

CRIMES LICITATÓRIOS

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

IGOR PEREIRA PINHEIRO

Promotor de Justiça do MPCE; Especialista, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela ULISBOA; Autor dos livros "Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada" (2ª edição), "Reflexos Eleitorais da Nova Lei de Improbidade Administrativa" (1ª edição), "Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral" (4ª edição), "Crimes Licitatórios" (2ª edição), "Crimes Eleitorais e Conexos" (1ª edição), "Direito Administrativo - Coleção Resumos Jurídicos" e coautor dos livros "Nova Lei de Licitações Anotada e Comparada" (2ª edição), "Leis de Licitações Comparadas Artigo por Artigo" (2ª edição), "Nova Lei do Abuso de Autoridade" (2ª edição) e outros, todos pela Editora Mizuno. Professor Especializado em Direito Anticorrupção, Direito Administrativo e Direito Eleitoral. Professor- Convidado de Diversas Escolas da Magistratura e do Ministério Público no Brasil; Promotor-Auxiliar do Núcleo de Recursos Criminais para o STF e STJ do MPCE. Foi Membro do Grupo de Atuação Especial de Defesa ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Ceará (GEDPP); Foi Coordenador do Grupo Auxiliar da Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará. Coordenador editorial de Direito Administrativo e Direito Eleitoral do Grupo Mizuno.

CRIMES LICITATÓRIOS

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

2ª EDIÇÃO

REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA



EDITORA MIZUNO

QUALIDADE E SERIEDADE EM LIVROS

Crimes Licitatórios - Aspectos Materiais e Processuais - 2ª Edição

©Igor Pereira Pinheiro

EDITORA MIZUNO 2023

Revisão: Igor Pereira Pinheiro

Catálogo na publicação Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	
P654c	Pinheiro, Igor Pereira. Crimes licitatórios: aspectos materiais e processuais / Igor Pereira Pinheiro, Jamilyle Hanna Mansur, Bruno Verzani. – 2. ed. – Leme-SP: Mizuno, 2023. 191 p.; 16 X 23 cm ISBN 978-65-5526-636-8 1. Crimes. 2. Leis. 3. Licitação. I. Pinheiro, Igor Pereira. II. Mansur, Jamilyle Hanna. III. Verzani, Bruno. IV. Título. <p style="text-align: right;">CDD 345.02</p>
Índice para catálogo sistemático I. Crimes	

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460
Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210
Fone/Fax: (0XX19) 3571-0420

Visite nosso site: www.editoramizuno.com.br
e-mail: atendimento@editoramizuno.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PREFÁCIO

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acrescentou ao Título XI da Parte Especial do Código Penal o Capítulo II-B (“Dos crimes em licitações e contratos administrativos”), nele incluindo pelo menos 11 (onze) tipos penais (CP, arts. 337-E a 337-O), para além de contemplar uma nova regulamentação em relação à pena de multa no âmbito dos crimes dessa natureza (CP, art. 337-P).

Pelo menos até a vigência da Lei n. 14.133/21, a matéria em questão era disciplinada pelos revogados arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/93. Os tipos penais acrescentados ao Código Penal, em sua grande maioria, já estavam previstos na antiga “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. A exceção fica por conta do crime de omissão grave de dado ou de informação por projetista, introduzido pela Lei n. 14.133/21 no art. 337-O do Código Penal. Na verdade, a Lei n. 14.133/21 modificou parcialmente as redações desses tipos penais, adequando-as às disposições legais nela contidas, além de lhes atribuir rubricas marginais (*nomen iuris*). Atribuiu, ademais, aos crimes em licitações e contratos administrativos, penas privativas de liberdade bem mais elevadas do que aquelas previstas na Lei n. 8.666/93. Tome-se, como exemplo, o delito de patrocínio de contratação indevida (CP, art. 337-G): se outrora lhe era cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (Lei n. 8.666/93, revogado art. 91), o que lhe conferia o *status* de infração de menor potencial ofensivo, com a conseqüente aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95 (v.g., composição civil dos danos, transação penal, etc.), doravante a pena cominada ao delito em questão passará a ser de reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

As figuras delituosas em questão descrevem comportamentos humanos extremamente danosos, em sua maioria relacionados a processos de licitações, configurando verdadeiras formas especializadas de corrupção, cuja prevenção e repressão são pautas emergenciais no plano nacional e internacional. De fato, é de todos sabido que as licitações e os contratos públicos funcionam, historicamente, como um dos principais instrumentos de corrupção no Brasil, em todos os níveis federativos. Lamentável prova disso, aliás, é o número estarrecedor de fraudes que vêm sendo cometidas ao longo da pandemia causada pelo COVID-19. Sob o lema “salvar vidas”, hospitais de campanha foram construídos com sobre preço, respiradores inoperantes foram adquiridos com valores absurdamente superiores àqueles praticados pelo mercado, e até mesmo vacinas desprovidas de autorização de importação foram objeto de negociação por agentes públicos, etc.

É dentro desse contexto, pois, que se destaca a importância da mais nova obra de Igor Pereira Pinheiro. Com sua experiência profissional de membro do Ministério Público engajado na luta anticorrupção há mais de 10 (dez) anos, associada à vasta produção acadêmica, o autor analisa com detalhes a nova legislação introduzida nos arts. 337-E a 337-P do Código Penal, decifrando com a clareza e objetividade que lhe são peculiares as razões e finalidades que levaram o legislador pátrio a elaborar o novo diploma legal. E tudo isso sem deixar de expor a necessária crítica, muito bem construída e teoricamente embasada, apontando contradições e propondo a melhor solução para os conflitos que certamente surgirão por ocasião da interpretação dos novos tipos penais.

Enfim, o novo texto legal merece atenção acadêmica, e o presente livro apresenta com clareza e profundidade as principais questões e propostas para sua solução. O conteúdo e os contornos dos debates ainda são incertos, mas não há dúvida de que a presente obra será um importante instrumento para enfrentar controvérsias e polêmicas que pautarão a aplicação dos crimes em licitações e contratos administrativos. Por tudo isso, só me resta agradecer o honroso convite que me foi apresentado pelo autor e esperar que a obra tenha sua merecida acolhida no cenário nacional.

Renato Brasileiro de Lima

Promotor da Justiça Militar

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, CORRUPÇÃO E ELEIÇÕES NO BRASIL: UM CÍRCULO VICIOSO QUE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES PODERÁ AJUDAR A COMBATER.....	9
---	----------

CAPÍTULO 2

ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DOS CRIMES LICITATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.	19
--	-----------

CAPÍTULO 3

ASPECTOS INVESTIGATÓRIOS E PROCESSUAIS RELEVANTES DOS CRIMES LICITATÓRIOS.	23
--	-----------

CAPÍTULO 4

CRIMES LICITATÓRIOS: ASPECTOS MATERIAIS.	121
4.1 Contratação Direta Ilegal.	123
4.1.1 Aspectos Gerais: A Disfunção da Contratação Direta como Instrumento Regular da Administração Pública e a Corrupção Subjacente.	123
4.1.2 Sujeitos do Crime.	124
4.1.3 Condutas.	125
4.1.5 Consumação e Tentativa.	125
4.1.6 Estudo das Hipóteses de Contratação Direta.	126
4.1.7 Aspectos Gerais e o Limite da Discricionariedade Administrativa nas Contratações Artísticas....	130
4.1.8 Requisitos Legais da Contratação Direta de Artistas.	134
4.2 Fraudes Licitatórias.	181
4.3 Modificação ou Pagamento Irregular em Contrato Administrativo.	187
4.4 Perturbação de Processo Licitatório.....	187
4.5 Violação de Sigilo em Licitação.	188
4.6 Afastamento de Licitante.	188
4.7 Contratação Inidônea.	189
4.8 Impedimento Indevido.....	189
4.9 Omissão Grave de Dado ou de Informação por Projetista.	190

CAPÍTULO 1

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, CORRUPÇÃO E ELEIÇÕES NO BRASIL: UM CÍRCULO VICIOSO QUE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES PODERÁ AJUDAR A COMBATER.

As licitações e os contratos públicos representam, historicamente, um dos principais instrumentos de corrupção no Brasil, em todos os níveis federativos. Não à toa, com certa frequência, são deflagradas “operações” voltadas ao combate desse tipo de delinquência organizada, merecendo destaque nesse tocante as devastadoras revelações ocorridas no âmbito da “Lava-Jato”, que, a despeito de alguns equívocos constatados, logrou êxito em comprovar judicialmente (com direito ao mais amplo contraditório e ampla defesa exercido até perante o STF) que boa parte do processo eleitoral nacional e o posterior exercício dos mandatos executivos ou parlamentares conquistados (*rectius*: comprados) fundavam-se em multifacetados atos de corrupção, dentre eles as fraudes licitatórias cujos superfaturamentos eram direcionados para fazer “caixa 2” e irrigar as campanhas eleitorais dos “donos do poder”¹ e seus aliados.

É importante, porém, que o leitor não se deixe levar pelo discurso politizado que ora tentam disseminar e tenha a consciência de que esse *modus operandi* não foi uma invenção do (des)governo de plantão então flagrado, pois tais expedientes e outros similares ocorrem, há bastante tempo, nas mais variadas Administrações Brasil a fora. Digo isso com pesar, mas como uma realidade empírica extraída de nossa experiência como membro do Ministério Público engajado na luta anticorrupção (e lá se vão mais de 10 anos), período em que, seja atuando como Promotor de Justiça, seja mediante interação com colegas do país inteiro, constatamos um procedimento padrão nesse sentido.

A verdade é que boa parte da gestão pública brasileira já incorporou à sua rotina administrativa práticas imorais na área das licitações públicas, tais como as contratações diretas de empresas ou pessoas intimamente ligadas a doadores de campanha do gestor de plantão, aos cabos eleitorais que lhes foram fiéis no pleito, ou mesmo aos parlamentares da “base aliada”, sem embargo daqueles casos mais ousados em que os contratados possuem relação de parentesco com os gestores de plantão².

1 “O modo de fazer política e de fazer negócios no país passou a funcionar mais ou menos assim: (i) o agente político relevante indica o dirigente político do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro; (ii) o dirigente indicado fraudava a licitação para contratar empresa que seja parte no esquema; (iii) a empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente do dinheiro que vai ser destinado ao agente político que fez a indicação, ao partido e aos correligionários. Note-se bem: este não foi um esquema isolado! Este é o modelo padrão.” (Prefácio do Ministro Luís Roberto Barroso, in CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.18).

2 Nunca é demais lembrar que existem leis municipais e estaduais vedando esse tipo de contratação, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos o julgado envolvendo o Município de Brumadinho/MG, cujo artigo 36, da Lei Orgânica, proibiu a contratação (conceito a partir do qual se veda a participação em licitações) de parentes do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores, ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, servidores e empregados públicos por um período de até seis meses após o exercício das respectivas funções. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE

Nem mesmo a situação de pandemia causada pela COVID-19 (que só no Brasil matou mais de 600.000 pessoas) foi capaz de frear essa rotina da corrupção nas contratações públicas, em que o lema “salvar vidas” foi entoadado para justificar a construção de hospitais de campanha com inequívoco sobrepreço, bem como para a compra de respiradores também com valores demasiadamente superiores aos praticados pelo mercado mesmo no período da pandemia, o que ocorreu, em vários casos, por meio de empresas de fachada, que, além de não entregarem o prometido, pagavam propina para muitos dos agentes públicos responsáveis pelas contratações.

Não custa lembrar que o ex-Governador do Rio de Janeiro à época da pandemia (e que fora eleito sob os auspícios da bandeira anticorrupção) foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo pretense envolvimento em atos de corrupção nas contratações realizadas para combater o vírus da COVID-19. Mas, esse foi apenas o caso mais emblemático, pois há notícias de diversas ações cíveis e criminais em todo o Brasil por conta do vírus da corrupção³, que se mostrou imune (na verdade dominante) ao vírus da COVID-19. Atento a essa realidade, quem desviar recursos públicos destinados ao combate à covid-19 pode ter a pena dobrada, se o Projeto de Lei (PL) nº1.485/2020,

PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido. (RE 423560, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683). Dentro desse contexto, destaco que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já negou *habeas corpus* contra imputação penal por fraude à licitação (artigo 90, da Lei nº8.666/93) – atual crime de “frustração do caráter competitivo de licitação”, tipificado no artigo 337-F, do Código Penal, tendo em vista a contratação de parentes em procedimento licitatório, *in verbis*: “4. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, primo oculi. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ. 5. Dizer que não há prova de que teria havido burla à competição e que a aceitação de empresas licitantes com sócios parentes entre si (mesmo grupo econômico) é legal, não existindo o tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, são alegações atinentes ao próprio mérito da persecução e, por isso mesmo, deverão ser aferidas na instrução, sob o crivo do contraditório. 6. Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.” (HC 412.093/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 13/10/2017).

- 3 Dados preliminares colhidos das Operações deflagradas pela Polícia Federal, Controladoria Geral da União e Ministérios Público Federal e Estadual apontam que, até novembro de 2020, R\$2.054 Bilhões de reais teriam sido usados de forma irregular no enfrentamento ao coronavírus. Trata-se de um dado superficial e, com certeza, bem indicativo da voracidade corrupta nesse período, facilitada sobremaneira pela autorização legislativa dada pela Lei nº13.979/2020 para a realização de dispensas licitatórias e até mesmo contratação de empresas declaradas inidôneas.

já aprovado pela Câmara dos Deputados, for votado e sancionado, merecendo destacar que o mesmo está parado no Senado Federal desde o dia 02/09/2020⁴.

Todo esse contexto de corrupção pulverizada nas contratações públicas vem gerando um perigoso processo de erosão da legitimidade dos governantes de plan-tão, algo constatado por pesquisas oficiais, segundo as quais ficou revelado que há, por parte da população brasileira, uma espécie de suspeição geral e indiscriminada sobre a classe política, cuja maioria dos seus membros gozam de pouca ou quase nenhuma credibilidade social⁵.

Contudo, os danos das fraudes licitatórias não param por aí, pois esse “mecanis-mo” (já que a arte imita a vida), além de desviar recursos públicos essenciais para o cum-primento das metas constitucionais sociais, gera um desequilíbrio insanável no proces-so eleitoral como um todo, pois é fácil constatar, no mundo dos fatos, que a riqueza e a pujança das campanhas eleitorais dos aliados e dos “donos do poder” são incompatíveis com as informações oficiais prestadas à Justiça Eleitoral, podendo (devendo, diria eu) a lisura dos procedimentos licitatórios ser objeto de fiscalização pelo Ministério Público Eleitoral e pela Polícia Federal – para além dos tradicionais órgãos de controle -, ante o inequívoco reflexo dessas práticas na higidez do regime democrático⁶.

Há, portanto, **um círculo vicioso** que macula a idoneidade de boa parte da gestão pública e que, ao mesmo tempo, compromete de forma grave e irremediável a lisura e higidez do processo eleitoral⁷, pois a conta dos benefícios concedidos

4 Essa é a informação obtida no próprio *site* da Casa Legislativa: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144446>.

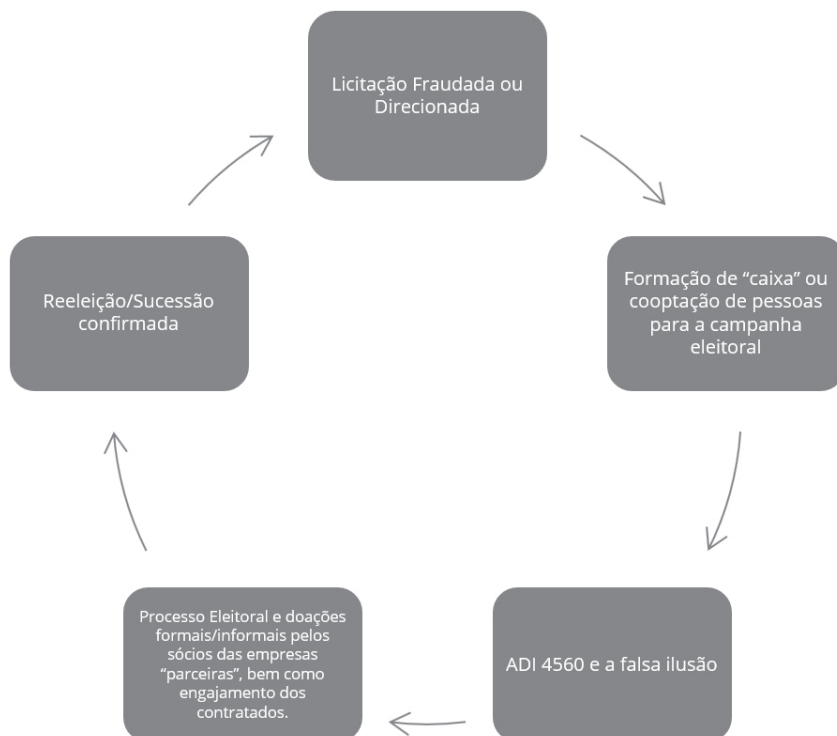
5 Cito como exemplo o relatório do Fórum Econômico Mundial em 2016 (<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ041>), no qual a população brasileira, dentre as 137 analisadas, é a que menos confia na sua classe política. Nesse mesmo sentido, destaco os dados do Latinobarómetro (2019), segundo os quais, “na última década o apoio à democracia entre os cidadãos brasileiros caiu cerca de 37%, partindo de 54% (2010) para chegar a apenas 34% (2018). Consoante a mesma pesquisa (Latinobarómetro, 2019), o Brasil ocupa a 15a posição entre 18 países pesquisados, ostentando um nível de apoio democrático superior apenas aos apresentados por Honduras, Guatemala e El Salvador. Some-se que os indicadores brasileiros (34%) ficam aquém da média atual do conjunto de países latino-americanos (48%) e também de sua própria média histórica (43,28%). Observe-se mais que, mesmo diante do mau momento, metade dos Estados avaliados logrou a manutenção de um suporte democrático igual ou acima da casa dos 50%, a saber: Venezuela (75%); Costa Rica (63%); Uruguai (61%); Argentina (58%); Chile (58%); Colômbia (54%); Bolívia (53%); Nicarágua (51%); e Equador (50%). (...) Veja-se, nesse norte, que, consoante a Pesquisa Global de Comportamento (PWE Research Center, 2019), o Brasil divide com o México a liderança do ranking de ceticismo no que tange à capacidade das eleições para transformar a realidade social. Assim é que, para 60% dos entrevistados, as coisas tendem a permanecer como estão, independentemente de quem vença as eleições.” (Alvim, Frederico Franco. Crise democrática e Justiça Eleitoral [recurso eletrônico] : desafios, encargos institucionais e caminhos de ação. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2020).

6 Seja na perspectiva criminal ou cível, o Ministério Público Eleitoral precisa analisar o histórico de contribuições formais de campanha ou qualquer vinculação político-partidária dos contratados e dos sócios das pessoas jurídicas contratadas em procedimentos com suspeitas de fraudes. Observe-se que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já se posicionou no sentido da legalidade desse tipo de linha investigativa, ao pontificar que “fatos ocorridos em período muito anterior à eleição podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser posteriormente empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos.” (Ação Cautelar nº 2230, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Herman de Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE, Data 03.10.2016).

7 O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem sido firme e cassado os eleitos, quando se comprova esse nexa entre fraudes licitatórias e abuso de poder econômico, *in verbis*: “(...) a manipulação de li-

aos empresários e empresas “parceiras” será paga exatamente na tentativa de reeleição ou na sucessão do gestor de plantão. Quem nunca ouviu que determinada licitação é um “compromisso de campanha”, ou mesmo que uma pessoa foi contratada, diretamente, ou indicada para uma empresa terceirizada, pelo voto ou fidelidade partidária⁸?

O quadro abaixo bem resume a questão:



Todo esse contexto sempre foi facilitado (ou estimulado), em parte, pela **antiga Lei de Licitações (Lei nº8.666/93), que, no campo criminal, era extremamente ineficaz**

citações para financiar campanha, ainda mais em se tratando de recurso da educação, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados. Requisito do art. 22, XVI, da LC 64/90 preenchido" (Recurso Especial Eleitoral nº 58738, Acórdão, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 03.10.2016).

- 8 A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº14.133/2021) possui dispositivo expresso que veda esse tipo de expediente "ordinário" no âmbito da Administração Pública Brasileira: Art. 48, NLLCA: Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado: I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;

para o combate à corrupção nas contratações públicas⁹, especialmente pelos seguintes aspectos:

a) em primeiro lugar, **todos os crimes licitatórios** eram punidos com **pena de detenção**, o que impedia o uso de interceptação telefônica, técnica de investigação e meio de prova fundamental nessa modalidade criminosa;

b) **apenas 2 (dois)¹⁰** dos 10 (dez) crimes licitatórios **admitiam, de maneira isolada e em tese, a decretação de prisão preventiva**, haja vista as penas baixas lá constantes;

c) **nenhum dos delitos licitatórios previstos na Lei nº8.666/93** podiam ser fundamento para a **decretação de prisão temporária**, ante a falta de previsão na Lei nº7.960/89.

d) **apenas 2 (dois)¹¹** dos 10 (dez) crimes licitatórios **tinham prazo prescricional de 12 (doze) anos;**

d) **após a Lei Anticrime (Lei nº13.964/2019), 8 (oito) dos 10 (dez) crimes permitiam, em tese, alguma espécie de acordo penal**, o que contribuía para a sensação social de impunidade, principalmente quando a reparação ao erário era colocada como principal meta dos acordos, sem que fossem previstas consequências funcionais aos investigados/processados. Isso ficava mais acentuado com a **possibilidade de transação penal em 4 (quatro) dos 10 (dez) delitos licitatórios.**

e) Completando esse estado de ineficácia legislativa com os delitos previstos na Lei nº8.666/93, cabe frisar o **indevido ativismo judicial** do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao firmarem posição jurisprudencial no sentido de exigir especial fim de agir para os tipos do artigo 89 (dispensa indevida de licitação)¹² e 92 (modificação, alteração ou prorrogação contratual contra a lei)¹³ quando a lei não o fazia expressamente (a simples

9 “Os sistemas de contratação pública são manifestamente um dos instrumentos jurídico-administrativos destinados a prevenir a corrupção expressa em conluio entre os agentes responsáveis pelas aquisições e os fornecedores, e os favorecimentos particulares ilegítimos, incluindo os de origem sectária, como são, exemplarmente, os de origem partidária ou por simples amizades. Um sistema de contratação pública com sucesso aspira a ser um sistema onde não existam subornos, favoritismos ou comportamentos anti-éticos. A nível do Direito comunitário tem sido enfatizada a ligação entre regulação dos contratos públicos e prevenção da corrupção.” (MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, p.361).

10 Caso dos delitos previstos nos artigos 89 (dispensa indevida de licitação) e 96 (fraude licitatória em prejuízo da Administração Pública).

11 Era a hipótese dos já citados artigos 89 e 96, da Lei nº8.666/93.

12 “A orientação do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da APn n. 480/MG, em 29 de março de 2012, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que a consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 demanda a demonstração de dolo específico, ou seja, da intenção do agente de causar dano ao erário e da efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Precedentes.” (AgRg no HC 404.854/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, Dje 15/06/2018).

13 “Esta Corte Superior entende que a configuração do delito do art. 92 da Lei n. 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico do agente e da ocorrência de prejuízo ao erário.” (STJ, AgRg no REsp 1360216/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, Dje 11/03/2015).

leitura do artigo 90 da lei revogada deixa muito claro que o legislador, quando quis, deixou essa elementar explícita, não sendo lícito ao Poder Judiciário fazê-lo, sob pena de substituir-se ao legislador em clara violação ao princípio da separação dos poderes). Esse sempre foi o posicionamento da doutrina majoritária¹⁴ e que reputamos o mais correto.

Esse cenário desalentador, todavia, pode mudar a partir da Nova Lei de Licitações (Lei nº14.133/2021), pois é incontestemente o reforço legislativo operado nessa área, tais como:

a) De acordo com o artigo 178 da Lei nº14.133/2021, **o Título XI do Código Penal (que trata dos Crimes contra a Administração Pública) terá o novo Capítulo II-B, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”**. O enquadramento formal, doravante, dos crimes licitatórios como crimes contra a Administração Pública **impedirá, de uma vez por todas, as indevidas absolvições fundadas no princípio da insignificância (o que é vedado pela Súmula nº599 do Superior Tribunal de Justiça¹⁵)**, pois o bem jurídico tutelado é, para além do aspecto patrimonial, a integridade dos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial o da moralidade¹⁶. Assim, pouco importará o *quantum* de prejuízo econômico¹⁷, já que o bem jurídico tutelado (a probidade administrativa) é imaterial e não possui lesão irrelevante¹⁸.

14 “Com propriedade, ensina Alaor Leite: ‘ocorre que essa interpretação, de que o prejuízo econômico é de se exigir, afasta-se em muito da redação do tipo. Não há nenhum indício, a partir do sentido literal possível, de que o tipo exija um prejuízo concreto à Administração Pública e, como já se sabe, o ponto de partida da interpretação é a redação do tipo, e não a referência ao bem jurídico protegido. Estamos diante de um caso em que, com muita evidência, a jurisprudência criou, sem se apoiar na decisão do legislador, um requisito típico, fato que não pode ser negado apenas pela circunstância de que essa exigência se reverte, primariamente, em favor do acusado. Pode-se criticar, sem dúvida, a redação um tanto lacônica do legislador, mas introduzir inauralmente um requisito típico, sem que sejam oferecidas fortíssimas razões jurídicas, não é permitido ao juiz.’ Vicente Greco Filho defende que se trata de ‘crime de perigo abstrato, ou seja, 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 inexigibilidade da licitação, independente de prejuízo.’ Realmente, parece ser a melhor exegese. O tipo penal dispensa o resultado naturalístico de modo que a conduta, mesmo que não implique prejuízo financeiro ou economicamente mensurável, fere valores da atuação administrativa e o dever de probidade do administrador.” (DO Ó SOUSA, Renee. *Licitações – Lei 8.666/1993, in Leis Penais Especiais comentadas artigo por artigo* - Coord. Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto; Renee do Ó Sousa. Salvador: 2019, 2ª edição, p.993).

15 Súmula 599 - O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. (Súmula 599, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017).

16 “[...] O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. [...]” (AgRg no AREsp 572572 PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016).

17 “Segundo entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula n.º 599/STJ, o “princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”, sobretudo quando perpetrados no âmbito da Administração Castrense, cujos valores institucionais e o próprio funcionamento estão alicerçados aos rigores da disciplina, da hierarquia, da ordem e da moralidade administrativa. Nesse panorama, deflui-se que a alegação de atipicidade material da conduta denunciada, predicada pelo desvio temporário e não volitivo de produtos alimentícios avaliados na monta de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), não possui ressonância à jurisprudência desta Corte.” (STJ, AgRg no AREsp 1450696/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 17/09/2019)

18 “Nos termos da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, não é aplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública.”

b) Como decorrência da alocação formal dos crimes licitatórios no Título dos “Crimes contra a Administração Pública”, **toda e qualquer progressão de regime estará condicionada à efetiva reparação do dano causado ao erário**, nos moldes do artigo 33, §4º, do Código Penal, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹.

c) Houve um **aumento no número de fatos tipificados como crimes** (antes, tínhamos 10 delitos, agora, são 12), com um **crescimento considerável das penas fixadas**, chegando até mesmo a ocorrer duplicação das penas máxima e mínima (caso do artigo 337-F do CP, que corresponde ao artigo 90 da Lei nº8.666/93, bem como do artigo 337-H do CP, que corresponde ao artigo 93 da Lei nº8.666/93), triplicação de pena máxima e aumento em 6 (seis) vezes da pena mínima (caso do artigo 337-M do CP, que corresponde ao artigo 97 da Lei nº8.666/92).

d) Ainda no tocante ao alargamento vertical das penas, **somente 1 (um) dos 12 (doze) novos crimes licitatórios (no caso, o previsto no artigo 337-N) está sujeito à transação penal**, ao passo que na Lei nº8.666/93 eram 04 (quatro) dos 10 (dez).

e) O **regime de pena passou a ser, majoritariamente, o de reclusão**, pois, dos 12 (doze) crimes licitatórios atuais, apenas 2 (dois) possuem o regime de detenção, o que facilitará sobremaneira as investigações com a possibilidade do uso de interceptação telefônica de forma autônoma. Além disso, tal fator impactará no cumprimento inicial da pena no regime fechado.

f) Considerando as penas fixadas abstratamente, **07 (sete) dos 12 (doze) novos crimes licitatórios admitem**, de forma abstrata e pelo *quantum* da pena, **a decretação da prisão preventiva**, a saber: artigo 337-E, do CP (“contratação direta ilegal”), artigo 337-F, do CP (“frustração do caráter competitivo de licitação”), artigo 337-H, do CP (“modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo”), artigo 337-K, do CP (“afastamento de licitante”), artigo 337-L, do CP (“fraude em licitação ou contrato”), artigo 337-M, §1º, do CP (“contratação inidônea”), artigo 337-O, §2º, do CP (“omissão grave de dado ou de informação por projetista”).

g) **07 (sete) dos 12 (doze) crimes licitatórios possuem**, em tese, **prazo prescricional de 12 (doze) anos**. É a hipótese dos tipos previstos nos artigos, 337-E, 337-F, 337-H, 337-K, 337-L, 337-M, §1 e 337-O, §2, do Código Penal.

nificância no tocante a crimes praticados contra a Administração Pública, tal como ocorre na hipótese dos autos.” (STJ, AgRg no AREsp 1602030/SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, Dje 29/10/2020).

19 “1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido. (EP 22 ProgReg-AgrR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-052 DIVULG 17-03-2015 PUBLIC 18-03-2015).

h) Houve alteração no critério de fixação da pena de multa, tornando-o mais rígido na maioria dos casos (vide o novo artigo 337-P do Código Penal).

No quadro-resumo abaixo, fizemos uma comparação da situação crime a crime para melhor percepção da evolução legislativa, merecendo destacar que, **via de regra, não se verifica qualquer tipo de *abolitio criminis*²⁰, mas apenas *novatio legis in pejus***, o que faz **essas novas modalidades delituosas só incidirem para os fatos praticados a partir do dia 01/04/2021**. Vejamos:

NOVOS CRIMES LICITATÓRIOS X CRIMES DA LEI 8.666/93	ANÁLISE COMPARADA DO REGIME PRISIONAL E DA QUANTIFICAÇÃO DAS PENAS
1 - Art.337-E, do CP x art.89, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, aumentando os patamares mínimo (de 3 para 4 anos) e máximo (de 5 para 8 anos), mantendo-se a pena de multa.
2 - Art.337-F, do CP x art.90, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão e as penas mínima e máxima dobraram (de 2/4 anos para 4/8 anos), mantendo-se a pena de multa.
3 - Art.337-G, do CP x art.91, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, a pena mínima manteve-se em 6 meses, mas a pena máxima aumentou de 2 para 3 anos, mantendo-se a pena de multa.
4 - Art.337-H, do CP x art.92, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão e as penas mínima e máxima dobraram (de 2/4 anos para 4/8 anos), mantendo-se a pena de multa.
5 - Art.337-I, do CP x art.93, da Lei 8.666/93	O regime de detenção permaneceu, a pena mínima ficou igual, mas a pena máxima aumentou de 2 para 3 anos, mantendo-se a pena de multa.
6 - Art.337-J, do CP x art.94, da Lei 8.666/93	<u>Único crime a não ter modificações</u> , mantendo-se o regime de detenção e a pena de 6 meses a 3 anos, com multa.
7 - Art.337-K, do CP x art.95, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, aumentando os patamares mínimo (de 2 para 3 anos) e máximo (de 4 para 8 anos), mantendo-se a pena de multa.

20 Trataremos desse ponto na análise dos crimes em espécie, mas convém citar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem refutando as alegações nesse sentido.

NOVOS CRIMES LICITATÓRIOS X CRIMES DA LEI 8.666/93	ANÁLISE COMPARADA DO REGIME PRISIONAL E DA QUANTIFICAÇÃO DAS PENAS
8 – Art. 337-L, do CP x art.96, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, aumentando os patamares mínimo (de 3 para 4 anos) e máximo (de 6 para 8 anos), mantendo-se a pena de multa.
9 – Art. 337-M, caput, do CP x art.97, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, aumentando as penas mínima (de 6 meses para 1 ano) e a máxima (de 2 anos para 3 anos), mantendo-se a de multa.
10 – Art. 337-M, §1, do CP x art.97, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, aumentando as penas mínima (de 6 meses para 3 anos) e a máxima (de 2 anos para 6 anos), mantendo-se a de multa.
11 - Art. 337-N, do CP x art.98, da Lei 8.666/93	O regime mudou para reclusão, com a mesma pena entre 6 meses e 2 anos, acrescida de multa.
12 - Art. 337-O, do CP	Sem crime correspondente
Pena de Multa na Nova Lei de Licitações	PENA DE MULTA NA LEI 8.666/93
<p>Art. 337-P, do CP: A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e <u>não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.</u></p> <p>* Sem limite máximo específico.</p>	<p>Art. 99, da Lei nº8.666/93: A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.</p> <p>§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.</p> <p>§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.</p>

CAPÍTULO 2

ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DOS CRIMES LICITATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

O dever constitucional de licitar (previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988) encontra-se regulamentado por diversas leis que foram sendo editadas ao longo do tempo e que constituem, por assim dizer, o sistema brasileiro das contratações públicas.

A seguir, iremos apresentar os principais marcos normativos desse microsistema jurídico e os reflexos que a Nova Lei de Licitações vai operar em cada um deles, valendo ressaltar que **os novos crimes licitatórios incidirão em qualquer das contratações fundadas nas leis citadas, desde que o fato seja posterior ao dia 01/04/2021 (data da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações²¹), pois as práticas criminosas anteriores a esse marco normativo serão reguladas pelos delitos previstos entre os artigos 89 à 98, da Lei nº8.666/93.** Vejamos:

a) **Lei nº8.666/93**, chamada de lei geral de licitações e contratos da Administração Pública, **que continua em vigor** e pode ser usada regularmente **até 1º de abril de 2023, data em que será revogada** (vide artigo 193, II, da NLLCA), **salvo na parte criminal (artigos 89 a 108, que já foi revogada imediatamente (vide artigo 193, I, da NLLCA).**

b) **Lei nº8.987/95**, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, cujo texto **continuará em vigor normalmente após a Nova Lei de Licitações**, sendo esta última aplicável subsidiariamente às disposições daquela, como preceitua o artigo 186 da NLLCA.

21 O artigo 194 da **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos deixou claro que ela entrou em vigor no dia da sua publicação (01/04/2021)**, isto é, **sem qualquer vacatio legis**. Considerando o tamanho da lei e a gama de novidades por ela trazidas, tal providência seria extremamente temerária, não fosse a **regra de transição dos artigos 191 e 193, II**, a seguir explicadas. De antemão, é bom frisar que **algumas leis anteriores à NLLCA que tratam do assunto permanecem em vigor até o dia 1º de abril de 2023**, conforme o artigo 193, II, da Lei nº14.133/2021. **É o caso Lei nº8.666/93, da Lei nº10.520/2002 e da Lei nº12.462/2011.** Tem-se, no caso, o estabelecimento do **regime de transição**, em que os todas pessoas obrigadas a licitar podem **escolher, livremente, o regime licitatório que usarão nesses dois anos** (01/04/2021 a 01/04/2023). Tal regra está disposta no *caput* do artigo 191 da NLLCA, merecendo o destaque que tal **decisão é discricionária e insuscetível de controle a priori pelo Poder Judiciário ou por qualquer órgão de controle**, salvo algum desvio de finalidade a ser provado no caso concreto. Além disso, destaque não se faz necessária qualquer motivação concreta específica, bastando a indicação da opção feita no respectivo edital ou no aviso ou instrumento de contratação. Outro dado importante é que a escolha de um regime licitatório para determinada contratação não gera o dever do administrador seguir aquele tipo para a(s) próxima(s) que ocorrer(ão), permitindo um movimento de experimentação da nova lei aos poucos pelos gestores públicos, o que, no ponto, é deveras recomendável que se faça para que os erros sejam diminuídos ao máximo possível. Diferente, contudo, é a hipótese de **combinação de regras** da Nova Lei de Licitações com qualquer das outras que serão por ela revogadas. Tal expediente está taxativamente **proibido à luz da parte final do artigo 191 da NLLCA.**

c) **Lei nº10.520/2002**, conhecida como “lei do pregão”, **que continua em vigor** e pode ser usada regularmente **até 1º de abril de 2023, data em que será inteiramente revogada** (vide artigo 193, II, da NLLCA).

d) **Lei nº11.079/2004**, conhecida como “Lei das Parcerias Público-Privadas”, que **continuará em vigor normalmente após a Nova Lei de Licitações Públicas**, mas com a determinação expressa de que esse tipo de negócio jurídico **seja contratado somente pelas modalidades concorrência ou diálogo competitivo (nova espécie licitatória)**, tudo à luz do disposto no artigo 180 da NLLCA. Além disso, o artigo 186 da NLLCA determina a sua aplicação subsidiária às disposições da Lei nº11.079/2004.

e) **Lei Complementar nº123/2006** (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que, entre os artigos 42 a 49, trata do acesso ao mercado público por essas pessoas jurídicas, conferindo-lhes alguns benefícios licitatórios e preferência na contratação pelo Poder Público em caso de empate com outros tipos de sociedades empresárias (vide artigos 42, 44 e 48 do citado diploma²²). É importante frisar que essa regra **foi mantida em vigor pelos artigos 4º e 60, §2º, da NLLCA**.

f) **Lei nº12.232/2010**, que trata das normas gerais para a licitação e contratação pela Administração dos serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, cujo texto **continuará inteiramente em vigor após a NLLCA**, sendo a nova lei aplicável a tal diploma apenas de forma subsidiária, com diz o já citado artigo 186.

g) **Lei nº12.462/2011**, cujos **artigos 1º a 47-A** (que tratam do regime de diferenciado de contratações públicas) **continuarão em vigor**, podendo ser usados regularmente **e com data de revogação para após 1º de abril de 2023** (vide artigo 193, II, da NLLCA).

h) **Lei nº13.303/2016**, chamada de “lei das estatais”, que **continua inteiramente em vigor** após a NLLCA, merecendo destacar que **os novos crimes licitatórios** inseridos no Capítulo II-B do Código Penal (artigos 337-E a 337-O) **aplicam-se às contratações das estatais** por força do disposto no artigo 1º, §1º c/c artigo 185, ambos da NLLCA. Além disso, **podem ser usados os critérios de desempate da NLLCA** (previstos no artigo 60) **nos certames das estatais**, diante do disposto no artigo 55, II, da Lei nº13.303/2016, **também devendo ser observada a preferência do pregão** para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (vide artigo 32, IV, da mesma lei).

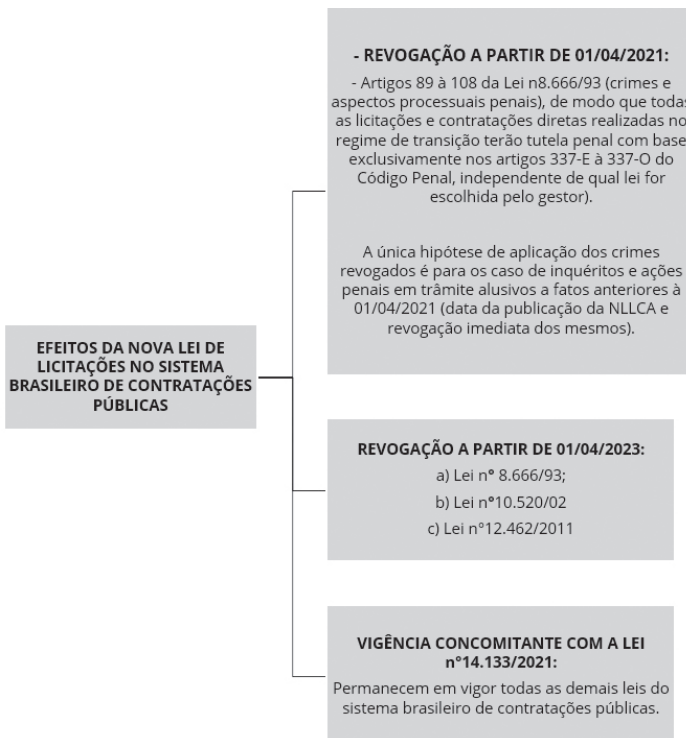
22 Em síntese, os benefícios e preferências das EPP's e ME's são os seguintes: I) A comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato (art. 42). II) Preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de empate (art. 44). Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. Se for pregão, o percentual é de 5%. III) Processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme art. 48, I. IV) Possibilidade da Administração Pública, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 48, II). V) Estabelecimento, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (art. 48, III).

i) **Lei nº13.334/2016**, que criou o Programa de Parcerias de Investimento (PPI) no âmbito da Presidência da República, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, cuja licitação para implementação (que pode ser na modalidade leilão) independe de lei autorizativa geral ou específica (artigo 13) e deve seguir os parâmetros da Lei nº9.491/97 (Programa Nacional de Desestatização) e Lei nº11.079/2014 (Parceria Público-Privada). Tal norma **continuará em vigor normalmente após a NLLCA**.

j) **Lei nº14.011/2020**, que trata dos contratos de “facilities” pela Administração Pública, cuja **permanência em vigor é inquestionável** diante da omissão da NLLCA em indicá-la como um dos diplomas por ela revogados e, também, pelo fato do artigo 3º ter ressalvado a vigência de todas as contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

Não bastasse isso, destaco que o artigo 184 da NLLCA diz que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.”

Pode-se esquematizar a questão da seguinte maneira:



CAPÍTULO 3

ASPECTOS INVESTIGATÓRIOS E PROCESSUAIS RELEVANTES DOS CRIMES LICITATÓRIOS.

Os crimes licitatórios, inseridos formalmente como modalidades de crimes contra a Administração Pública e, também, como “crimes do colarinho branco”, possuem peculiaridades investigativas e processuais que são de conhecimento obrigatório para todos que atuam na área do controle administrativo, da persecução penal, seja na perspectiva investigatória ou defensiva.

Ocorre que os livros voltados ao estudo da temática, via de regra, apenas trazem as regras gerais, sem apresentar exatamente as particularidades que, pelo desconhecimento, dão ensejo a nulidades processuais ou mesmo a falhas defensivas.

Pensando nisso, trataremos a seguir uma breve síntese do tema.

3.1 – O DEVER CÍVICO DOS CIDADÃOS EM DENUNCIAR OS CRIMES QUE TENHAM CONHECIMENTO E AS GARANTIAS LEGAIS PARA O WHISTLEBLOWER²³: Diz o artigo 5º, §3º, do Código de Processo Penal que “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.”

A fiscalização levada a cabo pelos cidadãos na área dos crimes contra a Administração Pública é um direito fundamental ínsito ao próprio regime republicano estampado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e decorre, também, dos vários deveres inerentes aos que administram os bens públicos e o próprio erário (tesouro).

Nesse tocante, merece destaque a obrigação constitucional e legal dos agentes públicos no sentido de garantir a máxima publicidade a todo e qualquer ato administrativo, cuja regulação encontra-se plasmada no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, no artigo 32 da Lei nº12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação), no artigo 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal, na Lei nº9.784/99, dentre outros diplomas legais.

Seguindo essa lógica do sistema jurídico-administrativo brasileiro, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº14.133/2021), possui dispositivos que

23 “O termo ‘whistleblower’ é uma junção das palavras ‘blow’ e ‘whistle’, que traduzidas ao português significam ‘soprar o apito’. Não há informações exatas de onde o termo provém. Para alguns, seria de origem norte-americana, em razão de ‘um árbitro com camisa listrada, que em uma partida de basquete ou futebol americano, faz soar o apito ante alguma infração, chamando a atenção de todos para que a conduta seja interrompida’, outros relacionam a expressão à Inglaterra, onde um ‘policial perseguindo um ladrão sopra o seu apito para chamar a atenção das pessoas. De forma muito comum, vemos com frequência a utilização dos termos *whistleblowing* e *whistleblower* indiscriminadamente, gerando uma certa confusão ao leitor. É importante que se tenha em mente que *whistleblowing* se refere ao ‘ato de alertar’, enquanto a palavra *whistleblower* deve ser empregada quando se pretender referir ‘ao indivíduo que realiza o ato de alertar’. O ativista americano Ralph Nader, em 1971, descreveu o *whistleblowing* como um ato de um homem de uma mulher que, acreditando que o interesse público é maior que o interesse da organização a que está vinculado, emite o alerta de que tal organização está envolvida em atividades corruptas, ilegais ou fraudulentas.” (CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing: Principais Características e Vantagens. O que o Brasil está perdendo?, in Corrupção como Fenômeno Supralegal* – Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017, p.76).

concretizam o dever de publicidade exatamente com o fim de garantir um maior controle social e institucional das compras públicas, sendo relevante citar os seguintes:

- **Art. 12, § 1º:** O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

- **Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos**, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;
II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.

- **Art. 17, §2º:** As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, **devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.**

- **Art. 25, § 3º:** **Todos os elementos do edital**, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, **deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital**, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

- **Art. 27:** Será divulgada, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, **a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto no art. 26 desta Lei**, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

- **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).**

§ 1º Sem prejuízo do disposto no **caput**, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

§ 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.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos

elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

- Art. 75: É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

§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).

- Art. 91: Os **contratos e seus aditamentos** terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, **divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.**

§ 1º Será admitida a **manutenção em sigilo** de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação.

§ 2º Contratos relativos a direitos reais sobre imóveis serão formalizados por escritura pública lavrada em notas de tabelião, cujo teor deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

- Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) **é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos** e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, **sob pena de nulidade.**

§ 2º A divulgação de que trata o caput deste artigo, quando referente à **contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade**, **deverá identificar os custos** do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.