dispensa ou inexigibilidade por meio da lei nº8.666/1993, contudo, subsiste a discussão relacionada à norma penal em branco, art. 89, pois era necessária a complementação para integração da norma de proibição, o que se dava por meio dos arts. 24 e 25 e as formalidades que estavam dispostas no art. 26, todos da lei nº8.666/1993. Nota-se que a norma integradora incriminadora decorre do mesmo diploma legal, sendo norma homogênea homovitelina, visto que decorre da mesma fonte legislativa. Porém, o legislador revogou a matéria penal que era prevista na lei nº8.666/1993, e atribuiu ao Código Penal, art. 337 “E”, que também é norma penal em branco e seu complemento são os arts. 74 e 75, todos da lei nº14.133/2021.

Logo, é sob este prisma que houve alteração da norma integradora do tipo penal. Assim, neste caso, como se vê, o complemento da norma penal em branco, prevista no art. 337 “E”, do Código Penal, está na lei nº14.133/2021, arts. 74 e 75, por isso, a norma penal em branco é chamada homogênea heterovitelina pelo fato de que o complemento do tipo penal decorre de leis distintas (Código Penal e Lei nº14.133/2021, respectivamente).

A segunda, considerando que o art. 89, da lei nº8.666/1993 necessitava de complemento, pois, tratava-se de norma penal em branco e, portanto, reforça-se complementava com os arts. 24 e 25, e também com as formalidades art. 26, todos da lei nº8.666/1993, e, após a revogação desta lei, o legislador deslocou essa tipificação para o Código Penal, conforme art. 337 “E”, que se complementa com os art. 74 e 75 e as formalidades do art.72, todos da lei nº14.133/2021.

A partir das hipóteses acima, surgem dois questionamentos: (i) diante da revogação das formalidades constantes no art. 26, e considerando a possibilidade de dispensar ou inexigir a licitação por meio dos fundamentos legais previstos nos arts. 24 e 25, todos da lei nº8.666/1993, o gestor haverá de atender as formalidades previstas no art. 72 da lei nº14.133/2021? A resposta é negativa. Isso porque, se assim agir, contraria ao disposto no art. 191 “[...], vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso, II, art. 193” ambos artigos da lei nº14.133/2021; e, (ii) o gestor deverá proceder com a dispensa ou inexigibilidade de licitação com fundamentos nos arts. 74 e 75 da lei nº14.133/2021 e observar as formalidades do art.72 desta mesma lei? Entende-se que sim.

Pelas seguintes razões: (a) seja porque esta lei entrou em vigor na data de sua publicação; (b) seja pelo fato de que não há margem para o gestor combinar a lei nº8.666/1993 e a lei nº14.133/2021; (c) seja porque o legislador ao revogar o art. 89 da lei nº8.666/1993, e ao atribuir para o Código Penal, art. 337 “E”, alterou substancialmente a redação da norma integradora proibitiva deste tipo penal, quais sejam os arts. 74 e 75, da lei nº14.133/2021, isto

é, em relação aos arts. 24 e 25 da norma integradora proibitiva do então revogado art. 89, todos da lei nº8.666/1993.

Por isso, são essas, em síntese, as alterações decorrentes da nova lei de licitações a respeito do art. 337 “E” do Código Penal, bem como a norma integradora de proibição, arts. 74 e 75 desta nova lei. Assim, e de ressaltar que, a matéria penal relacionada aos crimes licitatórios entrou em vigor a partir do dia 01 de abril de 2021, evidentemente, retroagindo os seus efeitos nos termos do art. 2º, do Código Penal.

De fato, indo um pouco além nesta discussão e ao considerar as alterações do tipo penal, art. 337-E, do Código Penal “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei” com relação ao seu anterior, art. 89 da lei nº8.666/1993 “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” resta clara a diferença entre os artigos.

Outro ponto que merece ser reforçado é o de que o legislador da lei nº14.133/2021 ao revogar a matéria criminal da lei nº8.666/1993, também revogou as disposições relacionadas às formalidades exigidas como condição de procedibilidade da dispensa ou inexigibilidade de licitação que estava previsto no art. 26 da lei nº8.666/1993. Por isso, a administração, ao pretender dispensar ou inexigir licitação, deverá utilizar o regramento legal previstos na lei nº14.133/2021, e não aplicar a lei nº8.666/1993.

Nessa linha de entendimento, o art. 72, da lei nº14.133/2021 dispõe sobre a formalidade referente ao processo de contratação direta, que compreende a hipótese de inexigibilidade ou de dispensa de licitação, que 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.

Razão pela qual, ao proceder com a dispensa e inexigibilidade de licitação, o responsável deverá atender às formalidades dispostas no art. 72 da lei nº14.133/2021, e não mais às formalidades previstas no art. 26 da lei nº8.666/93. Todavia, a não observância deste

art. 72 da lei nº14.133/2021 não enseja a hipótese de crime previsto no art. 337 “E” do Código Penal. Esse entendimento corrobora com art. 71, §4º e inciso II, §3º, art. 169, todos da lei nº14.133/93. Entretanto, a ausência de configuração de crime não exige o servidor que deu causa. Assim, deve ser apurada a sua responsabilidade por meio de procedimento administrativo, conforme já explicitado no capítulo 2.

Nesse contexto, é a partir dos artigos 74 e 75 da lei nº14.133/2021, que se verifica a hipótese de crime previsto no art. 337 “E” do Código Penal, visto que estes artigos são norma penal em branco e se complementam com aqueles, exigindo-se ainda a efetiva demonstração do dolo ou erro grosseiro e efetivo prejuízo¹⁵⁰ ao erário.

Em razão disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conferiu uniformidade na interpretação ao então revogado art. 89 da lei nº 8.666/993, agora seu equivalente é o art. 337 “E” do Código Penal, onde assentou que para a caracterização do ilícito é necessária a demonstração do dolo¹⁵¹ de burlar a legislação de licitação e o efetivo dano ao erário decorrente dessa ação, assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Inq nº 2.646, rel. Min. Ayres

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Habeas Corpus. Penal. Art. 89 Da Lei nº 8.666/1993. Dispensa de Licitação Mediante Fracionamento Da Contratação. Dolo Específico. Intenção de lesar a Administração Pública. Prejuízo efetivo ao Erário. Falta de demonstração. Conduta. Atipicidade. Extensão Da Ordem Aos Corréus (Art. 580 C/C Art. 654, § 2º, Ambos Do Cpp). 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. 2. Hipótese em que o paciente, prefeito do município, foi condenado como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por ter, juntamente com os membros da comissão de licitação, fracionado o serviço de transporte escolar em vários roteiros para, considerando o valor isolado de cada uma das linhas, dispensar o processo licitatório, em desacordo com o que determina o art. 23, §§ 2º e 5º e art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993. 3. Observa-se, contudo, a existência de condenação baseada no dolo genérico (dispensa ou inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses legais, com o objetivo de direcionamento da contratação), o que, segundo a jurisprudência desta Corte, não é suficiente para sustentar o decreto condenatório. 4. A sentença não fez qualquer referência à existência de deliberada intenção de causar prejuízos à Administração Pública ou à efetiva ocorrência do dano. Ao contrário, o magistrado de primeiro grau reconhece que os serviços foram restados e, ao afastar a conduta prevista no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, afirma, categoricamente, inexistir nos autos provas suficientes para comprovar o dolo do denunciado de efetuar pagamentos aos contratados superiores aos ajustados, sem qualquer justificativa para tanto. 5. Ordem concedida para absolver o paciente Cesar Augusto de Freitas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação da prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, com extensão dos efeitos aos corréus Ronildo Vieira Maciel, Tereza Maria Lopes de Brito e Amarildo Bezerra Leite (art. 580 do CPP). Pedido de reconsideração da decisão que apreciou o pleito liminar prejudicado. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 37ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caruaru/PE e à Primeira Turma do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior- Órgão Julgador T6 – Sexta Turma. DJ 08/09/2020- DJe 14/09/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 9, out. 2020.

¹⁵¹ Nesse sentido, para GRECO FILHO, “o dolo eventual se o agente, tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou declarar a inexigibilidade ainda que irregular”. In: GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63; de modo diverso, é preciso demonstrar o dolo específico, de modo que para configurar a dispensa ou a inexigibilidade da licitação o agente deve agir com objetivo específico de causar prejuízo ao erário, in: BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p.159.

Britto;¹⁵² Desta mesma forma, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e exigiu a demonstração do elemento subjetivo específico, como se pode extrair do Agravo no Recurso Especial n. 15826692¹⁵³.

Quanto à exigência do dolo, é outro ponto que merece ser ressaltado, mas sem a pretensão de esgotar o tema, visto que não é o objetivo deste trabalho. Por essas razões apenas frisa-se que para a configuração do ilícito previsto no art. 337 “E” do Código Penal, exige-se o dolo que compreende a vontade livre e consciente do agente de declarar a dispensa ou a inexigibilidade fora das hipóteses prevista em lei. Assim, sobre o dolo, oportuno expor a lição de João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

Para a doutrina majoritária, dolo é mais que intenção, dolo é consciência e vontade de fazer algo. Agir dolosamente significa *saber* o que faz e *querer* fazer, ou seja, existem duas dimensões no dolo: uma cognitiva e ou volitiva. Nas teorias cognitivas o conceito de dolo prevalece a vontade sobre o conhecimento. Nas teorias volitivas consideram, basicamente, que dolo consiste na vontade consciente do autor de realizar as circunstancia descritas no tipo penal. Para as teorias cognitivas, deve-se considerar o conhecimento do agente acerca do risco de seu comportamento e de seu provável desfecho com realização desse risco. As teorias cognitivas aproximam-se, cada vez mais, do tipo objetivo, que abrange a imputação objetiva. Ao contrário, as teorias volitivas impõem uma barreira entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo. No Brasil, tanto a doutrina (majoritária) como a jurisprudência adotam a teoria volitiva do dolo, de modo que as espécies de dolo e sua distinção para a culpa são elaboradas a partir do conceito de vontade¹⁵⁴.

Já com relação ao dano, devido à divergência entre as turmas do Supremo Tribunal Federal, tornou-se controversa a matéria concernente à caracterização do dano ao erário, pelo fato de que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal mantém aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, para configurar o crime do então revogado art. 89 da lei nº8.666/1993 é necessária a ocorrência de dano ao erário. Assim, verifica-se, por exemplo, o julgamento unânime do Inq 3.731, relator ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/3/2016.

Porém, a 1ª Turma, ao julgamento da AP 971, relator Min. Edson Fachin, DJE 11/10/2016 - Ata nº 153/2016. DJE nº 217, divulgado em 10/10/2016, posicionou-se de modo diverso, de forma que o voto condutor do acórdão é enfático ao expor que o crime do então revogado art. 89 da Lei 8.666/1993 é formal. Desta forma, a dispensa ou inexigibilidade consuma-se quando declarada fora das hipóteses legais e não exige o prejuízo ao erário, visto

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq N. 2.646-RN. Min. Rel. Ayres Britto. Noticiado no Informativo 576. DJE de 7.5.2010.** Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo589>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial n. 1582669/MG. Rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.3.2017,** publicado em 7 abr. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 13, jul. 2020.

¹⁵⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Shmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal.** 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018, p 488.

que o bem jurídico tutelado não está somente para o patrimônio público, mas tutela-se a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia¹⁵⁵.

Destaca-se, aqui, dentre os posicionamentos acima, o entendimento de que para a configuração de crime é necessário o dolo ou erro grosseiro e a efetiva comprovação do dano ao erário pois o art. 337 “E” do Código Penal classifica-se como crime material. Todavia, isso não dispensa a justificativa plausível, bem como os requisitos fáticos e legais da situação caracterizadora que dará fundamento e enquadramento legal da inexigibilidade, art. 74, ou da dispensa conforme incisos do art. 75, da lei nº14.133/2021, considerando a partir do inciso III¹⁵⁶, isto porque os incisos I e II trata da compra direta.

Diante disso, torna-se claro que a dispensa ou inexigibilidade de licitação é ato complexo, pois, além de exigir o devido enquadramento, também haverá a participação de diversos servidores, observância está relacionada ao princípio da segregação de funções, razão pela qual o fato de a autoridade superior ratificar o ato de dispensa ou inexigibilidade *a priori*, por si só, não é condição apta para violação do art. 337 “E” do Código Penal.

De mais a mais, a rigor, não se deve exigir do gestor público o conhecimento técnico relacionado ao objeto e conhecimento da legalidade, uma vez que pode surgir dúvida¹⁵⁷ sobre

¹⁵⁵HORBACH, Carlos Bastide; LISBOA, Carolina. **STF e dispensa irregular de licitação: incertezas em matéria penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-23/analise-constitucional-stf-dispensa-irregular-licitacao-incertezas-materia-penal#author>>. Acesso em: 12, out. 2020; Vale observar que a discussão decorreu, ante, contudo, da Emenda Regimental 49/1014, ‘que tem por objetivo a competência para julgamento de inquéritos e ações penais envolvendo autoridade detentor de foro privilegiado’, sendo que essa Emenda Regimental foi objeto de ADI 5.175, relator ministro Gilmar Mendes, ajuizada pela Mesa da Câmara dos Deputados, ocorre que o Tribunal, por unanimidade, julgou improcedentes os pedidos formulados na ação direta, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 12.6.2020 a 19.6.2020. Assim sendo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, mantém o entendimento do voto condutor do Rel. M. Edson Fachin, calcado no julgamento do AP. nº971. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP. nº971**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4910640>>. Acesso em: 12 de out. 2020.

¹⁵⁶ Com relação aos incisos I e II do art. 75 da lei nº14.133/2021, será tratado no item 3.1. Dispensa de licitação em razão do valor e as hipóteses de fracionamento do procedimento licitatório.

¹⁵⁷ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. “Ao surgir a dúvida, surge o dever de resolvê-la, e esse é o raciocínio simples que deve orientar a resolução dos problemas. Afinal, a decisão sobre o lícito e o ilícito é, em ordens jurídicas codificadas, exclusivamente do legislador. Dos cidadãos não se pode esperar mais do que uma tentativa conforme o dever que lhes incumbe de se informar a respeito dessa decisão. Em linguagem de teoria das normas, a dúvida sobre a norma de conduta faz surgir uma ordem secundária de conteúdo *informe-se*. [...]. Este dever de informação, cujo nascimento se dá no instante em que a dúvida sobre a proibição é instaurada, possui natureza *instrumental*, isto é, não representa um fim em si mesmo, mas visa a conduzir o sujeito à consciência segura da licitude ou ilicitude de seu atuar, o que implica dizer que, caso o esgotamento desse dever não conduza à consciência seguro do injusto, a declaração de inevitabilidade do erro de proibição é consequência que se impõe. Essa observação é igualmente relevante para esclarecer que a violação desse dever de informação que fundamenta a culpabilidade do sujeito nos casos de erro de proibição evitáveis, mas sim o próprio atuar injusto em situação tal que era esperado do sujeito que utilizasse sua dúvida como um motivo para pesquisar os limites da ordem jurídica, e que esta pesquisa conduzisse àquela representação segura de ilicitude que justifica o fechamento das portas da análise da inevitabilidade do erro de proibição. O fundamento nesses casos repousa na possibilidade de o Estado exigir uma abstenção categórica por parte do sujeito” In: LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 145.

a legalidade da dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que impõe ao gestor o dever de buscar as informações necessárias, com a finalidade de esclarecê-las e, somente após, decidir pelo seguimento do procedimento pretendido pela administração pública.

Nessa mesma linha de entendimento, Alaor Leite elenca três critérios “1º cumprimento do dever de informação; 2º O atuar nos limites da dúvida; e 3º dever possível e eficaz de informação [...] que orientam a evitabilidade da dúvida sobre o erro de proibição”¹⁵⁸.

Portanto, se o gestor público declarar a dispensa ou a inexigibilidade com base em parecer técnico do setor competente e demonstrar que agiu dentro dos limites da dúvida, é evidente que buscou todas as informações necessárias, assim, configura-se a hipótese de erro de proibição e não dolo eventual pois a presença de erro não está no plano do dolo e sim no plano do erro de proibição¹⁵⁹. Aliás, a “tese segundo a qual a dúvida sobre a proibição deve ser tratada como erro de proibição, pautado nos seguintes critérios: a plausibilidade jurídica da dúvida; a existência de um dever possível e eficaz de informação; e a atuação nos limites da dúvida”¹⁶⁰.

Percebe-se, denota-se ênfase no critério de dever de informação “como categoria própria da dogmática da evitabilidade do erro de proibição”,¹⁶¹ conforme exposto no capítulo 2. Então, na hipótese da dúvida, deve o agente responsável pela dispensa ou inexigibilidade examinar a sua evitabilidade uma vez que impõe ao gestor a busca pela informação. Porém, se não demonstrar, por exemplo, que solicitou parecer jurídico, parecer técnico do departamento ou da secretaria que requisitou o objeto, poder-se-ão implicar consequências no exame da evitabilidade da dúvida sobre o erro de proibição.

No entanto, sendo diligente, inclusive esgotando seu dever de obter todas as informações, mesmo que não obtenha resultado de forma clara sobre a licitude de sua atuação,

¹⁵⁸ “São três os critérios: 1º O cumprimento do dever de informação e o atuar nos limites da dúvida dever ser analisados de forma mais objetiva (ou o sujeito cumpriu o dever, ou não; ou atuou nos limites da dúvida, ou não); 2º critério: O atuar nos limites da dúvida, quando o autor atua sob estado de dúvida sobre a proibição e, por ex., busca em fonte confiável informação jurídica, deve ele atuar nos limites da dúvida, ou, dito de outro modo, no limites da informação que recebeu. A situação juridicamente duvidosa, ainda que deva ser atribuída à ordem jurídica e não ao sujeito, não é uma autorização geral para que os sujeitos atuem da forma como quiserem ou da forma que melhor os beneficiar; p. 3º critério: dever possível e eficaz de informação. Caso o sujeito queira atuar¹⁵⁸, deve buscar esclarecimento de sua dúvida. A violação desse dever de informação não funda a culpabilidade do sujeito, e em razão disso é que é preciso adicionar a eles dois atributos: o cumprimento desse dever deve ser possível ao sujeito, e a informação decorrente do cumprimento deve ser eficaz. A possibilidade se refere ao *dever* e a eficácia se refere à *informação*”. In:art. 76, p. 152, 154 e 155.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 18-19.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 26-27

¹⁶¹ Ibidem, p. 27.

ou seja, ratificar o ato da dispensa ou inexigibilidade, é de se concluir que a declaração de inevitabilidade deste erro de proibição é a solução que deve prevalecer¹⁶².

Então, diante dessas circunstâncias se, de fato, forem observados todos os cuidados necessários que estão dentro do feixe de atribuição do responsável, e com a comprovação de que buscou todas as informações disponíveis e, tão somente, após ratificar o ato de dispensa ou inexigibilidade com supedâneo nas manifestações dos servidores que, em regra, detém o conhecimento da situação fática, que enseja as hipóteses previstas nos arts. 74 e 75 da lei nº14.133/2021, não haverá de responder na hipótese de violação do art. 337 “E” do Código Penal.

Nesse caso, entende-se que aquele que declarou o ato de dispensa ou inexigibilidade não deve ser responsabilizado somente por ocupar a posição de hierarquia, sendo então, responsável aquele que deu causa à irregularidade, conforme arts. §1º, art. 71; §1º, art. 124; art. 149; art 150; inciso II, §3º, art. 169. Salvo comprovado as disposições do art. 29 do Código Penal.

Ademais, o legislador da nova lei de licitações foi enfático com relação à segregação de funções e individualização das condutas nos termos do §3º, II, art. 169 “quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, (...) apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, (...)”.

Assim, deve-se concluir, então, que, para imputar violação da norma prevista no art. 337 “E” do Código Penal, torna-se necessário, antes, verificar em qual ponto do procedimento da dispensa ou inexigibilidade ocorreu a ilegalidade, e deve o órgão ministerial comprovar os requisitos objetivos e os subjetivos dos envolvidos¹⁶³ para, ao final, individualizar a conduta.

Na sequência, no próximo tópico, serão tratadas a dispensa previstas nos I e II do art. 75, bem como as hipóteses de fracionamento do procedimento licitatório.

¹⁶² Ibidem, p. 150.

¹⁶³ Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado [...]”. (HC nº 88.875, rel. Min. Celso de Mello). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588636/habeas-corpus-hc-88875-am-stf/inteiro-teor-110380446?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

3.1. Dispensa de licitação em razão do valor e as hipóteses de fracionamento do procedimento licitatório.

Antes, é importante reforçar que o art. 337 “E” é norma penal em branco, o que requer a complementação, então, no caso de fracionamento de licitação. Uma das hipóteses é a de que o complemento se dá por meio dos incisos I e II do art. 75 da lei nº14.133/2021.

Cumpra-se dizer que o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos não fez previsão expressa das hipóteses de fracionamento de licitação, no entanto, entende-se que § 1º, do art. 75, contemplou, de forma implícita, conforme se pode notar:

Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados: I o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; II o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Assim, dentro deste ponto de vista, é certo que os servidores públicos lotados no departamento de compras, licitações e almoxarifado tenham real conhecimento das demandas e dos contratos de natureza contínua, uma vez que, estando bem definidos e planejados, evitar-se-ão as compras diretas, incisos I e II, art. 75, da lei nº14.133/2021, com risco de incorrer no chamado “fracionamento¹⁶⁴” e, por consequência, ser apontado como irregular pelo controle interno ou julgamento irregular pelo Tribunal de Contas, o que, em tese, pode levar à abertura de procedimento administrativo para apurar responsabilidade daqueles que deram causa, inclusive poderá ensejar ação de improbidade¹⁶⁵.

Isso porque não é ocioso perceber que, com certa frequência, os departamentos de compras e licitações realizam “compras diretas¹⁶⁶” sob o argumento de que o valor não ultrapassa o limite permitido. Ocorre que, na maioria das vezes, não existe emergência, mas sim a falta de planejamento das compras e contratações de serviços, e, por isso, os órgãos públicos efetuam suas compras de forma demasiada através da dispensa em razão do valor.

¹⁶⁴ “Consoante orientação do Plenário do TCU, as aquisições de produtos de mesma natureza devem ser planejadas de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido. A ausência de planejamento e a utilização do art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/93 para justificar a dispensa de licitação, nesses casos, caracterizam fracionamento indevido de despesa. (Acórdão nº 3.412/2013 – Plenário)”. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/tag/fracionamento/>>. Acesso em 30, set. 2020.

¹⁶⁵ “A aquisição de cestas básicas pelo Município [omissis] era uma despesa de natureza contínua, realizada praticamente mês a mês ao longo de mais de um exercício financeiro junto ao mesmo fornecedor, razão pela qual deveria ter sido observado o valor total das despesas previstas para tal contratação durante toda a possível vigência do contrato para aferição da necessidade de licitação”. Com base nesses fundamentos, o relator votou pelo provimento da apelação para julgar procedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa e condenar o gestor público pela prática do ato ímprobo descrito no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/1992. TJ/MG, AC nº 1.0183.07.132043-0/001.

¹⁶⁶ Em termos técnicos, dispensa da licitação em razão do valor, incisos I e II do art. 75 da lei nº14.133/2021.

Neste cenário, para uma solução, necessita-se implementar metodologia na gestão das compras e contratações de serviços, evidentemente, pautada em estudos que demonstrem os indicadores de gastos *vs.* estoque, o que proporcionará equilíbrio nas devidas quantidades, qualidades dos produtos adquiridos, melhores preços e alcançando eficiência nas contratações.

De outra maneira, ao proceder com a dispensa prevista nos incisos I e II, art. 75 da lei nº14.133/2021, entende-se que não são requeridas as mesmas exigências previstas nos demais incisos. Nesse sentido, leciona Diógenes Gasparini “pequenas obras ou a prestação de singelos serviços de engenharia também as compras de pequeno vulto são medidas simples que não se compatibilizam com procedimentos solenes, dotados de formalidades que só emperrariam a atividade da administração, sem vantagem alguma¹⁶⁷”.

Em verdade, o legislador autorizou procedimento mais simples, isto é, a conhecida “*compra direta*”¹⁶⁸ bastando: requisição do departamento solicitante, cotações de preços, nos moldes do art. 75, § 3º “As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis (...), devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa reserva orçamentária e empenho”. Além disso, é necessário: i) cartão CNPJ; ii) certidão FGTS; iii) certidão conjunta da fazenda nacional; iv) certidão trabalhista; v) pesquisa de apenados no *site* do TCE/SP; vi) pesquisa de condenação civis por improbidade administrativa no *site* do CNJ.

Pode-se, então, dizer que os incisos I e II, art. 75 estão fora da obrigatoriedade de cumprimento de todas as exigências dispostas no art. 72, ambos da lei nº14.133/2021. Todavia, a administração deve fazer o planejamento de suas necessidades ao longo do exercício, a fim de evitar o fracionamento intencional e, mais que isso, burlar o sistema licitatório e, sobretudo, causar prejuízos ao Erário. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

[...] é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor da contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art.24, I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação. Não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente¹⁶⁹.

¹⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 581.

¹⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 239. A autora entende que a lei 8.666/93 arrola os casos em que não se realiza processo licitatório da contratação, havendo, conforme o caso, um procedimento interno, por isso tais hipóteses são denominadas de contratação direta.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, p. 228-229. Prossegue JUSTEN FILHO: “A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com

Nesse aspecto, o legislador fez previsão expressa de parâmetros para enquadramento dos valores previstos nos incisos, I e II do art. 75, e de forma implícita sobre o fracionamento, nos termos dos parágrafos 1º, 2º e 3º, art. 75¹⁷⁰, todos da lei nº14.133/2021.

Por isso que a administração, ao fazer o planejamento, deve levar em consideração o período do exercício, ou seja, planejar para o ano todo e, ao proceder assim, obterá o valor global do objeto pretendido e deverá enquadrar em uma das modalidades de licitação compatível com o valor global, de modo que a dispensa em razão do valor será reservada, tão somente, para compras ou serviços de pequena monta, que não comportam o planejamento para todo o exercício.

Sobre essa matéria, sob a vigência da lei nº8.666/1993, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo decidiu pela irregularidade da dispensa prevista no inciso II do art. 24, visto que ocorreu fracionamento de forma indevida:

Ementa: Recurso Ordinário. Fracionamento da despesa. Ausência de licitação. Conhecido e não provido. O fracionamento indevido da despesa descaracteriza a hipótese de dispensa de licitação preceituada pelo artigo 24, II da Lei 8.666/93. A ausência de realização de licitação, para a consecução de objeto cujas despesas imponham a adoção desse procedimento, configura violação ao disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, bem como no artigo 2º da Lei Federal nº 8.666/93, justificando a aplicação da multa pecuniária à recorrente, sanção essa prevista no artigo 104, II, da Lei Complementar nº 709/93, não se afigurando razoável que Administrador Público possa alegar falhas procedimentais internas para furtar-se ao procedimento estabelecido para a realização de despesas a cargo do ente pelo qual responde. A própria dispensa de licitação, se cabível fosse, haveria de ser devidamente formalizada e justificada, especialmente em relação à escolha dos fornecedores e à demonstração da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, situação igualmente não verificada nos autos. Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso, mantendo-se, na íntegra, todos os termos da r. sentença combatida, inclusive quanto à sanção aplicada à gestora¹⁷¹.

quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível”.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 75 “(..); para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados: I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei. § 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. § 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷¹ BRASIL. **Tribunal de Contas de São Paulo**. Processo nº 00011973.989.18- rel. Conselheiro-Substituto Márcio Martins de Camargo - Segunda Câmara Sessão: 21/8/2018. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/676606.pdf>. Acesso em: 15, jun. 2020.

Porém, entende-se que, na hipótese de fracionamento decorrente da dispensa em razão do valor, a interpretação que dispõe o art. 337 “E”, do Código Penal deve ser feita conjuntamente com os incisos I e II, art. 75 da lei nº 14.133/2021. Além de ser norma integradora do tipo penal, também essa combinação pode configurar a hipótese de causa de justificação da primeira compra ou contratação de serviço, com relação às subseqüentes “compras direta”. Nessas circunstâncias, também, deve-se levar em consideração o tempo de cada aquisição ou contratação do serviço, bem como o local da execução.

Além do mais, exige-se a comprovação, do dolo, da má-fé ou desonestidade do responsável pela *compra direta*. De modo que, demonstrada a justificativa com a devida comprovação dos requisitos legais, entende-se que daí não se caracteriza a hipótese de fracionamento¹⁷², reforça-se, desde que presente a causa de justificação, não haverá violação do art. 337 “E” do Código Penal.

3.1.1. A contratação indevida e a responsabilidade do contratado.

Como se pode notar, até esse ponto tratou-se de reponsabilidade do responsável pela dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Ocorre que, o então revogado parágrafo único¹⁷³ do art. 89 da lei nº 8.666/1993 tipificava como crime aquele que se beneficiou da dispensa ou inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o poder público, ou seja, o particular.

Sublinhe-se que a norma revogada dizia respeito ao particular que beneficiou da dispensa ou inexigibilidade ilegal. Com isso, surgiram duas hipóteses: a uma, a assinatura do

¹⁷² BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Processo nº 0035567-39.2014.4.01.0000. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Ausência de fundamentação. Necessidade de fundamentação. Indícios não demonstrados. Dolo não caracterizado. Inexistência de ato de improbidade. 1. A ação civil por Ato de Improbidade Administrativa deve ser rejeitada se o juiz ficar convencido da inexistência de ato de improbidade, ou seja, não ocorrência do ato ilegal, revestido de má-fé ou desonestidade de servidor ou agente público para com a Administração. 2. Somente pode haver improbidade quando a conduta do agente “destoa nítida e manifestamente das pautas morais básicas, transgredindo, assim, os deveres de retidão e de lealdade ao interesse público” (STJ – Recurso Especial 213.994/MG). 3. Não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. 4. A mera ilegalidade do ato ou inabilidade do agente público que o pratica nem sempre pode ser enquadrada como improbidade administrativa. O ato ímprobo, além de ilegal, é pautado pela desonestidade, deslealdade funcional e má-fé. 5. Agravo de instrumento provido para rejeitar a petição inicial de improbidade administrativa contra o ora agravante. TRF-1, AG 355673920144010000, Rel. Des. Ney Bello, publicado em 31/10/2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁷³ Lei nº 8666/93. Art. 89, 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”. (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021).

contrato passa a ser elementar do tipo como requisito de procedibilidade para a imputação criminal; a duas, o delito do parágrafo único era autônomo.

Nesse contexto, antes da revogação, já se entendia que, na primeira hipótese, era preciso mais, exigia-se a demonstração do dano ao erário para a imputação criminal, e isso porque o fato de assinar o instrumento de contrato decorrente da dispensa ou inexigibilidade, por si só, não era condição para imputar a ilegalidade. Todavia, para esse entendimento, levava-se em consideração a classificação do crime previsto no então revogado art. 89, da lei nº 8.666/1993.

Assim, para aqueles que advogavam ser crime material e de dano, seria necessário o prejuízo¹⁷⁴. Outros advogavam ser crime de perigo abstrato, o que dispensava o prejuízo, bastando, tão somente, a assinatura do instrumento contratual. Nesse sentido, Baltazar Junior assevera que “consume-se com o mero ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de prejuízo para a administração, cuidando-se de crime formal ou de mera conduta e de perigo abstrato”¹⁷⁵. Desse mesmo modo, Vicente Greco Filho classifica como crime de perigo abstrato:

Não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar-lhe prejuízo. O contrato pode ser necessário e adequado, a incriminação está na dispensa ou na inexigibilidade da licitação, independentemente de prejuízo. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Jr. Segundo seu entendimento, o dano está na violação ao interesse da Administração em que seja cumprido o princípio da isonomia e da proposta mais vantajosa, o que ocorre quando uma licitação deixa de ser realizada por ser considerada, ilegalmente, dispensável ou inexigível. Conclui tratar-se de dano *sui generis*, causado ao próprio interesse de regularidade, transparência e licitude da atividade administrativa e não ao interesse patrimonial da Administração¹⁷⁶.

Com efeito, ao trazer esse cenário à temática deste trabalho, resta claro que, à classificação do crime do então revogado art. 89 e seu parágrafo único, da lei nº 8.666/1993, tratava-se de crime material e, por conseguinte, exige-se o dano, uma vez que o legislador da norma penal buscou proteger o cofre público, o que impõe o efetivo prejuízo ao erário decorrente da dispensa ou inexigibilidade, para fins de responsabilidade penal.

Na segunda hipótese, o crime previsto no parágrafo único, art. 89, como dito acima, tratava-se de crime autônomo¹⁷⁷ pois o particular não respondia em coautoria com o servidor

¹⁷⁴ “Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à administração”, in JUSTEN Filho, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 1172.

¹⁷⁵ JUNIOR. José Paulo Baltazar. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 906.

¹⁷⁶ GRECO Filho, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

¹⁷⁷ “Por ter sido estabelecida tal exigência e criada uma figura autônoma, a opinião predominante é a de que não se admite a participação do contratado na conduta do *caput* do artigo. Caso contrário, o parágrafo restaria inócuo. Não teria sido criado, se a intervenção penal se contentasse com qualquer contribuição para a falta de licitação, independentemente de desiderato espúrio, como a vantagem própria ou prejuízo ao erário. E de perspectiva de

público e, por isso, o ato de ratificação da dispensa ou inexigibilidade não comunicava com o particular¹⁷⁸.

Deveras, com a entrada em vigor da lei nº14.133/2021, o legislador fez previsão expressa de imputação de crime ao particular, desde que: a contratação seja indevida, esteja presente o dolo, fraude ou erro grosseiro e o dano ao erário. Nessa configuração, o contratado e o agente político responsável responderão solidariamente, conforme dispõe o art. 73 “Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

Percebe-se que, antes, a elementar do tipo, “parágrafo único do art. 89 da lei nº8.666/1993”, era assinatura do contrato, e, agora, com a nova lei de licitações e contratos administrativos passa a ser, além do dolo, fraude ou erro grosseiro, também a comprovação do prejuízo. Com isso, fica claro que o legislador quis proteger o cofre público para fins penais e, por isso, com o respeito que merece, não há mais razões para sustentar crime formal.

No que tange ao sujeito ativo disposto no *caput* do revogado art. 89, da lei nº8.666/1993, era aquele que detinha a competência para ratificar a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, Sidney Bittencourt posiciona que:

As condutas puníveis indicadas só podem ser cometidas por servidor público, levando em conta o sentido amplo dado pelo art. 84, que considera como aquele que exerce cargo, função ou emprego público, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração. Contudo, não seria qualquer servidor, mas somente o agente que tenha recebido oficialmente a atribuição para a declaração de dispensa ou inexigibilidade licitatória¹⁷⁹.

lesão ao bem jurídico. ARAÚJO apud BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 160.

¹⁷⁸ De outro modo: “Consuma-se a infração com o benefício da dispensa ou inexigibilidade, benefício esse que somente ocorre para o particular ao celebrar o contrato. A proposição “para celebrar contrato com o Poder Público” é elemento subjetivo do tipo, finalidade que deve estar presente no momento da conduta (concorrer para a prática da dispensa ou inexigibilidade ilegal), mas pertence ao tipo também o beneficiar-se da dispensa, o que somente ocorre se o contrato é assinado”. In: GRECO Filho, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63; Sidney Bittencourt assevera que no caso do parágrafo único: “Penaliza igualmente o particular (extraneus) que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da dispensa ou inexigibilidade ilegal, disso tenha se beneficiado para celebrar contrato com o Poder Público, ao dolo genérico de contribuir para o afastamento ilegal da licitação, deve-se somar o dolo específico, consistente em concorrer para a ilegalidade com o intuito de celebrar contrato com a Administração”. In: BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 60.

¹⁷⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 156; No mesmo sentido, Gasparini: “No entanto, não é qualquer servidor público, mas somente o competente para declarar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação ou o que, também competente, não observar as formalidades desses procedimentos, consoante exigido pelo art. 26 da Lei Federal Licitatória”, in GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. São Paulo: NDJ, 1996, p. 92.

De outra forma, Vicente Greco Filho assevera que “o administrador que, não sendo competente para tal, decreta a dispensa ou a inexigibilidade em caso, em tese, adequado. Ocorre, na hipótese, o crime porque, havendo incompetência da autoridade, também há ilegalidade na dispensa¹⁸⁰”. Frisa-se que se está, aqui, de acordo com Sidney Bittencourt, e isso porque na falta de competência do servidor que declarava a dispensa ou inexigibilidade de licitação, tornava-se o procedimento nulo, nos termos do art. 59 da lei nº8.666/93: “A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”; e o disposto no art. 53 da lei nº9784/1999: “A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos¹⁸¹”.

Desse modo, atribuir validade do ato de dispensa ou inexigibilidade declarado por servidor incompetente, além de negar vigência aos artigos acima transcritos, extrapola a norma jurídica pois é imprescindível que essa atribuição de declarar ou inexigir licitação deve estar dentro do feixe de atribuição do agente. Todavia, não há nada que impeça que o servidor seja responsabilizado administrativamente pelos seus atos cometidos.

Quanto ao agravamento da pena, este diz respeito tão somente para o servidor ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança. Nesse caso, a pena será aumentada à terça parte, nos termos do parágrafo segundo do art. 84 da lei nº8.666/1993. Porém, esse aumento não está para a autoridade máxima do órgão, por exemplo, o prefeito, pelo fato de que este não exerce função de confiança ou cargo em comissão e, sobretudo, porque era a elementar do então revogado art. 89 da lei nº8.666/1993.

Nesse sentido, foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.509.998 - CE 2015/0017973-6¹⁸². Ocorre que, com a revogação dos tipos penais

¹⁸⁰ GRECO Filho, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61; Com entendimento diverso, posiciona André Guilherme Tavares de Freitas: “Apesar de entendermos que o servidor incompetente (sem atribuição) também pode praticar este crime, discordamos do argumento empossado por Greco Filho, tendo em vista que a incompetência do funcionário para a prática do ato observado não pode servir, por si só, para a configuração do crime, sob pena de estarmos emprestando uma leitura meramente causalista ao tipo penal em espécie, considerando, simplesmente, a mera causação mecânica do resultado, olvidando a finalidade (dolo) do agente ao praticar a conduta”, in FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 46.

¹⁸¹ Brasil. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 07 jun. 2020.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.509.998 - CE 2015/0017973-6** "Não vislumbro a presença da mesma, pois o ilícito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666 93 somente pode ser cometido por servidor com - capacidade para dispensar ou inexigir procedimento licitatório, de modo que é incabível a incidência da agravante prevista no. Artigo 61, II, g, do Código Penal por ser a violação de dever inerente a cargo uma elementar do tipo." (e-STJ, fl. 188) A propósito, verifique-se que a Corte local não destoou do entendimento sufragado por este Tribunal: "Penal. Habeas Corpus. Dispensa De Licitação Fora Das Hipóteses Legais. Dosimetria Da Pena.

previstos na lei nº8.666/1993, introduziu no Código Penal o 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”. Então, entende-se que, no tocante ao agravamento da pena, aplica-se a mesma interpretação dado ao art. 84, da lei nº8.666/1993.

No próximo tópico, será tratado o artigo 337 “F” do Código Penal, Súmula 645 do Superior Tribunal de Justiça vs. prejuízo ao erário. Frisa-se que esta Súmula foi editada sob a égide da lei nº 8.666/1993, onde ficou assentado que o crime disposto no então revogado art. 90 é crime formal e, portanto, prescinde o dano ao erário.

Com isso, há uma diferença estabelecida entre o ilícito do então revogado art. 89, da lei nº8.666/1993, que exigia a efetiva comprovação do prejuízo ao erário e, portanto, era considerado crime material, e o entendimento para a configuração de crime previsto no revogado art.90 prescinde o prejuízo, sendo crime formal. Este é o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, serão analisadas essas diferenças, isto é, se para o art. 89 é necessário além do dolo a efetiva comprovação do prejuízo ao erário, e para o art. 90 não há necessidade de demonstrar o dano ao erário. Por isso, a partir dessa diferença, buscar-se-ão resposta se essas diferenças são decorrentes de uma construção jurisprudencial e, por isso, não deveria haver porque estar-se-ia diante de uma racionalidade da lei.

Vale reforçar que o art. 337 “F” do Código Penal é o dispositivo equivalente ao então revogado art. 90, da lei nº8.666/1993.

Fundamentação. Insuficiente. Pena-Base. Exasperação. Circunstâncias Judiciais. Integrantes Do Tipo. Causas De Aumento. Quantidade Excessiva. Precedentes. [...] 3 - A condição de agente político (Prefeito Municipal) é elementar do tipo penal descrito no caput do art. 89 da Lei 8.666/93, não podendo, portanto, ser sopesada como circunstância judicial desfavorável. [...] 5. Ordem concedida, parcialmente." (HC 108.989/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, Julgado Em 28/10/2008, Dje 17/11/2008). Habeas Corpus. Processual Penal. Ausência De Abertura De Prazo Para Substituição de testemunhas. Supressão de instância. Inexigência de Licitação. Lei N. 8.666/1993, Art. 89. Agravamento Da Pena-Base Pela Condição De Prefeito Do Réu. Impossibilidade. A Qualidade De Agente Público É Elementar Ao Tipo Penal Descrito No Art. 89. Precedentes. [...] 2. Diz a jurisprudência preponderante desta Corte que a condição de agente político (prefeito municipal) é elementar do tipo penal descrito no caput do art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas. 3. No caso, diante dos precedentes, não é possível manter como motivo para a elevação da pena-base a motivação e as circunstâncias do crime fundadas na condição de prefeito do paciente. 4. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, ordem concedida para reduzir a pena do paciente." (HC 163.204/PB, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 19/10/2012). Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?i=1&b=DTXT&livre=\(RESP+e+1509998\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?i=1&b=DTXT&livre=(RESP+e+1509998))> Acesso em: 07 jun. 2020

3.2. Frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório

Nesse ponto, repete-se, o legislador Constitucional e Infraconstitucional impuseram a obrigatoriedade à administração pública de utilizar o procedimento licitatório para contratações de serviços e nas hipóteses de compras. Contudo, deve-se atender aos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como aqueles elencados no art. 5º¹⁸³ da lei nº 14.133/2021.

Salienta-se que o legislador da lei de licitações tutelou o patrimônio público, a moralidade administrativa, bem como a excepcionalidade do procedimento licitatório de dispensa e inexigibilidade da licitação¹⁸⁴, notando-se que se reforça o dever de proteção ao bem jurídico¹⁸⁵.

Então, é possível afirmar que as exigências legais demonstram assegurar lisura¹⁸⁶ nos procedimentos de contratações no âmbito da administração pública. Assim, diante de vários sentidos, exige-se observância no tocante ao rito e às formalidades legais nos procedimentos licitatórios.

É por isso que, antes, deve a área requisitante fazer as avaliações necessárias com a finalidade de elaborar o termo de referência ou projeto básico, evidentemente, respeitando as formalidades exigidas, bem como não fazer inserções de cláusulas restritivas que inviabilize a competitividade do certame, conforme dispõe o art. 9º, lei nº 14.133/2021, inciso I “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas”. Nesse mesmo contexto, o legislador da nova lei de licitações fez previsão expressa sobre a proposta comercial, conforme dispõe o inciso I, art. 11 “assegurar a

¹⁸³ Brasil. **Lei nº14.133 de 01 de abril de 2021**. Art.5º “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁸⁴ GRECO Filho, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60

¹⁸⁵ Diante disso, a proteção ao bem jurídico tem como limite a norma. Desse teor, aliás, em termos mais abrangente, João Paulo Orsini Martinelli expõe um conceito dogmático do bem jurídico “[...] O conceito dogmático é o interesse contido na norma e que se pretende proteger. Não se pode extrapolar o tipo penal para definir o bem jurídico. Ir além do tipo penal para justificar uma incriminação significa exceder o poder punitivo conferido ao Estado de buscar uma proteção pretendida pelo legislador. O conceito dogmático restringe o alcance da interpretação do julgador porque está estritamente relacionado à tipicidade formal (a mera adequação do comportamento ao tipo penal)” in MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: LiberArs, 2015, passim.

¹⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 155.

seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”.

Como se pode observar, essa é razão de que a administração deve se abster de inserir exigências além do necessário para a contratação de serviço ou a aquisição de determinado produto ou objeto, a fim de não comprometer a disputa entre os licitantes. Nesse sentido, Sidney Bittencourt assevera:

Nesse curso, o ato convocatório deverá estabelecer regras para o certame respeitando as exigências necessárias para assegurar a proposta mais vantajosa, sendo inválidas as que maculem o caráter competitivo da licitação, uma vez que, nos casos de competição inviável, a lei autoriza a contratação direta. O preceptivo reprime, ainda, a discriminação [...] ou de qualquer outra circunstância impeditiva ou irrelevante para o objeto pretendido¹⁸⁷

Frisa-se que todo procedimento licitatório inicia-se com a fase do planejamento e, por isso, essa fase é mais sensível pois é a partir deste ponto que se extrai o termo de referência, projeto básico e o projeto executivo, sendo assim, é nesse documento que a administração faz suas exigências relacionadas à especificidade do objeto pretendido. Lembrando que as formalidades devem estar presentes em todas as fases do procedimento licitatório, inclusive na fase da execução contratual, conforme exposto no capítulo 1.

No entanto, se o servidor, ao elaborar o termo de referência¹⁸⁸ ou projeto básico, inserir exigências restritivas com intuito de favorecer outrem, certamente, macula o procedimento licitatório. Porém, é de rigor que, na hipótese de haver cláusula restritiva que comprometa o caráter competitivo do procedimento licitatório e, se durante o desenrolar for constatada qualquer irregularidade, o servidor que se deparar com tal situação de vício haverá de levá-la ao conhecimento da autoridade superior, que tomará as devidas providências com a finalidade de expurgar os vícios e, ainda, apurar as responsabilidades de quem deu causa, nos termos do §1º, art. 71 “Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis¹⁸⁹, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à

¹⁸⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da Lei nº8.666/93. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 88.

¹⁸⁸ Vale lembrar que esse documento “termo de referência ou projeto básico” faz parte do edital como um dos anexos, e se houver cláusulas restritivas haverá inviabilidade de competição e, ainda, compromete a competitividade da licitação.

¹⁸⁹ Sublinhe-se, é dever da administração pública aplicar o Princípio da “Autotutela”, esse princípio estabelece que a Administração Pública possui o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo diretamente, nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal e art. 53 da Lei 9784/99. Nesse diapasão, o princípio da autotutela envolve dois aspectos da atuação administrativa: i) legalidade: em relação ao qual a Administração procede, de ofício ou por provocação, a anulação de atos ilegais; e ii) mérito: em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou

apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa”, e § 3º, II, art. 169 da lei nº 14.133/2021, conforme exposto no capítulo 2.

De outro modo, frisa-se que o entendimento relacionado ao então revogado art. 90, da lei nº8666/1993, é crime formal e, por conseguinte, exige-se que o ato fraudulento tenha o condão de frustrar ou fraudar a competitividade do certame “jogo de cartas marcadas¹⁹⁰”, não exigindo, para tanto, o efetivo prejuízo ao erário¹⁹¹, mas, tão somente, a demonstração do ajuste, combinação ou outro qualquer expediente.

Nesse sentido, ainda sob a égide da lei nº8.666/1993 decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal e prescinde da existência de prejuízo ao erário, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, causada pela frustração ou pela fraude no procedimento licitatório¹⁹²”. Nesse mesmo sentido, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça

Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o art. 90 desta lei não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. De fato, a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública. (REsp n. 1.484.415/DF, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/2/2016), não havendo falar em necessidade de comprovação de prejuízo à Administração ou mesmo em obtenção de lucro pelos agentes” AgRg no REsp 1.824.310/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09/06/2020¹⁹³.

Sob esse posicionamento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, boa parte da doutrina advoga que o crime previsto no então revogado art. 90 da lei nº8.666/1993,

desfazimento (revogação). In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35.

¹⁹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 906.

¹⁹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ - AGRG NO RESP 1793069 / PR 2019/0021797-6 “Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, o delito descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, é formal, bastando para se consumir a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (HC 341.341/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018). 4. É perfeitamente factível a incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, g, do Código Penal no crime de fraude em licitação, porquanto foi violado dever inerente à função pública que o recorrente exercia, circunstância que não integra o tipo previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 (REsp 1484415/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 22/02/2016). 2. Agravo regimental desprovido. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2375068>>. Acesso em 04, nov. 2020.

¹⁹²BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses. <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-07/stj-divulga-14-teses-corte-crimes-lei-licitacoes>>. Acesso em: 03, nov. 2020.

¹⁹³BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **CAO -CRIM. Boletim Criminal Comentado**, nº 126-2/2021, semana nº4, p. 9 a 11. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20126.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

é crime formal e, por isso, prescinde o prejuízo ao erário, bastando apenas a combinação e o ajuste com a finalidade de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Cabe adicionar que, seguindo esse raciocínio, assinala Juliano Breda:

Trata-se de modalidade do chamado crime de consumação antecipada ou de resultado cortado, em que a intenção do agente – buscando um resultado específico – vai além do resultado típico exigido, pois, não se exige a adjudicação do objeto licitado, nem mesmo a conclusão do processo licitatório, bastando a frustração da competitividade com a intenção exigida tipicamente¹⁹⁴.

No entanto, há posicionamento no sentido contrário, isso porque não basta que demonstre a combinação, o ajuste. Assim, faz-se mister destacar o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

Em relação ao delito previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional deve ser a data em que o contrato administrativo foi efetivamente assinado”, sob o pretexto de que o “mero ajuste informal entre os réus não possui o condão de frustrar o caráter competitivo da licitação, regra que o tipo penal previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 visa a preservar. Tal ajuste caracteriza-se meramente como ato preparatório, na medida em que o elemento subjetivo do tipo, consiste no intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame, somente ocorrerá com a formalização do contrato administrativo, momento em que consolidarão os direitos e deveres dos licitantes¹⁹⁵

Dentro dessa perspectiva, reforça-se que o art. 337 ‘F’ do Código Penal é o equivalente ao então revogado art. 90 da lei nº8.666/1993, porém, isso não significa que tampouco se pode equipar o art. 337 “F” do Código Penal como crime formal. Entende-se, afinal, que esse tipo penal se classifica como crime material. Aliás, com o respeito que merece, não é dado aos julgadores a liberalidade de aplicar extensão ao tipo penal, sob pena de extrapolar o poder punitivo do Estado.

Ademais, como se pode notar, a descrição do tipo penal “frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório” exige o fim especial de agir “com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem a adjudicação do objeto”. Nestes termos, o legislador da norma penal busca proteger o cofre público. Por isso, é de se ressaltar que ausência de dolo e a comprovação de dano ao erário tiram a possibilidade de manejar ação penal.

De outra maneira, na hipótese de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame, sem, contudo, ocorrer prejuízo ao erário, tal ocorrência deve ser resolvida por outros ramos do direito. Nesse sentido, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos fez previsão expressa, conforme dispõe os incisos IX, X e XI do art. 155 “O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: IX - fraudar a

¹⁹⁴ BREDA, Juliano; Moraes Pitombo, Antônio Sérgio de; et al. Crimes de licitação e contratações públicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. 117.

¹⁹⁵ Ibidem.

licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação”. Assim, nessa circunstância limitar-se-á buscar a responsabilidade, tão somente, na esfera administrativa ou, em última análise, cível, nos termos dos arts. 71, última parte do art. 149 e inciso II, §3º do art. 169, todos da lei nº14.133/2021.

Diante dessas considerações, haverá de se observar os seguintes pontos: (i) a verificação em qual das fases ocorreu o não cumprimento de determinada formalidade; (ii) qual servidor ou vários deram ensejo ao ato ilegal; (iii) deve percorrer todo o caminho do processo licitatório, com objetivo de certificar se foi prestado informação ao superior hierárquico.

Nesse cenário, torna-se imprescindível a instauração de procedimento administrativo, com objetivo de investigar as condutas que deram ensejo à ilegalidade e, sendo identificado ato ilícito praticado pelo servidor, deverão ser tomadas as medidas administrativas previstas no Estatuto do Servidor, bem como remeter ao órgão do Ministério Público, nos termos do 1º, art. 124, §5º, art. 140, § único, art. 147, §1º, art. 148, art. 149, §2º, inciso III, §4º do art. 171, §3º, inciso II, art. 169, todos da lei nº 14.133/2021.

Sob essa ótica, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos inovou no tocante à responsabilidade do agente em relação à legislação nº 8.666/1993. Percebe-se que o legislador, de forma enfática, individualiza a conduta irregular praticada no certame, como se pode notar no inciso II, art. 169 “quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, (...), observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, (...)”. Sublinhe-se que a redação deste dispositivo está em consonância com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, sendo individualizada a conduta do agente que deu causa à irregularidade no procedimento licitatório, a rigor, não é condição de imputação de responsabilidade à autoridade superior, desde que se demonstre a observância às regras de cuidado¹⁹⁶ que estão dentro do feixe de suas atribuições. Nesse mesmo sentido, Flávia Siqueira:

Nos casos em que o indivíduo cumpre todas as regras de cuidado que lhe são impostas e não são perceptíveis quaisquer dados que demonstrem que aquela situação foge de um risco habitual, depreende-se uma espécie de risco residual para inimputáveis, os quais devem ser tolerados pelo ordenamento jurídico.¹⁹⁷

Pois bem, essa prática de cuidado que recai sobre a responsabilidade da autoridade superior foi expressamente prevista na nova lei de licitações e contratos administrativos,

¹⁹⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 245.

¹⁹⁷ SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 143;

conforme se pode notar: “as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, (...), sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa”, art. 169.

Frisa-se, ainda, que o legislador elencou três linhas de defesa: a primeira, integrante do quadro do órgão, inclusive autoridade que atua na governança, inciso I; a segunda, assessoramento jurídico e controle interno, inciso II; a terceira, o controle interno e pelo tribunal de contas, inciso III.

Desta forma, se no procedimento licitatório for detectado fraude, por si só, não é condição válida para atribuir responsabilidade da autoridade superior com fundamento de que a mesma detém conhecimento de tudo o que ocorre na administração pública. Nesse raciocínio, Fernando Gaspar Neisser expõe a distinção de desconhecimento e erro sob a lente da psicologia, diferenciando-os. E, para tanto, expõe que: “uma é afirmar que o agente não possuía conhecimento de determinada fraude no procedimento licitatório; outra, de maneira contrária, é a autoridade superior obter as informações, bem como o conhecimento da prática desta fraude cometida. Assim, no plano normativo, os casos possuem o mesmo valor”¹⁹⁸. Nota-se que “a falta de representação de um aspecto de realidade ou sua apreensão em discrepância com a realidade significam, ao fim e ao cabo, que o agente não detinha, ao momento dos fatos, o conhecimento exigido para a imputação do dolo”¹⁹⁹

Assim, em face dessas circunstâncias, propõe-se o seguinte exemplo: na hipótese de uma demanda, a administração pública por meio de sua secretaria ou departamento requisitante elabora projeto básico, cujo objeto consiste na contratação de empresa para construção de determinada escola, porém, o servidor Y inseriu cláusula que favorecia determinada empresa, que não foi detectada nas fases subsequentes, inclusive obteve aprovação jurídica do edital, com a devida publicação nos termos legais, de modo que no dia determinado para a abertura da licitação compareceram 5 empresas e, ao final, a empresa X foi declarada vencedora, sendo adjudicado e homologado o objeto em seu favor com assinatura do instrumento contratual, bem

¹⁹⁸NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 247

¹⁹⁹ VARELA apud NEISSER: “[...] Si, como habíamos mencionado, el conocimiento comporta una correspondencia entre la realidad y a aprehensión subjetiva de la realidad (o una correspondencia deficitária em el conocimiento incierto), entonces el desconocimiento, comportará la ausencia de correspondencia entre la realidad y la representación, se tratará de una incorrespondencia. Así, la ausencia de correspondencia significa una ausencia de aprehensión o evocación cognitiva de la realidad (desconocimiento/ignorância/agnosia/nesciencia), mientras que la incorrespondencia significa una presencia de una representación equivocada de la realidad (error). Sin embargo, aunque desde el punto de vista psicológico nos es la misma cosa ‘no representarse la realidad’ que ‘representarse la realidad de modo equivocado’, usualmente em la teoría [...]”, in NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.247.

como a departamento responsável expediu a ordem de serviços. Ocorre que, passados dois meses de execução contratual, surge uma denúncia de que um servidor, em conluio com o representante da empresa, passou a aceitar medição de serviços não executados em troca de determinada quantia em valores. Diante desta hipótese, pergunta-se: a autoridade superior haverá de ser responsabilizada?

Com a finalidade de responder à questão, vale-se da lição de Fernando Gaspar Neisser, que expõe “[...] fiscal, engenheiro habilitado, certifica em medição e, deste ato, decorre o pagamento, não se pode imputar eventual improbidade administrativa ao prefeito que determinou a despesa, vez que sua decisão se fundou em informação errônea²⁰⁰”.

É por essa razão que, se de um lado, há justificativa de não imputação de eventual ação de improbidade administrativa em desfavor da autoridade superior, isso porque sua ação está pautada em decisão de informação errônea, de outro, sendo demonstrado o plano comum²⁰¹ entre o servidor e autoridade superior na prática de um mesmo ilícito, haverá a coautoria, sendo que nessa hipótese atribui-se também a responsabilidade do ilícito, art. 29 do Código Penal.

Contudo, sob a perspectiva do art. 337 “F” do Código Penal, há de responder também pelo ato ilícito o agente público²⁰² que, juntamente com o licitante, maculou o procedimento licitatório pelo fato de inserir cláusulas ou exigências de caráter restritivo, frustrando a competitividade da licitação, desde que seja efetivamente comprovado o conluio, a fraude e o prejuízo ao erário.

²⁰⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 267.

²⁰¹ Nesse sentido, ESTELLITA expõe “Divisão de trabalho é captada no âmbito da imputação de responsabilidade penal, pelas regras do concurso de pessoas: a uma combinação de contribuição heterogêneas corresponderá, normalmente, a imputação da autoria e da participação; a uma combinação homogênea, a coautoria. *In*: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 43.

²⁰² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial. Fraude à Licitação. Absolvição. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula N. 7/Stj. Tipicidade. Art. 90 da Lei nº 8.666/93. Delito que pode ser praticado por qualquer pessoa. Insurgência desprovida. O Tribunal estadual, soberano no reexame de provas, manteve a condenação do insurgente pela prática da conduta descrita no art. 90 da Lei n. 8.666/93, destacando estarem presentes as elementares do tipo penal, concluindo pela materialidade e autoria delitivas quanto à fraude cometida no certame licitatório, uma vez que os acusados realizaram a conduta de forma livre e consciente, com o fim de provocar o resultado pretendido na licitação, com ofensa ao princípio da competitividade entre os participantes do certame e em benefício de um deles. [...]. O crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações não se trata de delito funcional, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa que participe do certame, seja particular, seja servidor público, tal como ocorreu na espécie. 4. Agravo regimental desprovido. AgRg no REsp 1646332 / SP. Agravo Regimental no Recurso Especial 2017/0001767-3. Rel. Min. Jorge Mussi. T5 - Quinta Turma. DJ. 17/08/2017 - DJe 23/08/2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

Isso significa que, quanto ao sujeito ativo²⁰³ o mesmo é o licitante e, por isso, não exige como elementar do tipo que o agente seja servidor público, o que, notadamente, difere do art.337 “E” do Código Penal uma vez este artigo trata da hipótese de crime relacionado à dispensa e inexigibilidade da licitação Ademais, para sua configuração, exigem-se outros requisitos, quais sejam: a competência para declarar ou inexigir a licitação, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de declarar a dispensa ou a inexigibilidade, fora das hipóteses prevista em lei, e a comprovação do efetivo prejuízo ao erário.

Entretanto, reforça-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmou o entendimento de que o crime do então revogado art. 90 e seu equivalente art. 337 “F” do Código Penal é crime formal visto que prescinde o prejuízo ou obtenção de vantagem. Fato esse que, aliás, merece análise pois com a entrada em vigor da nova lei de licitações e contratos administrativos, pode, nestes termos, haver a continuidade desse mesmo raciocínio? Essa e outras questões serão tratadas no próximo item.

3.2.1. Súmula 645 do Superior Tribunal de Justiça vs. prejuízo ao erário

Assim, diante da *ratio legis* que regulamenta o crime de fraude do procedimento licitatório, atualmente art. 337 “F” do Código Penal, isto é, excetuada a dispensa e a inexigibilidade, tem-se as hipóteses de “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”.

Logo, percebe-se que o legislador agregou ao tipo penal o fim especial de agir: “com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto”, entendendo-se, assim, ser crime material, e exigindo o dolo de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como a efetiva comprovação do dano ao erário.

Destaca-se, aqui, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº645: “O crime de fraude à licitação é formal e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem”. De modo que sua finalidade é a orientação de toda comunidade jurídica.

²⁰³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “Agravo Regimental no Recurso Especial. Penal e Processual Penal. art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Crime comum. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 classifica-se como comum, não se exigindo, assim, do sujeito ativo nenhuma qualidade em específico. Agravo regimental desprovido. AgRg no REsp 1795894 / PB. Agravo Regimental no Recurso Especial. 2019/0040935-9. Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro. T6 - Sexta Turma. DJ: 26/03/2019. DJe 08/04/2019”. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jspb>>. Acesso em 04 nov. 2020.

Contudo, a jurisprudência (STJ e 1ª Turma STF) exige o dolo e dano ao erário para a configuração do então revogado art. 89 da lei nº8.666/1993; já o art. 90 desta mesma lei a Jurisprudência entende que não há necessidade de comprovação do dano, evidentemente. A jurisprudência protege o procedimento em si porque o dano seria inexorável da própria violação do procedimento.

Desta forma, fixadas essas premissas, tem-se uma primeira conclusão intermediária, qual seja: diante dessa divergência, é melhor uma interpretação de dano ao erário ou uma interpretação formal de procedimento?

Em verdade, entende-se que tanto a dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei, art. 337 “E”, como frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, art. 337 “F”, todos do Código Penal, pode haver problema de procedimento.

Dentro dessa perspectiva, entende-se que, essa interpretação, com o respeito que merece, decorre de uma aleatoriedade jurisprudencial no que diz respeito à distinção, e não uma racionalidade da lei. Ora, esse critério adotado ao então revogado art. 90 da lei nº8.666/1993 pode ser resolvido na esfera administrativa nos termos da lei nº14.133/2021, em especial os incisos IX, X e XI, do art. 155.

Não obstante, é necessário lembrar que na esfera da lei de improbidade administrativa há a locução “lesão ao erário”, então, como é óbvio, o legislador buscou proteger o prejuízo financeiro e não o procedimento. Em razão disso, tratando-se de matéria criminal, torna-se contraditório. Isso porque seria, contudo, no mínimo, um equívoco, uma vez que o Direito Penal é a *ultima ratio*²⁰⁴, sendo assim, inevitavelmente, demonstra-se ser explícita a locução “lesão ao erário” para o Direito Penal.

Nesse sentido, discute-se no legislativo o Projeto de Lei n. 10.887/2018 onde frisa-se esse entendimento de que somente o dano efetivo ao erário tem relevância para lei de improbidade administrativa:

Imprescindível, ainda, que a Lei defina que o patrimônio público tutelado pela Lei de Improbidade são os bens e direitos de valor econômico, e, nesse sentido, somente o dano efetivo ao patrimônio público é que caracteriza o ato de improbidade e que deve ser ressarcido, retirando a hipótese de interpretação de que o dano *in re ipsa*, assim

²⁰⁴ Nesse sentido, “O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as eventuais vítimas deve ser combinado com o ‘mínimo sofrimento necessário’ para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o ‘princípio da subsidiariedade’, segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos”, in SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 93 e 94.

considerado hipoteticamente, possa ser utilizado para caracterização do ato de improbidade, nem tampouco possa ser indenizado, já que se considera, nesses casos, que a multa civil prevista destina-se, justamente, a indenizar eventual dano não patrimonial que a Administração tenha sofrido²⁰⁵.

Deveras, o legislador, de forma expressa, exige observância ao rito e às formalidades para o procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação, sob pena de responsabilidade de quem deu causa. Mas, fez ressalva no sentido de que se a irregularidade for sanável, “adotarão medidas para seu saneamento e para a mitigação dos riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis”, inciso I, §3º, art. 169 da lei nº 14.133/2021.

De outra maneira, na hipótese de “irregularidade que configure dano à administração, (...), adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas (...) bem como remeterão ao Ministério Público (...) para a apuração dos ilícitos de sua competência”.

Assim, não basta haver uma irregularidade para declarar o procedimento licitatório fraudado, é preciso mais que isso, exigem-se o dolo, a comprovação da fraude e a efetiva demonstração do fim especial de agir “obter vantagem com a adjudicação do objeto”, em decorrência disso o prejuízo ao erário.

Portanto, deve-se, antes de mais nada, ter presente o que a norma não aceita como saneamento da irregularidade, inciso II, §3º, art. 169, da lei nº14.133/2021. Até porque condutas de irregularidades que não atingem o bem jurídico tutelado devem ser resolvidas na esfera administrativa, uma vez que o sistema jurídico penal brasileiro veio da tradição romano-germânico e está fundado na teoria do bem jurídico.

É nesse sentido que deve lembrar que a fonte primária é a lei escrita de modo que os limites e meios de punir são extraídos das normas jurídicas. Diferentemente do sistema *Common Law*. Nesse fundamenta-se o uso da jurisprudência, aplicando-se os precedentes semelhantes ao caso concreto posto em julgamento.

De fato, o *Common Law* está pautado em regras elaboradas jurisprudencialmente pelas cortes de justiça inglesas, não sendo costume usar as regras-normas abstratas. No sistema *Civil Law*, o intérprete deve verificar se a conduta foi suficientemente ofensiva para legitimar uma

²⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.887/2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node015cwpuuq11lqkqtn51is9ddv y14570052.node0?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+10887/2018. p.17>. Acesso em: 30 abr. 2021.

condenação, já que entra na esfera da tipicidade material, na análise da ofensividade ao bem jurídico²⁰⁶.

Neste ponto, repete-se, essa questão ofensiva do bem jurídico, amolda-se no campo da teoria da imputação objetiva, evidentemente, sem a pretensão de aprofundar sobre essa teoria, porque não diz respeito ao dano ou violação das regras do procedimento licitatório, mas somente tem por finalidade esclarecer se a conduta do agente atingiu ou colocou em risco o bem jurídico tutelado.

Na realidade, é requerida a análise do elemento normativo do tipo penal e do bem jurídico tutelado. Assim, desenvolveu-se a diferença entre risco permitido e risco proibido. Nesse sentido, deverá se analisar se a conduta do servidor e o resultado final objetivamente atingiram o bem jurídico tutelado. Isso provém do fato de que um dos requisitos da teoria da imputação objetiva²⁰⁷ que dispõe sobre a possibilidade de imputação da conduta é se o agente praticou comportamento que criou um risco jurídico proibido e, com sua conduta, alcançou o resultado lesivo, havendo, assim, limitação em relação ao nexos causal.

Portanto, sob este ângulo não são suficientes o nexos causal, a causalidade subjetiva dolo e culpa. É preciso mais que isso. Faz-se necessário que a conduta do agente seja capaz de incrementar um risco proibido para o bem jurídico tutelado de modo que, se a conduta do agente incrementa risco permitido ao bem jurídico, de fato, não há que se falar em crime, dada a ausência de imputação objetiva.²⁰⁸

A rigor, a referida lei nº14.133/2021 em seus diversos dispositivos já citados acima dispõe no sentido de responsabilizar aquele que causa a irregularidade, isto na esfera administrativa. Por isso, entende-se que a melhor interpretação é no sentido de que o Direito Penal está a proteger o cofre público de modo que exige a demonstração do prejuízo ao erário como condição de procedibilidade da ação penal, tanto para as hipóteses do art. 337 “E”, como as hipóteses do art. 337 “F” do Código Penal.

Portanto, entende-se que essa interpretação de que o Direito Penal busca proteger o cofre público é a mais adequada porque ao se verificar o preceito secundário dos tipos penais e se fazer comparação entre as penas que eram previstas nos artigos 89 e 90 da lei nº8.666/1993, notar-se-á que a pena para o primeiro era a detenção de 3 a 5 anos e multa, enquanto para o segundo, detenção de 2 a 4 anos e multa.

²⁰⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: LiberArs, 2015, passim.

²⁰⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Direito penal do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 36-37.

Destaca-se, aqui, que o legislador da nova lei de licitações impôs um regime mais rígido, reclusão e um recrudescimento de pena, mínima de 4 e máxima de 8 anos, no que diz respeito ao crime previsto para dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses previstas em lei, art. 337 “E”, e para o crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, art. 337 “F” do Código Penal.

Nesse sentido, é importante frisar que a nova redação que cumpre o papel do art. 89 e 90 da lei nº8.666/1993 impôs, no plano legal, majoração da pena e, ao mesmo tempo, é preciso ter atenção à essa dinâmica pois, ao agravar a pena, o legislador pretende buscar mais garantia e proteção ao cofre público, o que torna o crime material e não formal, tanto para as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, arts. 74 e 75, como para os procedimentos licitatórios previstos no art. 28 e 77 da lei nº 14.133/2021.

Desta maneira, o mais importante é certificar o ato irregular do agente e, somente após, concluir se agiu com dolo, fraude e se efetivamente causou dano ao erário, em caso positivo, atinge o bem jurídico tutelado, de modo que exige a função estatal através do sistema penal. Desse modo, entende-se que essa é a finalidade do art. 337 “F” do Código Penal.

CONCLUSÃO

Faz-se necessário deixar claro que, diante das imposições legais pelos legisladores da norma constitucional e da infraconstitucional, o gestor público deve licitar nas hipóteses de contratação de serviços e compras.

No entanto, pode-se proceder com a dispensa ou inexigibilidade de licitação de forma excepcional. Porém, independentemente da modalidade escolhida, é imprescindível o planejamento de suas necessidades e, ademais, requer a observância ao rito e das formalidades para todas as fases do procedimento, isto é, tanto na hipótese de licitação, ou na hipótese de dispensa e inexigibilidade.

A importância do planejamento nas contratações é uma deficiência que prejudica não somente o ganho relacionado à economia de escala, mas também desencadeia em outras variantes que podem levar à consequência de irregularidade da contratação. Nesse ponto, o legislador da lei nº14.133/2021 foi enfático e fez constar várias exigências conforme dispõe seu art. 18. Como se vê, há, de certa forma, complexidade no planejamento, porém, não se pode deixar de se implementar o planejamento das compras e serviços, pois na verdade, também, passa ser um investimento. Isso porque, ao se planejar determinado projeto ou contratação, notadamente, ganhará eficiência na execução e, nesse caso, haverá resultado satisfatório aos administrados.

Nota-se que há outras contratações que não demonstram complexidades, por exemplo, compras de material de expediente, material de limpeza etc., portanto, basta simplesmente decidir acerca do quantitativo e qualitativo para todo o exercício. Aliás, a administração compra esses materiais e produtos todos os anos, de modo que facilita o planejamento.

Sendo assim, entende-se que o fato de a administração pública fazer aquisições desses materiais por meio de dispensa de licitação não é compatível com a dinâmica da legislação, salvo se o responsável pelo departamento requisitante apresentar justificativa plausível. Porém, nessa hipótese, deverá a autoridade responsável abrir processo administrativo para averiguar se houve negligência do responsável do setor competente e, ao final, tomar as medidas necessárias.

Como já foi visto, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos fez previsão expressa sobre a necessidade de observância do princípio da segregação de funções nos procedimentos licitatórios, evidentemente, com a finalidade de separar os atos praticados por cada servidor, ou seja, não podendo ser executor e fiscalizador do próprio ato, sob pena de fragilizar a fiscalização, uma vez que a fiscalização deve ser atribuída a outros servidores que também estão envolvidos com o procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de

licitação, de modo que, além de desenvolver os atos de sua alçada, também, implicitamente, tem a incumbência fiscalizatória dos atos anteriormente praticados com a finalidade de corrigir possível irregularidade na fase interna do procedimento licitatório.

Frisa-se que todo regramento relacionado ao rito e às formalidades do procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade deve estar presente ao mesmo tempo que não se permite inserção de cláusulas no edital ou termo de referência que comprometa a competitividade e, por consequência, que se deixe de contratar a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Dada essa preocupação com o erário, o legislador na nova lei de licitações e contratos administrativos fez constar de forma expressa três linhas de defesa com a finalidade de fiscalizar os procedimentos licitatórios: a primeira linha é composta por servidores, inclusive autoridades responsáveis pela governança órgão; a segunda linha é composta pelo órgão jurídico e controle interno do próprio órgão; a terceira linha é composta pelo tribunal de contas.

Então, se o órgão requisitante, ao elaborar o termo de referência ou projeto básico, fizer constar no edital exigências que possam inibir a competitividade do certame ou violar súmulas dos Tribunais de Contas, os servidores que compõem essas linhas de defesa devem tomar as medidas necessária para a mitigação dos riscos que podem macular todo o procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade de licitação, requerendo, ainda, a autoridade, melhoria nos controles preventivos, além de franquear treinamentos e capacitação dos envolvidos com o procedimento licitatório.

Com efeito, na hipótese de irregularidade que configura prejuízo ao erário, a autoridade superior deve adotar as devidas providências com a finalidade de apuração das responsabilidades dos envolvidos, com a observância da segregação da função e a individualização da conduta e, ao final, remeter ao Ministério Público cópias dos documentos para apuração das responsabilidades de sua alçada.

Nesse sentido, o legislador atribuiu responsabilidade nas hipóteses de irregularidades nos procedimentos licitatórios. Convém lembrar que, com a entrada em vigor da nova lei de licitações e contratos administrativos, ocorreu a revogação dos tipos penais previstos na lei nº 8.666/1993. Contudo, não houve a *abolitio criminis*. Na verdade, ocorreu a continuidade normativo-típica, de modo que as condutas tipificadas como crimes na lei nº 8.666/1993 foram deslocadas para o art. 337 “E” a 337 “P” do Código Penal.

No entanto, vale ressaltar que, aludindo sobre a *abolitio criminis*, entende-se que ocorreu, a respeito das formalidades que estavam previstas na segunda parte do então revogado art. 89 da lei nº 8.666/1993 “[...] ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. Assim, é interessante perceber que o novo art. 337 “E”, introduzido no

Código Penal por meio da lei 14.133/2021, dispõe sobre a conduta de “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

Veja-se que o legislador, notadamente, deixou de criminalizar as formalidades que estavam previstas na segunda parte do revogado art. 89. Mas, quais eram essas formalidades? Entende-se que são aquelas dispostas no art. 26 da lei nº8.666/1993, ou seja, comunicação no prazo de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação do ato; e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Vale ressaltar que o gestor, ao pretender declarar a dispensa ou inexigir a licitação, deverá utilizar como fundamentação as disposições dos artigos 74 e 75 da lei nº14.133/2021, e não mais as disposições da lei nº8.666/1993, isso porque o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos, ao revogar a matéria criminal da lei nº8.666/1993, também revogou as disposições dos artigos 24 e 25 que tratava da dispensa, inexigibilidade e às formalidades dispostas no art. 26. Justifica-se essa posição pelo fato de que o art. 337 “E” do Código Penal é norma penal em branco e, por isso, depende de complementação, o que se dará com as disposições dos art. 74 e 75 e às formalidades previstas no art.72 da lei nº14.133/2021, reforça-se, esse entendimento porque o legislador vedou a combinação entre a lei nº8.666/1993 e a lei nº14.133/2021, nos termos do inciso II, art. 193 da lei nº14.133/2021.

Frise-se, o legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos, ao tratar sobre a contratação direta indevida, claramente, deixou expresso que deve estar presente o elemento “dolo”, “fraude” ou “erro grosseiro” seguido do “dano causado ao erário”. Nessa perspectiva, é perceptível que o legislador quis proteger o patrimônio público para fins penais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que, para a configuração da conduta prevista no então revogado art. 89 da lei nº8.666/93, imprescindivelmente, devem estar presentes o dolo e a demonstração do efetivo prejuízo ao erário.

É importante registrar que, conseqüentemente, esse entendimento classifica a conduta como crime material e, ao mesmo tempo, exige o prejuízo ao erário. Desse modo, o Direito Penal, explicitamente, demonstra a finalidade de proteger os cofres públicos e não o procedimento licitatório em si.

Porém, tratando-se de fraude no procedimento licitatório, art. 90 da lei nº8.666/1993, revogado pela lei nº14.133/2021 e introduzido no Código Penal, art. 337 “F”, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é diametralmente oposto, e aqui parece importar o entendimento dessa dinâmica, ou seja, qual é a razão que determina a diferença entre os art. 89 e 90, ambos revogados?

Antes, não é ocioso repetir que a observância ao rito e às formalidades dos atos praticados na elaboração do procedimento devem permear todas as fases da licitação: a) planejamento; b) edital; c) contrato; d) execução contratual. De mais a mais, este controle de observância ao rito e às formalidades deve ser praticado também nas hipóteses de termo aditivo, prorrogações, reajustes, reequilíbrio econômico-financeiro e pagamentos.

Então, de qualquer modo, quando se pensa na hipótese de frustração ou fraude na licitação, imagina-se, a rigor, que houve violação da observância ao rito ou das formalidades do procedimento licitatório, como por exemplo, inserção de cláusula restritiva no termo de referência ou no edital que inviabiliza a competição e torna a contratação mais onerosa para a administração pública.

Contudo, a interpretação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça com relação ao então revogado art. 90 da lei nº8.666/1993 é enfática no sentido de que não há necessidade de demonstração ou comprovação de dano ao erário, e, assim, a classificação do crime previsto nesse tipo penal é formal.

Diante dessa interpretação, foi aprovada a súmula 645 “o crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem”. Além do mais, a mesma servirá de orientação aos demais casos relacionados com o disposto no atual art. 337 “F” do Código Penal.

Porém, cabe indagar novamente sobre essa dinâmica interpretativa, isso porque o Superior Tribunal de Justiça afirma que o crime do art. 89 é material e, por isso, devem ser comprovados o dolo e o dano ao erário. Já o crime do art. 90 é formal e, nesse caso, prescinde o prejuízo ao erário. Entende-se, aqui, com o devido respeito, que tal medida não parece ser a mais adequada, uma vez que, ao analisar a nova lei de licitações e contratos administrativos, o art. 178 revogou os tipos penais da lei nº8.666/1993 e introduziu no Código Penal o capítulo II-B dos crimes em licitações e contratos administrativos, de modo que o legislador fez alterações substanciais no tocante à pena, isto é, a aumentou significativamente e, mais, alterou o regime que antes era detenção, art. 89 e 90 da lei nº8.666/93 e, atualmente, reclusão conforme art. 337 “E”, “F” do Código Penal. Assim, com o recrudesimento da pena nesses tipos penais, tornou-se claro que o legislador buscou proteger o cofre público e não o rito e as formalidades do procedimento licitatório.

Com todo respeito, esse entendimento da Súmula nº 645 do Superior Tribunal de Justiça demonstra ser uma aleatoriedade da construção jurisprudencial e não uma racionalidade da lei, visto que o legislador é explícito no tocante ao dano sendo o ponto de partida para a abertura do Direito Penal em busca da responsabilidade criminal a quem causou prejuízo ao erário.

Então, de um lado, o Superior Tribunal de Justiça afirma que a classificação do crime de dispensa e inexigibilidade da licitação art. 337 “E” do Código Penal é material e, portanto, exige o dolo e o prejuízo ao erário. De outro, o crime de frustração ou fraude da licitação previsto no art. 337 “F” do Código Penal é formal e, por isso, prescinde o prejuízo. Sendo assim, a frustração ou fraude estão relacionadas ao rito ou às formalidades do procedimento licitatório.

Tal posicionamento conduz à crença de que o Superior Tribunal de Justiça, ao construir a jurisprudência e, agora, a Súmula nº645 relacionada ao então revogado art. 90 da lei nº8.666/93 e atual art. 337 “F” do Código Penal, transportou a matéria das esferas civil e administrativa para criminalizar a conduta do agente e, ao mesmo tempo, aplicou extensão deste tipo penal além da vontade do legislador, que normatizou crime nos procedimentos licitatórios e dispensa ou inexigibilidade de licitação, tão somente nas hipóteses de comprovação do dolo e o efetivo dano ao erário.

Desta forma, se comprovada tão somente irregularidade no procedimento licitatório e violação ao rito e das formalidades, tal questão deve ser resolvida na esfera administrativa, reservando-se o Direito Penal somente se houver a comprovação de violação ao rito e às formalidades e a demonstração do dolo e o efetivo prejuízo ao erário, uma vez que a tutela penal busca a proteção do cofre público e não o procedimento licitatório, de modo que, deve ser aplicado o mesmo raciocínio dado ao então revogado art. 89 da lei nº 8.666/1993. Sendo assim, não há diferenças entre os art. 337 “E” e 337 “F” do Código Penal pois ambos protegem o cofre público.

REFERÊNCIAS

- ADDY, André. **Responsabilidade por parecer jurídico**. Foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131.pdf>. Acesso em: 25, mar. 2020, passim.
- AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Direito penal do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de; RÊGO, Eduardo de Carvalho; NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. **Direito da regulação econômica**. Belo Horizonte: **Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Fórum, 2020, passim.
- BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e Crimes Licitatórios**. Curitiba: Íthala, 2019.
- _____. **Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº8.666/93**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BOLSA eletrônica de compras/SP. Disponível em: <<https://www.bec.sp.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BONATTO, Hamilton. **O sistema de registro de preços para obras e serviços de engenharia no PL nº 1.292/95**. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2021.
- BRASIL. **Acórdão 556/2010**. Tribunal de Contas da União, Plenário, sessão de 24/03/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1146663/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.887/2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node015cwpuuq11lqkqtn51is9ddvy14570052.node0?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+10887/2018.p.17>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 327. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art.37, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federativa de 1988**. Art. 50. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição Federativa de 1988**. Art. 93, X. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.024 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.024%2C%20DE%2020%20DE%20SETEMBRO%20DE%202019&text=Regulamenta%20a%20licita%C3%A7%C3%A3o%2C%20na%20modalidade,%C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20federal>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 30 set. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro De 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 337-F. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Exame Prévio de Edital – referendo e julgamento M003 00014764.989.16-6**.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.192 de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá

outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, 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. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22. fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 14, abr. 2020>.

BRASIL. **Lei nº 8.492, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%202%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art>. Acesso em: 04 out. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021**. Art. 77. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: I – credenciamento; II – pré-qualificação; III – procedimento de manifestação de interesse; IV – sistema de registro de preços; V – registro cadastral. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 108. No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 24, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **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. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº9.784 de 29 de janeiro de 1993**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 25, mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão. Instrução **Normativa nº 73, de 5 de agosto de 2020**.

Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-73-de-5-de-agosto-de-2020-270711836>>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **CAO -CRIM. Boletim Criminal Comentado**, nº 126-2/2021, semana nº4, p. 9 a 11. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/Boletim%20CAOCRIM%20126.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Súmulas-MPSP**. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “Habeas Corpus. Penal. Art. 89 Da Lei nº 8.666/1993. Dispensa de Licitação Mediante Fracionamento Da Contratação. Dolo Específico. Intenção de lesar a Administração Pública. Prejuízo efetivo ao Erário. Falta de demonstração. Conduta. Atipicidade. Extensão Da Ordem Aos Corréus (Art. 580 C/C Art. 654, § 2º, Ambos Do Cpp. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 9, out. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial.

Fraude à Licitação. Absolvição. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula N. 7/Stj. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial n.**

1582669/MG. Rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.3.2017, publicado em 7 abr. 2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 13, jul. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses.

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-07/stj-divulga-14-teses-corte-crimes-lei-licitacoes>>. Acesso em: 03, nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e processo penal. **Agravo regimental no recurso especial. 1. Afronta ao art. 89 da lei 8.666/1993**. Atipicidade da conduta. Ausência de demonstração do dolo específico. Constatação. Desnecessidade de reexame de fatos e provas. Absolvição mantida. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.509.998 - CE 2015/0017973-6**. Disponível em:

<Acesso em: 07 jun. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - AGRG NO RESP 1793069 / PR 2019/0021797-6** . Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2375068>>. Acesso em 04, nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Inq 3.962/DF. Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROSA WEBER**. Julgamento: 20/02/2018. Publicação: 12/09/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo891>>. Acesso em: 30, jun. 2020:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq N. 2.646-RN. Min. Rel. Ayres Britto. Noticiado no Informativo 576. DJE de 7.5.2010**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo589>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1795894 / PB. Agravo Regimental no Recurso Especial. 2019/0040935-9**. Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. T6 - Sexta Turma. DJ: 26/03/2019. DJe 08/04/2019". Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jpjpb>>. Acesso em 04 nov. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas de São Paulo**. Processo nº 00011973.989.18- rel. Conselheiro-Substituto Márcio Martins de Camargo - Segunda Câmara Sessão: 21/8/2018. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/676606.pdf>. Acesso em: 15, jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. TC-000968/026/11. Segunda Câmara de 26/11/13 - Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/065-m-ecr-tc-000968-026-11.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Implementação do sistema para transmissão de imagens, com fornecimento de todo material e equipamento. Processo TC-1595/010/2010. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/processos>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Instrumentos Contratuais. Rel. Substituto de Conselheiro Márcio Martins de Camargo-Segunda Câmara Sessão: 14/4/2015, Processo:TC-044067/026/08. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/462835.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. PROCESSO: 00009139.989.18-0. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/716478.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. PROCESSO: eTC-1550.989.18-0 eTC-9084.989.18-5. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/743792.pdf>. Acesso dia 16 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo: TC-030627/026/10. Rel. Substituto de Conselheiro Josué Romero-Primeira Câmara de 28/04/15. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/466859.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo: TC-013336/989/16. Rel. Conselheiro Antônio Roque Citadini - 37ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, dia 07-11-17. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/628834.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa”. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 05, março 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 05, março 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 05, março 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sumulas>>. Acesso em: 05 março 2020.

BRASIL. Tribunal De Contas Do Estado De São Paulo. TC-001663/007/07. Primeira Câmara - Sessão De 10/12/2013 – Item 38. Conselheiro: Renato Martins Costa. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/2013_12_10_primeira_38so_0.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Trata sobre o tema vício de competência, é o entendimento da eminente conselheira Cristina de Castro Moraes. Processo TC-2812/989/14-3. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/413391.pdf>. Acesso 23 mar. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Tribunal Pleno - sessão de 11/03/2015 - Expediente: 756.989.15-8. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/8_-_epe-m-03-rmc-005-etc-756_989_15-8_-_semasa.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Processo nº 0035567-39.2014.4.01.0000. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Improbidade administrativa. Recebimento da petição inicial. Ausência de fundamentação. Necessidade de fundamentação. Indícios não demonstrados. Dolo não caracterizado. Inexistência de ato de improbidade. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRAZ, Pedro Henrique. **A segregação de funções no bojo dos processos de contratação**. Blog Zenite. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/a-segregacao-de-funcoes-no-bojo-dos-processos-de-contratacao>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

BREDA, Juliano; Moraes Pitombo, Antônio Sérgio de; et al. Crimes de licitação e contratações públicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28ª ed. São Paulo. Atlas, 2015

CAVALCANTI, Caio Mário Lana; FORTINI, Cristiana. **O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/02/Pagamento_PL4253_2020_CaioCavalcanti_CristianaFortini.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

DALLARI, Adílson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 514.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**, 5ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

FORTINI, Cristiana; Avelar, Mariana Magalhães. O direito administrativo sancionador: considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. In: **Observatório da nova lei de licitações**, passim. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/20/o-direito-administrativo-sancionador-consideracoes-sobre-o-pl-4253-20-e-a-futura-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. **Improbidade por descumprimento de princípios e Lei 13.655/18**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>>. Acesso em: 22, marc. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockamann. **O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios**, p. 56. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/37469/1/Garcia%2c%20Fl%2c%20a%20v%20Amaral.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. São Paulo: NDJ, 1996.

_____. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO Filho, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000, *passim*. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf)>. Acesso em: 04 jul. 2020.

GUIMARÃES, Edgar. NIEBUHR. Joel de Meneses. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Prefácio Diógenes Gasparini. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/08/EBOOK-SRP-OBRAS-HAMILTON-com-pref%C3%A1cio-1.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

HORBACH, Carlos Bastide; LISBOA, Carolina. **STF e dispensa irregular de licitação: incertezas em matéria penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-23/analise-constitucional-stf-dispensa-irregular-licitacao-incertezas-materia-penal#author>>. Acesso em: 12, out.

JUNIOR. José Paulo Baltazar. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.311

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. 2ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 145.

SILVA, Magno Antônio da. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. **Revista do TCU**, 2010, p. 15. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/68>>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **Comentário à Lei nº 13.655/18**. Lei de Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte. Fórum, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Shmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial: arts. 213 a 359-H**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. v. 3.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 279-281.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.), **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021, E-Book, p. 25.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Fase preparatória das licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.), **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021, E-Book, p. 25.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PASCHOA, André Paulani; FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. Contrato de seguro-garantia e seus efeitos na execução de obras públicas – notas sobre o Projeto de Lei de Licitações. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 03. p.19-40, jul./set. 2020. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2535/2163>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIMENTA, Guilherme. Mais de um terço das obras do Brasil estão paralisadas, informa TCU. **Portal Jota**, 15/05/2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/obras-paralisadas-tcu-15052019>>. Acesso 20 abr. 2021

PORTAL de compras do governo federal. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, passim.

RÊGO, Eduardo de Carvalho; NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.); RIBAS JUNIOR, Salomão Antônio; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Curitiba: Zenite, 2021.E-Book, p. 25. Disponível em:

<file:///C:/Users/Dell/Downloads/Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7o%CC%83es-e-Contratos-Administrativos.pdf>. Acesso em: 07, marc. 2021.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **PL 191/98** –Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 07 mar. 2021

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção No Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19.vol. 89. mar-abr., 2011, passim.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**. A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D. Plácido, 2018.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

STOCO, Rui. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TURESSI, Flávio Eduardo. A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 39-58, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2018/08/artigo-rfcc.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.