Coordenação:

BRUNO BELÉM
MATHEUS CARVALHO
RONNY CHARLES

TEMAS CONTROVERSOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Autores

Anderson Sant'ana Pedra
Antônio Flávio de Oliveira
Bruno Belém
Caroline Argolo
Fábio Roque Araújo Fabrício
Macedo Motta Irene Patrícia
Nohara Hamilton Bonatto
Heloísa Helena Antonacio M. Godinho
Márcio Cammarosano
Marcos Nóbrega
Matheus Carvalho
Paulo Germano Moreira Neves da Rocha
Rafael Sérgio de Oliveira
Ronny Charles Lopes de Torres
Victor Aguiar Jardim de Amorim

2021

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

VIII

PERFORMANCE BOND NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS NOVAS REGRAS DO REGIME BRASILEIRO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Matheus Carvalho[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Contratos administrativos à luz da análise econômica do direito; 3. Histórico da utilização de *performance bond* no direito americano; 4. Modelo brasileiro: 4.1 Garantia nos contratos adminstrativos à luz da lei 8.666/93, 4.2 Nova lei de licitaçoes e formas de exigência da garantia, 4.3 Cláusula de retomada, 4.4. Vantagens do sistema de *performance bond* trazido pela nova legislação; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito atua diretamente nas relações contratuais, com a intenção de lhes conceder maior eficiência, na busca do bem estar social. Nesse contexto, as avenças firmadas geram riqueza e agregam valor aos bens alvos da contratação e as normas que regulam esses acordos precisam atuar no sentido de garantir o menor custo possível nas transações, com o melhor resultado possível.

As contratações públicas no direito brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posterior publicação da lei 8.666/93, seguem um rígido sistema, com a realização de procedimentos licitatórios, com o intuito de resguardar a isonomia da contratação e encontrar a proposta mais vantajosa ao ente estatal.

Em muitas situações, se privilegia o menor preço para o objeto a ser contratado, o que pode configurar uma diminuição da qualidade dos serviços e produtos ou, até mesmo, o inadimplemento contratual.

---

1 Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito do Estado. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania. Professor de Direito Administrativo.

De fato, quando se vislumbram as contratações de obras, por exemplo, o diagnóstico é de que há um percentual muito grande de obras inacabadas[2] e muitas outras consideradas entregues, sem a qualidade devida, além daquelas cujo atraso extrapola os limites do razoável. Ainda se podem acrescentar as construções superfaturadas ou com sobrepreço.

Com a intenção de resguardar o interesse da sociedade, nesses casos, representado pelo aspecto econômico, a legislação criou mecanismos para minimizar os riscos do ente público.

Nesse sentido, a legislação previu a possibilidade de se exigir do contratado, para fins de assinatura do contrato, a prestação de uma garantia, lhe sendo facultada a escolha da modalidade nos limites da lei.

Ao longo do tempo, se percebeu que o seguro garantia figurou como o modelo mais comum de prestação de caução e deve ser enxergado como mais eficiente do que os demais regulados na legislação. Todavia, seus percentuais permitidos pela lei anterior ainda são muito tímidos e a nova legislação implementa, portanto, algumas mudanças para aprimorar o instituto.

O presente trabalho tem a finalidade de analisar o instituto da *performance bond* à luz da lei 8.666/93 e a sua ampliação na nova legislação, assim como persegue fazer uma análise econômica[3] das contratações públicas e a importância do seguro dentro desse contexto.

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 011.196/2018-1. Diagnóstico das obras paralisadas. Identificação das principais causas e das oportunidades de melhoria. Recomendações. Monitoramento. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/05/011.196-2018-1-VR-diagnóstico-de-obras-paralisadas.pdf Acesso em: 19 de dezembro de 2020.

3 A abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito de mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica. A Análise Econômica do Direito, portanto, nada mais é que a aplicação desse método para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. A AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. GICO JR., Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). O que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. 2ª Edição. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016, Pp. 19-20.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Inicialmente, ressalta-se que o objetivo da Análise Econômica do Direito é o de analisar os diplomas legislativos com a intenção de garantir eficiência, o que enseja a maximização do bem estar social. Conforme ensinamentos de Posner (2007)[4], as leis mal elaboradas podem ensejar insegurança jurídica, o que, por sua vez, reduz a satisfação social.

As relações contratuais sempre foram um campo rico de estudo para a Análise Econômica do Direito uma vez que a troca voluntária firmada entre as partes auxilia na produção de riquezas e aumenta o bem estar da sociedade, ao permitir que os bens transitem entre titulares diferentes, ensejando um aumento de seus valores individuais.

A título de exemplo, pense na venda de um coco feita por um comerciante. O vendedor compra a fruta por R$ 1,00 e pretende vendê-la pelo preço de R$ 2,00. Ao encontrar um comprador, a transação ocorre a R$ 1,50. O comprador, portanto, angaria um lucro de 0,50 e, ao mesmo tempo, o comprador consegue um benefício líquido do mesmo valor (já que a fruta valia R$ 2,00 e a compra se efetivou a R$ 1,50). Esse contrato, ao final, deixa a sociedade com uma riqueza de R$1,00 a mais do que possuía antes de ocorrer.

Por óbvio, essa situação simples ganha outro contorno ao se deparar com contratos firmados pela Administração Pública em valores muito altos, cujo risco de inadimplemento pode ensejar prejuízo a toda a sociedade. Esses riscos ensejam custos a serem assumidos com o intuito de minimizá-los e que são incorporados ao acordo firmado.

Esses chamados custos da transação são enumerados por Kloh (2019)[5] e divididos pelo mesmo autor em 3 categorias diferentes, a saber: (I) vinculados à redação das cláusulas da avença, que variam conforme a complexidade do objeto; (II) relacionados à regulamentação legal do contrato; (III) ligados aos imprevistos e inadimplementos que podem ocorrer no bojo da relação contratual.

Assim, o direito contratual deve ser estruturado de forma a tentar minimizar os riscos de seu inadimplemento ou má execução. No entan-

4 POSNER, 2007.

5 KLOH, Gustavo, 2019.

to, esses custos não podem superar os benefícios que surgirão da celebração do próprio acordo, razão pela qual, a norma precisa encontrar um ponto ideal de redução do risco que enseje um custo aceitável, dentro da avença e de sua perspectiva de ganho. Caso isso seja alcançado, à luz da Análise Econômica do Direito, teremos uma legislação eficiente.

Em outras palavras, analisando os ensinamentos de McKaay (2013)[6], a norma mais eficiente é aquela que enseja o maior ganho líquido, ou seja, oferece ganhos maiores, com o menor custo de transação.

Um dos riscos que devem ser levados em consideração pelas regras contratuais é o inadimplemento de uma das partes contratadas, o que enseja a necessidade de atribuição de sanções como forma de minimizar essa possibilidade. Trata-se de uma forma de premiar o contratado cumpridor de suas avenças e de balizar a outra parte quanto deve investir em cumprir o acordo firmado.

Nos contratos públicos, a gestão do Direito Administrativo cria mecanismos para uma das partes (o ente estatal) evitar inadimplementos que seriam diretamente prejudiciais à coletividade. Nesse contexto, Carvalho (2021)[7] analisa que "os contratos administrativos são aqueles contratos celebrados pela Administração Pública sob o regime de direito público, com prerrogativas e vantagens decorrentes da supremacia estatal".

As prerrogativas apontadas pelo autor visam a diminuir os riscos da contratação e, consequentemente, reduzir o custo de transação, haja vista o fato de que, nesses acordos, a relação transcende as partes e busca atender ao interesse público, amplamente considerado.

A importância da regulamentação dos contratos administrativos não decorre somente do seu impacto em toda a coletividade, mas também do grande volume de contratos firmados, quando considerados todos os entes e órgãos administrativos, movimentando grandes valores pertencentes aos cofres públicos e gerando efeitos econômicos consideráveis.

A normatização criada no âmbito do Direito Administrativo, no Brasil, todavia, sofre poucas influências da análise econômica do direito, haja vista seu foco estar direcionado para a atuação do Estado, evitando

6 MACKAAY, Ejan. 2013.

7 CARVALHO, Matheus, 2021.

a atuação ilegal dos agentes públicos e a atuação em desconformidade com o sistema.

Ou seja, o sistema de controle dos contratos administrativos, no direito brasileiro, está menos voltado para a busca de eficiência e mais direcionado ao princípio da legalidade. Com efeito, a legislação é posta de forma a amarrar o gestor público a procedimentos rígidos e, muitas vezes, ineficientes, com o intuito de resguardar a legalidade.

No entanto, esse sistema não vem se mostrando apto a evitar fraudes e casos de corrupção, cada vez mais frequentes no sistema nacional de contratações públicas, em que pese seu custo contratual muito alto.

Veras (2016) assevera que "O regime jurídico dos contratos administrativos, tal como delineado pela Lei nº 8.666/1993, é um exemplo (quase que de manual) de como se celebrar um contrato com elevados custos de transação nas fases pré e pós contratual. Os elevados custos de transação começam na definição do objeto que será contratado. A Administração Pública – com razão – não detém *expertise* na especificação de objetos complexos."[8]

Por toda a análise apresentada, pode-se verificar que o sistema jurídico regulador dos contratos administrativos, no Brasil, está totalmente dissonante da Análise Econômica do Direito e dos critérios de busca de economicidade por ela apresentados, muito embora, seja a eficiência um princípio estampado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal vigente como balizador da atuação estatal.

No entanto, a partir da publicação da lei 10.520/02, que trata do pregão, pode-se perceber uma mudança de paradigma na legislação nacional reguladora de contratações públicas, voltada para a busca de uma maior eficiência desses acordos e diminuição do custo de transação. A lei 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratações seguiu o mesmo parâmetro.

Por fim, a nova lei geral de licitações e contratos administrativos nasce com a perspectiva de manter a segurança das contratações públicas, com procedimentos que resguardam a legalidade dos acordos, sem permitir que isso enseje uma perda de eficiência.

8 VERAS, Rafael, 2016.

Não obstante as mudanças trazidas, os contratos públicos ainda ensejam uma grande insegurança ao particular contratado e, conforme será analisado ao longo desse artigo, ainda possuem alto índice de inadimplemento e inexecução, o que torna necessária a inclusão de cláusulas que promovam a redução dos riscos do negócio para o ente público (e, consequentemente, para toda a sociedade).

Nesse contexto, surge, na normatização dos contratos administrativos, a possibilidade de se buscar garantia do acordo com terceiro, para minimizar os riscos para o ente público. Analisaremos, neste trabalho, a garantia prestada por meio da *performance bond* e sua importância nos contratos públicos.

3. HISTÓRICO DA UTILIZAÇÃO DE *PERFORMANCE BOND* NO DIREITO AMERICANO

Desde o século XIX, com o término da guerra civil, os Estados Unidos da América passaram por diversas crises financeiras até a criação do Federal Reserve, o que se deu no ano de 1914.

Dentro desse contexto, os contratos firmados pelo poder público passam a incluir cláusula de *performance bond* com o intuito de evitar a não execução dos projetos relevantes para a Administração Pública ou, ao menos, reduzir os riscos desse inadimplemento.

Vollbretch e Lewis (2009), tratando do tema, explicitam que:

> "As Performance Bonds surgiram na indústria de construção civil americana no final do século XIX, em uma tentativa de proteger o Tesouro Público contra o risco de sinistro nos projetos públicos. Antes da década de 1890, a maioria das garantias eram individuais e não tinham compensação, embora algumas garantias corporativas tenham sido organizadas. Em resposta ao pânico financeiro de 1893, a Lei de Heard foi promulgada. Ela requereu que as obrigações de execução e pagamento dos contratantes federais fossem garantidas por uma garantia contratual emitida por "boas e suficientes" seguradoras, incluindo garantias corporativas compensadas e aprovadas pelo Departamento do Tesouro"[9].

Com efeito, com a promulgação do *Heard Act*[10], em 1893, se criou uma proteção para a Fazenda Pública ao exigir uma apólice que garan-

9 VOLLBRECHT, Thomas J. LEWIS, Jacqueline.; 2009, pp. 1-20.

10 "The Heard Act, H.R. 86", sancionado pelo Presidente em 13 de Agosto de 1894, conforme registra o "Registro Congressual da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, do 53º Congresso, 2ª Sessão Legislativa, página nº 8592.

tiria as obras estatais, abarcando os pagamentos com material e mão de obra, até a conclusão integral.

Dadas algumas inconsistências iniciais, o *herd act* foi sendo alterado e substituído pelas legislações posteriores que buscavam, em todos os casos, compatibilizar o interesse do particular contratado e da seguradora, e a proteção ao Estado que figurava como beneficiário da apólice.

Em 1935, com a promulgação do *Miller Act*[11] a contratação de seguro com cláusula de *performance bond* passa a ser obrigatória para contratações de obras públicas de maior vulto, evitando a paralisação do acordo pelo inadimplemento do contratado.

Ainda, atualmente, a *performance bond* constitui instrumento presente nas contratações americanas em regra geral, de forma muito intensa. Galiza (2015)[12] faz uma análise do instituto ao longo dos estados americanos e percebe que, em sua maioria, os seguros ultrapassam 50% do valor do contrato, chegando em 100% em muitos estados.

Carvalhosa (2017), ao tratar do tema, considera que a experiência, nos Estados Unidos, da utilização do sistema de seguro garantia gerou e tem gerado muitos benefícios às contratações públicas. Dispõe que:

> "As seguradoras elaboram criteriosa avaliação de subscrição de apólice com base em três elementos fundamentais: a obrigatoriedade da contratação de apólice de performance em todos os contratados de obras públicas; a importância segurada em 100% do valor do contrato; e a atribuição de poder de fiscalização permanente à seguradora, tanto no canteiro de obras como na auditoria permanente da execução econômico-financeira do contrato"[13].

4. MODELO BRASILEIRO

No Brasil, a previsão de garantia para a celebração de contratos com a Administração Pública é muito mais recente e surge com a publicação da lei 8.666/93, em seu art. 56, prevendo a possibilidade de o poder público exigir a prestação da caução, que pode ser efetivada mediante seguro garantia, a critério do particular, que também pode optar por

11 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 40 U.S.C. §§ 3131-3134.

12 GALIZA, 2015.

13 CARVALHOSA, 2017.

outras formas de prestação como o pagamento em dinheiro ou títulos da dívida pública e, ainda, a fiança concedida por instituições bancárias.

Cabe ressaltar que, originariamente, o art. 56, § 3º, da referida lei previa a obrigatoriedade da prestação da garantia, por meio de seguro, para obras de grande vulto, o que foi vetado pelo, então Presidente da República, Itamar Franco.

A mensagem de veto informava que:

> "o seguro garantia ou performance bond, como é conhecido e aplicado em alguns países do mundo, pretende proteger o contratante contra licitações irresponsáveis ou colhidos por infortúnios. Todavia, tal como foi introduzido no Projeto de Lei, o seguro-garantia pode comprometer a democratização e a lisura das licitações, tendo em vista que: 1- Não existe qualquer critério objetivo para orientar o administrador público na fixação do valor da cobertura; 2- Não há estabelecimento de limite para sua exigência, o que permite uma indesejável e perigosa limitação, pelos agentes da Administração Pública, do universo de possíveis licitantes, através da fixação arbitrária do montante exigido, seguindo sua conveniência subjetiva.[14]"

Outros argumentos foram apresentados e nossa legislação deixou de impor a utilização do seguro garantia, mesmo em contratos de valores mais altos.

Com as alterações feitas pela lei 8.883/94, portanto, a legislação incluía o seguro garantia entre uma das hipóteses de prestação de caução pelo particular contratado, não impondo essa única modalidade.

Com a publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos, a obrigatoriedade de seguro garantia para contratos de valores mais altos volta a figurar no texto legal e com a possibilidade de inserção de cláusula de retomada em determinadas situações.

4.1. Garantia nos contratos adminstrativos à luz da lei 8.666/93

O art. 55, VI, da lei 8.666/93 estabelece a exigência de garantia como cláusula necessária dos contratos administrativos e, nesse sentido, o art. 56 prevê a exigência da caução com o objetivo de garantir a plena execução do contrato, não se confundindo com a garantia da proposta que vincula o proponente aos termos apresentados. O fundamento para sua exigência é o resguardo do interesse público. Nesse

14 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem de Veto Presidencial nº 335, de 21 de junho de 1993.

sentido, dispõe Marçal Justen Filho(2009)[15] que "para neutralizar os efeitos jurídicos potencialmente danosos aos interesses do particular, o contrato administrativo comporta um conjunto de garantias igualmente excepcionais".

Como forma de garantia, a Lei prevê a caução que pode ser exigida, pelo Estado, para garantir o ressarcimento de danos em caso de descumprimento contratual pelo particular, sendo que a garantia poderá ser prestada em dinheiro, títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro garantia, a critério do contratado privado. Carvalho (2021), analisando a exigência de caução, salienta: "Trata-se de poder dever da Administração Pública e não mera faculdade do contratante público, haja vista a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público"[16].

O valor dessa garantia é definido, no bojo do contrato, e determinado pela administração pública. A lei estabelece o **limite máximo de 5%** do valor do contrato, sendo que, em observância a este limite, o poder público deve, discricionariamente, dispor acerca do valor a ser cobrado em cada contratação específica.

Ocorre que, nos contratos de grande vulto, que envolvam alta complexidade técnica ou riscos financeiros consideráveis, definidos por meio de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, a garantia pode chegar a **10%** do valor inicial do contrato, sempre mantida a regra que o ente estatal é quem define o valor da caução.

Ressalte-se que a legislação expressamente define contratos de grande vulto como aqueles que ultrapassam 25 × R$ 3.300,000,00, consoante definido no art. 6º, V da lei 8.666/93, não havendo discricionariedade em relação a esta característica.

Em relação ao valor da garantia contratual, a legislação ainda dispõe que, em caso de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Outrossim, a lei diz quais são as formas possíveis de garantia contratual, mas o responsável pela escolha da forma de prestação da caução é o particular contratado e não o poder público, que definiu o valor

15. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Forum, 14ª ed. 2009.

16 CARVALHO, 2021.

da garantia a ser prestada dentro dos limites legais. A garantia poderá ser prestada sob uma das seguintes formas:

a) dinheiro;

b) títulos da dívida pública, desde que este título tenha sido emitido sob a forma escritural, mediante registro em sistema de liquidação e custódia, com autorização do Banco Central do Brasil e avaliado nos parâmetros definidos pelo Ministério da Fazenda;

c) seguro garantia firmado com empresa seguradora que arcará com o risco dos eventos danosos ocorridos no bojo do contrato;

d) fiança bancária, não se admitindo qualquer outra espécie de fiador, que não a instituição financeira.

Ao final do contrato administrativo, duas situações são possíveis. Vejamos.

- Em caso de cumprimento do contrato e adimplemento de todos os seus termos pelo particular, a garantia deverá ser devolvida e, se foi prestada em dinheiro, deve haver a correção do valor, no momento da devolução.
- Em caso de descumprimento contratual, a garantia pode ser utilizada pelo Estado como mínimo indenizatório, ou seja, o ente público pode executar a garantia e cobrar indenização excedente em caso de o prejuízo ultrapassar o valor da caução.

4.2. Nova lei de licitaçoes e formas de exigência da garantia

O art. 96 da lei 14.133/2021 estabelece a possibilidade dada ao ente público de exigir do particular a prestação de garantia para a assinatura dos contratos administrativos, seguindo, a princípio, os parâmetros da legislação anterior, ao dispor que o valor da garantia será de até 5% – em regra – ou até 10% do valor do contrato, quando houver riscos financeiros e alta complexidade (art. 98), deixando a cargo do ente público contratante a definição de seu valor, nos limites legais.

Lembre-se, ainda, que, quando o contrato for de fornecimento contínuo com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais da garantia.

XI

DOS IMPACTOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Caroline Argolo[1]
Fábio Roque Araújo[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos tipos penais insertos no código penal brasileiro, 2.1. Contratação direta ilegal – art. 337-E, 2.2. Frustração do caráter competitivo de licitação – art. 337-F, 2.3. Patrocínio de contratação indevida – art. 337-G, 2.4. Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo – art. 337-H, 2.5. Perturbação de processo licitatório – art. 337-I, 2.6. Violação de sigilo em licitação – art. 337-J, 2.7. Afastamento de licitante – art. 337–K, 2.8. Fraude em licitação ou contrato – art. 337-L, 2.9. Contratação inidônea - art. 337-M, 2.10. Impedimento indevido – art. 337-N, 2.11. Omissão grave de dado ou de informação por projetista – art. 337-O, 2.12. Art. 337-P – metodologia de cálculo para a pena de multa; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Escrevemos este artigo um dia após a sanção da agora atual Lei de Licitações, Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, que irá substituir integralmente a Lei de número 8.666, publicada no ano de 1993.

Aqui, a perspectiva abordada é a de que modo a nova Lei irá reverberar no Código Penal brasileiro. Recorde-se que a Lei 8.666/93 já trazia um catálogo de crimes relacionados às licitações e contratos administrativos, de modo que este tipo de crime constava, assim, da legislação penal extravagante, e não da parte especial do Código Penal.

---

1 Advogada. Mestra em Ciências Criminológico-Forenses. Mestra em Políticas Sociais e Cidadania. Especialista em Direito Penal. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Compliance e Direito Anticorrupção. Professora. Autora.

2 Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor. Autor.

Contudo, a nova Lei de Licitações determina uma alteração no nosso Código Penal, notadamente em sua parte especial, fazendo incluir em seu Título XI (Crimes contra a Administração Pública) o Capítulo II-B, que versa sobre "Crimes em Licitações e Contratos Administrativos". Destarte, o tema relativo aos crimes envolvendo licitações e contratos deixará de ser do âmbito da legislação penal especial e passará a integrar o Direito Penal parte especial, precisamente nos artigos 337-E a 337-P.

Frise-se, por ser oportuno, que a Lei prevê uma *vacatio legis* de dois anos, de modo que levará um bom tempo para que entre em vigor as mudanças doravante comentadas.

Ademais, insta consignar que as considerações deste capítulo serão especialmente reservadas à seara penal, entretanto, não deixaremos de incluir conceitos e exposições oportunas que derivem do Direito Administrativo, a fim de que o conteúdo dos tipos reste claro.

Quanto às considerações penais, trataremos dos respectivos sujeitos ativo e passivo, dos elementos jurídico e material, do elemento subjetivo, de considerações relativas à consumação do crime, das respectivas penas e, por fim, da natureza da ação penal.

O objetivo deste texto é apresentar as primeiras considerações acerca das alterações propostas pela nova Lei de Licitações, sendo a revisão bibliográfica a metodologia utilizada, bem como a análise de normativos correlatos ao tema.

Feitas tais ressalvas, passemos às primeiras considerações sobre os tipos penais previstos na nova Lei de Licitações, analisando cada um de maneira apartada, a fim de apresentarmos as informações mais importantes acerca deles.

2. DOS TIPOS PENAIS INSERTOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O art. 178 da nova Lei de Licitações determina que "O Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B". O referido capítulo, conforme já anunciado, insere no normativo penal doze artigos, do 337-E ao 337-P. Vejamos, agora, cada um deles.

2.1. Contratação direta ilegal – art. 337-E

O aludido artigo tem a seguinte redação:

> Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Inicialmente, cumpre-nos tecer breves considerações acerca de quem é a Administração Pública, bem como do que vem a ser a "contratação direta" mencionada no destacado tipo penal.

Temos que a Administração Pública é composta pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público. A administração direta é composta por todos os entes federativos e seus respectivos órgão; enquanto os entes da administração indireta, recorde-se, são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

A nossa Carta Magna determina, em seu art. 37, XXI, o seguinte:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> 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. (destacamos)

Depreende-se, portanto, que a regra consignada para os entes da administração direta e indireta é a realização de licitação antes das contratações. Confirmando a regra, o inciso em destaque também estabelece que poderão ser estabelecidas ressalvas em legislação específica. Pois bem, a contratação direta é uma legítima exceção ao princípio da obrigatoriedade, que exige, em regra, a obediência ao certame licitatório.

Ademais, podemos inferir, a fim de estabelecermos um conceito, que licitação é um "procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observação do

princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica"[3].

Acrescente-se, por ser oportuno, que o procedimento licitatório está sujeito a todos os demais princípios que regem Administração Pública, tendo sido destacado o da isonomia no aludido conceito em razão daquilo que é elementar ao procedimento licitatório: fomentar a competitividade em busca da melhor alternativa para a celebração de um contrato.

Assevere-se, ainda, que embora o referido conceito destaque a figura de um órgão como o condutor do procedimento, entes/entidades administrativas também são competentes para tanto, bem como as demais pessoas jurídicas que estejam sujeitas à obrigatoriedade de licitar por receberem verbas públicas para o exercício de suas atividades, é o que se depreende da leitura do art. 1º da nova Lei de Licitações.[4]

Agora que sabemos que a regra para a Administração Pública é a realização de procedimento licitatório, vejamos em que consiste a exceção legal e constitucional, notadamente a contratação direta.

A figura da contratação direta está inserta no art. 72 da nova Lei de Licitações, compreendida nos casos de dispensa e de inexigibilidade. O artigo 74 estabelece as circunstâncias da inexigibilidade, ao passo que o artigo 75 estabelece as hipóteses nas quais a licitação é dispensável, e o artigo 76 as hipóteses nas quais ela será dispensada[5]. É de suma importância compreendermos que as hipóteses de inexigibilidade previstas em lei são exemplificativas, ao passo que as hipóteses de dispensa são taxativas (portanto, não existem outras, senão aquelas)[6].

---

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte. 7ª ed. Fórum, 2011.

4 Conforme já anunciado, a abordagem deste artigo será, sobremaneira, em uma perspectiva penal. Não obstante, será imprescindível trazermos algumas considerações relativas ao âmbito do Direito Administrativo – embora, frise-se, não temos a intenção de aprofundá-las. Entretanto, esta nota se faz necessária para que você, caro leitor, recorde-se que há substancial diferença entre órgãos e entes/entidades. Órgãos públicos compõem a Administração Direta, são despidos de personalidade jurídica, ao passo que os entes administrativos compõem a Administração Indireta e são pessoas criadas por lei ou por autorização legal, para o desempenho de função administrativa ou exploração de atividade econômica. Ademais, entidades que sejam controladas direta ou indiretamente pela Administração, em razão do repasse de verbas públicas, também estão sujeitas às regras licitatórias. (CARVALHO, 2020).

5 Nas hipóteses de licitação dispensável, pode haver uma análise discricionária acerca da sua dispensa ou não; ao passo que quando a Lei determinada que a licitação será dispensada, ela não deve ocorrer.

6 Recomendamos a leitura dos referidos artigos.

A circunstância que autoriza a inexigibilidade é a inviabilidade da competição, consubstanciada na impossibilidade de disputa, haja vista, por exemplo, ser determinado fornecedor exclusivo ou de notória especialização. Assim, respeitando essa lógica da inviabilidade da competição, as hipóteses previstas em lei ou aquelas que se adequem à referida lógica, restará caracterizada a inexigibilidade.

Noutro passo, conforme já mencionamos, as hipóteses de dispensa são aquelas previstas em Lei, devendo a Administração segui-las estritamente.

Pois bem. Feitas as necessárias exposições relacionadas ao Direito Administrativo, passemos para as considerações relativas ao Direito Penal.

O artigo em apreço criminaliza as condutas de *admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei*. A partir das considerações já realizadas, podemos inferir que o **sujeito ativo** do referido crime é o agente[7] público que possui atribuições para a contratação direta. Trata-se, portanto, de **crime próprio**, porquanto exige uma qualidade especial do agente.

Quanto ao **sujeito passivo**, temos o Estado, uma vez que ele é o titular do **bem jurídico Administração Pública**, que se pretende tutelar com a criminalização da referida conduta.

Quanto ao **objeto material**, é a contratação direta realizada pelo agente (funcionário) público.

O **dolo é o elemento subjetivo** deste crime, não sendo exigido qualquer elemento subjetivo específico (especial finalidade no agir). Deste modo, não importa saber quais as finalidades almejadas pelo agente quando da efetivação da contratação direta, bastando que ela

7 O Código Penal tem uma concepção desatualizada da Administração Pública, pois ainda faz referência a funcionário público, em detrimento de utilizar a expressão mais abrangente e atualizada, qual seja a de agente público. Destarte, embora tenhamos optado pela expressão agente público, por considerarmos mais adequada, recorde-se a definição de funcionário público contida no art. 327, CP: "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. [...]"

tenha ocorrido fora das hipóteses previstas em lei. De mais a mais, não há previsão para este crime na modalidade culposa.

Este crime se **consuma** com a realização de qualquer das condutas descritas em seu *caput*, independentemente da produção de algum resultado posterior. Deste modo, não importa saber se a contratação produziu efetivo prejuízo à administração pública. Ademais, a **tentativa** é perfeitamente cabível.

O crime possui **pena** prevista de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Assim, pela pena em abstrato, percebemos que: a) não se trata de infração de menor potencial ofensivo, e, portanto, não cabe a transação penal; b) a pena mínima supera um ano, e, portanto, não cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* processual); e c) A pena mínima não é inferior a quatro anos, e, portanto, não cabe o acordo de não persecução penal (ANPP)[8].

Por fim, assinale-se que **a ação penal é pública incondicionada**.

2.2. Frustração do caráter competitivo de licitação – art. 337-F

Determina o sobredito artigo:

> Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Cumpre-nos esclarecer que *adjudicação* é o ato administrativo pelo qual se declara satisfatória a proposta vencedora da licitação, afirmando-se a intenção de celebrar o contrato com seu ofertante. Atente-se que adjudicar não é contratar, mas tão somente declarar oficialmente o vencedor.

O tipo define como conduta criminosa *frustrar ou fraudar* o caráter competitivo do processo licitatório, característica que, conforme vimos, lhe é elementar.

Aqui, o **sujeito ativo** é qualquer pessoa, uma vez que a conduta pode ser praticada pelo licitante, pelo funcionário público que pretenda outorgar o objeto do contrato a algum licitante, ou mesmo a alguém que não participa diretamente do procedimento licitatório, mas nele pretende intervir, com o intuito de conferir vantagem para si ou para outrem.

8 ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático:** Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2021.

Quanto ao **sujeito passivo**, tem-se o Estado, titular do bem jurídico Administração Pública, bem que se pretende tutelar com a criminalização da aludida conduta.

O **objeto jurídico** do tipo é Administração Pública, ao passo que o **objeto material** é o procedimento licitatório, cujo caráter competitivo é atingido.

O tipo tem como **elemento subjetivo** o dolo, exigindo-se o elemento subjetivo específico (especial finalidade no agir), consistente na pretensão de obter vantagem para si ou para outrem. A referida vantagem não é, necessariamente, de caráter patrimonial, mas deve ser decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Não há previsão para este crime na modalidade culposa.

O crime em análise se **consuma** com a realização de qualquer das condutas descritas no *caput*, independentemente da produção de um resultado posterior. Assim, quando o agente frustra ou frauda o caráter competitivo da licitação, o crime estará consumado. Evidentemente, conforme já mencionado, o agente precisa agir com o elemento subjetivo específico, consistente na pretensão de obter vantagem para si ou para outrem. Todavia, a efetiva obtenção da vantagem não é imprescindível para que ocorra a consumação. Assevere-se que a tentativa é admitida.

O crime possui **pena** prevista de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Destarte, pela pena em abstrato, percebemos que: a) não se trata de infração de menor potencial ofensivo, e, portanto, não cabe a transação penal; b) a pena mínima supera um ano, e, portanto, não cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* processual); e, por fim, c) a pena mínima não é inferior a quatro anos, não cabendo, portanto, o acordo de não persecução penal (ANPP)[9].

A **ação penal é pública incondicionada.**

2.3. Patrocínio de contratação indevida – art. 337-G

O art. 337-G tem a seguinte redação:

> Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, **dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário**: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

9 ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático:** Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2021.

Sabe-se que os processos licitatórios podem vir a ser anulados, seja pela própria Administração Pública, através do exercício do princípio da autotutela[10], como pelo judiciário, quando este exerce o seu papel de controle jurisdicional de legalidade. Registre-se que a anulação pressupõe a ocorrência de algum vício de legalidade.

Aqui, o que o tipo criminaliza não é, por si só, determinada conduta da qual tenha derivado algum vício de legalidade legitimador de anulação, mas a conduta daquele que patrocina interesse privado perante a Administração, dando causa, a partir de tal comportamento, à instauração de procedimento licitatório ou celebração de contrato administrativo que venha a ser, futuramente, anulado pelo Poder Judiciário (ou seja, não inclui processos que tenham sido anulados apenas no âmbito da autotutela administrativa).

O **sujeito ativo** é o agente público, consubstanciando-se crime próprio. Quando ao **sujeito passivo**, mais uma vez, trata-se do Estado (administração direta ou indireta).

O **objeto jurídico** do tipo é a administração pública, não havendo **objeto material** definido.

O **elemento subjetivo** é o dolo, sendo exigido o elemento subjetivo específico, consistente em dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato. Não há previsão para a modalidade culposa.

Ademais, o crime se **consuma** com a realização da conduta descrita no tipo penal. Entretanto, é importante salientar que o tipo penal possui "condições de punibilidade", de modo que somente poderemos falar na possibilidade de se punir o agente se elas se encontrarem presentes. As condições de punibilidade são: a) efetiva instauração da licitação ou celebração do contrato administrativo; b) invalidação da licitação ou do contrato administrativo pelo Poder Judiciário.

Acerca das **penas**, o crime possui a previsão da pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. Assim, pela pena em abstrato, percebemos que: a) não se trata de infração de menor potencial

10 Nesse sentido, a Súmula 346 do STF: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos", e Súmula 473 do STF: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

ofensivo, e, portanto, não cabe a transação penal; b) a pena mínima não supera um ano, e, portanto, cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* processual); c) a pena mínima é inferior a quatro ano, e, portanto, não cabe o acordo de não persecução penal (ANPP)[11].

Por fim, anote-se que a **ação penal é pública incondicionada.**

2.4. Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo – art. 337-H

Vejamos o que determina o art. 337-H:

> Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Em consonância com o art. 124 da nova Lei de Licitações, os contratos administrativos poderão ser alterados, com as devidas justificativas em ambas as situações, unilateralmente pela Administração, ou por acordo entre as partes. Ademais, os artigos 125 a 136 do normativo especial também estabelecem circunstâncias que autorizam as alterações, bem como o procedimento para tanto.

O que o art. 337-H tipifica é a admissão, viabilização ou a promoção de qualquer modificação ou vantagem no contrato, em favor do contratado, sem que haja previsão legislativa, sem encaixe, portanto, nas regras estabelecidas nos artigos 124 a 136 da Lei de Licitações, cujas premissas seguem replicadas nos respectivos editais e instrumentos contratuais.

O aludido tipo penal também pune a conduta de pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, restando consonante com o artigo 141 da nova Lei de Licitações, que determina

> No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos [...]
>
> § 2º 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.

11 ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático:** Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2021.

De mais a mais, a legislação também veda o pagamento antecipado, seja parcial ou total, relativo às parcelas contratuais, excepcionando a referida vedação aos casos em que a antecipação propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou contrato, conforme se depreende da leitura do art. 145.

Acerca do **sujeito ativo**, trata-se de crime próprio, devendo ser executado por funcionário público. Quanto ao **sujeito passivo,** temos o Estado (aqui considerada, conforme já vimos, a administração direta ou indireta).

Ademais, a administração pública é o **objeto jurídico** deste crime, sendo o contrato administrativo ou a fatura, caracterizados como **objeto material.**

O dolo é o **elemento subjetivo**, não sendo exigido qualquer elemento subjetivo específico. Ademais, a modalidade culposa não é admitida.

O crime se **consuma** com a efetiva prática das condutas descritas no tipo, independentemente da produção de qualquer resultado posterior (como o efetivo prejuízo à administração pública, por exemplo). A modalidade tentada é admitida.

Registre-se, ainda, que o crime possui **pena** prevista de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Assim, pela pena em abstrato, percebemos que: a) não se trata de infração de menor potencial ofensivo, e, portanto, não cabe a transação penal; b) a pena mínima supera um ano, e, portanto, não cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* processual); c) a pena mínima não é inferior a quatro ano, e, portanto, não cabe o acordo de não persecução penal (ANPP)[12].

Por fim, registre-se que a **ação penal é pública incondicionada.**

2.5. Perturbação de processo licitatório – art. 337-I

O art. 337-I tipifica como criminosa a conduta de

> Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório.

12 ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático:** Parte especial. Salvador: Juspodivm, 2021.

Os atos do processo licitatório estão todos consignados em Lei, é o que se verifica no art. 11 e seguintes da nova Lei de Licitações. Desde a sua fase interna e preparatória até a fase de homologação do certame, a legislação determina os passos que devem ser seguidos pelo agente público, trata-se de premissa estabelecida pelo princípio do procedimento formal.

O que este artigo pune é a conduta de impedir, perturbar ou fraudar a licitação, ou mesmo qualquer ato que componha o seu procedimento, tendo como **sujeito ativo** qualquer pessoa, sendo, portanto, um crime comum. Aqui, mais uma vez, o **sujeito passivo** é o Estado, compreendido enquanto administração direta ou indireta.

Quanto aos **objetos** do tipo, o **jurídico** é a Administração Pública, ao passo que o **objeto material** é o processo licitatório alvo da conduta.

O **elemento subjetivo** exigido é o dolo, não sendo definido qualquer *animus* específico. Ademais, haja vista ausência legislativa nesse sentido, não se admite a modalidade culposa.

O crime se **consuma** com a realização das condutas descritas no tipo penal, independentemente da produção de qualquer resultado posterior. O crime consiste, portanto, em impedir (obstaculizar, inviabilizar), perturbar (tumultuar, prejudicar) ou fraudar (promover fraude, ludibriar, enganar) o processo licitatório.

A **pena** definida é a de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. Portanto, depreende-se que: a) não se trata de infração de menor potencial ofensivo, e, portanto, não cabe a transação penal; b) a pena mínima não supera um ano, e, portanto, cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* processual)[13].

Por fim, assinale-se que a **ação penal é pública incondicionada.**

2.6. Violação de sigilo em licitação – art. 337-J

O art. 337-J tipifica a conduta de

> Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

13 Idem.