FUNDAÇÃO GETÚLO VARGAS

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

PEDRO SOLIANI DE CASTRO

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS MEMBROS DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO DO DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÕES INDUZIDO POR TERCEIROS

Projeto de pesquisa apresentado ao Programa de Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico da FGV Direito SP - Percurso de Pesquisa I

São Paulo

2024

1. Identificação e Apresentação do Problema

Imaginemos uma cidade pequena onde o servidor "S", designado como agente de contratações, recebeu solicitação de aquisição de armários deslizantes com especificações altamente detalhadas. "S" questionou à área solicitante sobre a necessidade daquelas especificações e, diante de justificativa técnica, "S" deu seguimento à elaboração do edital e cumprimento de toda a burocracia inerente ao processo licitatório.

A compra foi realizada via pregão, sagrando-se vencedora a empresa "Amigos do Prefeito", que apresentou o terceiro menor preço, após desclassificação de duas empresas cujas especificações técnicas não se adequavam ao edital. "S" conhecia a empresa vencedora de outros contratos e sabia por comentários de outros servidores que o sócio era amigo do Prefeito, mas entendeu que nada podia fazer em relação a isso.

Meses depois, identificado o direcionamento da licitação em razão das especificações técnicas contidas no edital, o Prefeito, o empresário e "S" se tornaram réus de um processo criminal sob alegação de terem frustrado o caráter competitivo do certame.

Será que "S", enquanto servidor público investido na função de pregoeiro, tinha o dever de se insurgir contra determinação da área técnica, baseado em seu conhecimento empírico, e recusar-se a inserir cláusula no edital? Ou deveria tomar outras providências, como denúncia ou reporte, com base na sua suspeita? Ou até recusar-se a desclassificar licitantes nos termos de edital por ele mesmo subscrito?

Embora essa dinâmica faça parte do cotidiano de inúmeros órgãos públicos, a identificação desse direcionamento se torna muito menos intuitiva diante da complexidade da qual é, na prática, revestida.

O que se pretende neste trabalho é a apuração da conduta dos membros da comissão de contratação[1] [equipe de apoio também?], que não estão diretamente envolvidos com nenhum plano de direcionamento de licitação, mas que muitas vezes esbarram em informações duvidosas, questionáveis ou de difícil comprovação que podem ter como efeito tal direcionamento.

Para isso, precisaremos abordar o alcance e os limites da responsabilidade desses profissionais, o peso das relações de hierarquia, os reflexos da departamentalização dos órgãos

[1] Ou qualquer figura análoga, como agente de contratação, pregoeiro, membro de comissão de licitação (como essa figura é designada em alguns regulamentos).

públicos e do princípio da confiança, bem como a possibilidade físico-real de agir diante desse cenário.

Considerando, contudo, que é possível que o leitor (que se presume estudioso do direito penal) tenha pouca familiaridade não só com o processo licitatório em geral, mas também com as dificuldades enfrentadas na prática pelos responsáveis por operacionalizar esses atos administrativos, parece imprescindível, antes de adentrarmos no problema, começarmos com um breve panorama sobre o processo licitatório.

2. Noções Sobre o Processo Licitatório

No âmbito de contratações públicas, a escolha do legislador brasileiro foi de que, em regra, elas devem ser feitas por meio de licitação, *certame que entidades governamentais precisam promover para escolher a proposta mais vantajosa, estribado na ideia de competição*[2]. O excesso de zelo do legislador pela preservação da competitividade é justificado, pois é no cenário dos contratos públicos em que se encontra um dos maiores gargalos para desvio de dinheiro público.

A nova Lei de Licitações e Contratos, nº 14.133/2021 (de agora em diante, NLLC), foi incorporada à legislação brasileira com a promessa de otimizar e modernizar as contratações públicas no Brasil. Embora tenha trazido algumas inovações, a lei manteve um padrão *maximalista*, com alto grau de detalhamento e burocracia que, apesar de cumprirem um importante papel na preservação dessa competitividade, criam uma rigidez plenamente apta a comprometer a eficiência e a criatividade da gestão pública[3].

Não bastasse ser um processo complexo e burocrático, ele também é multidisciplinar, vez que o poder público precisa contratar desde insumos básicos até refinados *softwares* ou grandiosas obras. Por consequência, os agentes que operam essas contratações dependem da colaboração de pessoas de diferentes áreas e formações técnicas, o que acaba por pulverizar as tomadas de decisões. A forma encontrada pela lei de mitigar esse problema foi a previsão da concentração da responsabilidade de todas as decisões na pessoa do agente de contratação (ou

---

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 524 [atualizar versão]

[3] CÂMARA, Jacintho Arruda. Nova Lei de Licitações: maximalista, porém flexível. Jota, São Paulo, 25 out. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/nova-lei-de-licitacoes-maximalista-porem-flexivel. Acesso em: 27 nov. 2024.

na comissão de contratação, que é formada por pelo menos três membros), que responde(m) individualmente pelos atos que pratica(m), salvo se induzido(s) a erro[4].

Para auxiliar a compreensão do tema, faremos um breve panorama do procedimento licitatório, restrito ao que possa contribuir ao estudo do recorte temático aqui proposto[5]. Pelo mesmo motivo, procuraremos trazer algumas dificuldades enfrentadas pelos servidores públicos na tentativa de cumprir com as suas obrigações, atender às demandas de seus superiores hierárquicos, contornar dificuldades impostas pela lei[6] (que podem atrasar ou inviabilizar o atendimento das demandas) e até lidar com condutas e demandas que esbarram ou extrapolam os limites da legalidade.

2.1.O pano de fundo do processo licitatório

O pano de fundo de qualquer órgão público é político e sempre existe uma demanda que pode criar algum tipo de pressão nos servidores que são envolvidos no processo licitatório. Essa demanda pode ser direta e concreta (como o recapeamento de uma rua); pode ser indireta (como a aquisição de software que auxilia na identificação de ruas a serem recapeadas), pode ser mais abstrata (como melhorar as condições de trabalho de um setor estratégico que entregará um trabalho mais eficiente), e pode inclusive ser um mero cumprimento de promessa de campanha. Também pode ser uma demanda ilegal, como fechar um contrato com uma empresa específica. O fato é que, independentemente de onde venha essa demanda, a pressão é retransmitida para os servidores que ocupem cargos mais .

---

[4] NLLC: Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.
§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.
§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

[5] Há outras formas de licitação, dispensa, inexigibilidade e uma série de divergências procedimentais que podem ocorrer, especialmente no âmbito da Lei nº 13.303/16, que permite às empresas públicas e sociedades de economia mista a auto-regulamentação. Isso quer dizer que uma prefeitura pode estabelecer que é a área de licitações a responsável pela escolha dos índices e coeficientes econômicos, enquanto outra prefeitura pode fazê-lo diretamente pela área técnica. Ainda assim, uma Sociedade de Economia Mista pode incluir no regulamento índices e coeficientes padrões, que podem ser alterados mediante provocação, enquanto outra pode enviar o expediente para análise do setor orçamentário específico.
A ideia de se trazer um cenário possível e comum, que não seja totalmente escrutinado, não é restringir o estudo a um recorte específico, mas a de permitir que, compreendido o problema, se possa extrapolar os exemplos para quaisquer outros casos, mesmo que operados em procedimento diverso.

[6] Em razão do

A estrutura dos órgãos públicos (autarquias, empresas públicas) possui hierarquia, divisão vertical e horizontal de tarefas, departamentalização (em diferentes níveis). Também há diferentes cargos, como os comissionados (que podem ser inclusive ocupados por servidores públicos, mas que passam a receber um salário maior por um cargo de confiança). Tudo isso contribui para um ambiente que, embora composto por funcionários públicos com estabilidade, opera sob forte pressão. A estabilidade do funcionário público nesse contexto se torna paradoxal, na medida em que a dificuldade de demissão exige a atuação de diferentes times políticos no mesmo setor, mas a força do time político (e o risco de afastamento, remoção, perda de cargo de confiança, atribuição de tarefas desagradáveis) agudiza as relações de poder.

É nesse ambiente que se dão as licitações, que podem ser de diferentes tamanhos, graus de complexidade e objetivos.

2.2. A fase interna ou fase preparatória

Em regra, uma licitação parte da iniciativa de uma área de órgão público que precisa adquirir um bem, produto ou serviço. A fase preparatória engloba todo o planejamento da Administração, que pode ser muito anterior à sua efetiva necessidade, abarcando o plano de contratações anual e leis orçamentárias.

Com a NLLC, foi dada especial relevância para a fase de planejamento, imponto a elaboração de um Estudo Técnico Preliminar[7] (ETP) para dar maior eficiência à Administração (que poderá se planejar melhor e adquirir, por exemplo, uma quantidade mais precisa de alimentos baseada em planilhas de histórico de consumo, evitando compras fracionadas ou desperdícios por excesso).

Essa ênfase da lei no planejamento pode ser aproveitada para dar maior embasamento a manipulações de quantitativos, por exemplo, conferindo maior robustez a fraudes e tornando-as mais difíceis de serem desvendadas. Por isso é recomendável que as projeções e planilhas sejam corroboradas por outros documentos, que permitam conferência posterior.

A área solicitante, com base no seu planejamento, elabora e envia o Termo de Referência[8] (TR) à área de licitações e contratos, documento baseado no ETP e que contém

---

[7] Art. 6º, XX, da NLLC: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

[8] Art. 6º, XX, da NLLC: termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for

justificativa para a contratação, descrição do objeto, embasamento de quantitativos, especificações técnicas e demais detalhes necessários para especificar de forma precisa o que a área demandante precisa.

A área solicitante pode já ser a área técnica (a exemplo de uma demanda de contratação de serviço de engenharia elaborado pelo engenheiro responsável), ou pode se utilizar de uma área técnica intermediária (a exemplo de uma demanda da administração para aquisição de computadores e softwares, por intermédio da área técnica de informática). Outras áreas podem ser convidadas a participar, como por exemplo a área de orçamento/financeiro, devendo se manifestar sobre a qualificação econômico-financeira que constará como requisito no edital. As decisões sempre são feitas pelas áreas competentes, com validação da área solicitante quando necessário.

O TR, por seu conteúdo específico e técnico, detém o maior potencial de direcionamento de licitações para reduzir o número de competidores, e isso pode se dar de várias formas. A especificação do objeto, por exemplo, pode prever um detalhe não essencial que poucos *players* do mercado possam cumprir, como um de tecido numa cor rara (ou um armário com fechaduras dodecagonais) e que apenas sirva para limitar os participantes. O requisito de comprovação de qualificação técnica (previsto em lei para garantir uma expertise mínima e evitar a contratação de um fornecedor/prestador inexperiente) pode ser manipulado pela cobrança de um número extrapolado de atestados, ou exigir atestados sobre uma parcela de pouca relevância do objeto, ou atestado que comprove a realização de uma função muito específica, embora relativamente simples (como operar uma máquina de uma marca X, que apresenta diferenças irrisórias a outras comuns no mercado). A proibição de consórcio, requisitos de habilitação econômico-financeira e forma de pagamento, por exemplo, podem igualmente limitar a participação de empresas menores. A não divisão do objeto em lotes pode restringir o licitante pequeno, mas a previsão de um número excessivo de lotes pode permitir a divisão do objeto em empresas que não competirão entre si.

---

possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas; c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; d) requisitos da contratação; e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade; g) critérios de medição e de pagamento; h) forma e critérios de seleção do fornecedor; i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado; j) adequação orçamentária.

São inúmeras as possibilidades de direcionamento e que não precisam necessariamente restringir a competição a um vencedor, mas muitas vezes restringir o mercado para facilitar a prática de outro ilícito (seja na divisão do objeto entre parceiras, seja na diminuição da concorrência para, em um segundo momento, utilizar-se de outro expediente fraudulento com maior eficácia).

A complexidade do TR, que pode especificar um objeto totalmente alheio ao cotidiano do órgão público, permite outra distorção: na maioria das vezes os servidores não possuem bagagem técnica e teórica para elaborar peças tão específicas sobre diferentes assuntos. Seja por falta de pessoal especializado, número de funcionários, ou mesmo tempo, todo órgão público (tanto uma pequena prefeitura como uma empresa pública de uma capital) vai se deparar com a necessidade de contratação de um tema técnico do qual seus funcionários não dominam. Isso pode levar a TRs malfeitos (que podem ser pouco úteis ou manipuláveis pelo mercado) ou, o que é mais comum, a TRs elaborados diretamente por empresas do mercado e entregues ao responsável. Embora existam mecanismos na lei para se obter de forma republicana auxílio do mercado para formular um TR justo, a pressa, a necessidade, a emergência, a pressão política, o orgulho ou até mesmo a comodidade muitas vezes levam à utilização desse subterfúgio, que não necessariamente tem finalidades escusas. Há empresas que se aproveitam da oportunidade para incluir algum tipo de direcionamento (que podem, ou não, ser identificados e corrigidos pela área técnica), mas também há empresas que simplesmente auxiliam porque possuem preço competitivo e se beneficiam simplesmente pela máquina estar rodando.

O TR finalizado é enviado aos responsáveis pela área de licitações, que avaliam as informações nele contidas e a conformidade com a lei, podendo provocar a área demandante para corrigir inconsistências e defeitos que possam aparecer. Por conta da especialidade dos assuntos lá contidos, essa análise se dá em um nível bastante superficial.

Recebido e validado o TR, a área de licitações elabora uma pesquisa de preço (seguindo critérios da lei[9], preferencialmente partindo de tabelas de preço oficiais, mas com apoio de pesquisa de mercado quando necessário) e valida o preço com a área demandante. Muitas vezes esse é o primeiro contato do mercado com o TR e podem surgir devolutivas das empresas sobre erros ou até sugestões (e que podem ser levados em consideração e ensejar alterações no TR).

[9] Especificado no art. 23 da NLLC.

É necessário atentar-se à possibilidade de manipulação do valor estimado, quando são utilizadas pesquisas diretas de mercado. Embora a lei exija o mínimo de 3 fornecedores, é recomendável que se utilize o máximo de fornecedores possível (dentro do viável, que não tumultue o processo) e que se verifique se as cotações são provenientes de empresas que prestem os serviços cotados. É comum a tentativa de supervalorização dos preços para que se consiga, durante o certame, preços maiores. Outra questão relevante é que pode haver contato direto entre empresa e funcionário público, ambiente propício para a tentativa de obtenção de informações privilegiadas ou qualquer tipo de favorecimento.

Após validação do preço pela área solicitante[10], a área de licitações elabora um edital, que se baseia na expertise desses profissionais em processos licitatórios e nas especificações técnicas do TR para decidir a modalidade, critério de julgamento e modo de disputa, elaborar a minuta do contrato, organizar os anexos, esmiuçar as regras e tudo o que seja de relevante para a contratação.

A escolha da forma como será elaborada a licitação é outro ponto de atenção, pois permite o direcionamento do edital. Uma modalidade menos ampla, como *pregão presencial*, ou a *concorrência* para um serviço simples que poderia ser licitado por pregão, pode facilmente restringir o número de participantes do certame. O critério de julgamento, como *técnica e preço* em um objeto cuja técnica não é relevante, mas serve apenas para aumentar o nível de subjetividade da decisão, pode ter o mesmo resultado. O modo de disputa inadequado, como a disputa fechada (sem possibilidade de uma fase de lances), por sua vez, pode servir para evitar uma disputa acirrada entre participantes e elevar o preço de contratação.

O edital, após finalizado, é validado pela área demandante e ratificado por parecer jurídico, que realiza um controle prévio de legalidade da contratação. O órgão de assessoramento jurídico[11] tem um papel importante, podendo dirimir dúvidas e contribuir com decisões que sejam necessárias ao longo do processo, pois pode (e deve) ser chamado a participar em qualquer decisão relevante.

Contudo, nem sempre a assessoria jurídica é o bastante. Quando há desvios de conduta, dificilmente eles são explícitos e de fácil identificação. Na maioria dos casos, são mimetizados

---

[10] Dependendo do procedimento adotado pelo órgão, o edital pode ser elaborado antes da pesquisa de preços, concomitantemente ou depois, mas, a rigor, os fornecedores apenas precisam do TR para elaboração de orçamentos.

[11] Há uma grande diferença de estrutura desse departamento. Há órgãos públicos que sequer corpo jurídico possuem, municípios que não possuem procuradoria própria, e que muitas vezes fazem uma análise extremamente superficial, quase genérica da licitação. Por outro lado, há órgãos ou empresas públicas mais estruturadas que fazer uma análise bastante profunda de todo o processo licitatório e a adequação à lei e eventual regulamento interno.

com uma roupagem técnica complicada, que torna a análise pouco intuitiva e, por isso, não são enfrentados juridicamente. Ao final, portanto, um requisito ilegal pode acabar corroborado por parecer jurídico (conferindo-lhe um ar de legalidade), mas cujo conteúdo indica a impossibilidade de enfrentamento técnico da questão.

Aliás, a alegação de temática técnico-especializada pode ser utilizada como válvula de escape bastante cômoda para o parecer jurídico se esquivar de responsabilidade sobre uma decisão que pode ser intuitivamente ilícita, dentro de um contexto político complexo. Assim, mesmo um jurídico equipado pode se deparar com assuntos mais espinhosos, geralmente técnicos e deliberadamente não os enfrentar.

2.3. A fase externa

Passada essa análise, o edital é publicado, dando por encerrada a chamada fase interna da licitação. A partir desse momento, inicia-se a fase externa e quem passa a atuar é a Comissão de Contratação[12] (Comissão de Licitação em alguns regulamentos; Agente de Contratação em casos simples; Pregoeiro em pregões).

O mercado toma conhecimento do objeto em detalhes e de todos os seus requisitos, de modo que as empresas possam avaliar interesse e aptidão para participar. Nessa fase do procedimento[13], elas podem enviar pedidos de esclarecimento (geralmente sobre erros, ambiguidades, omissões, questões técnicas ou qualquer divergência que encontre em relação ao edital) e fazer impugnações (geralmente sobre questões mais sérias, como um requisito que inviabilize a competição, um item que encareça desnecessariamente o objeto ou qualquer apontamento que coloque em cheque a viabilidade do edital).

Os esclarecimentos são feitos pela comissão, diretamente no que lhe cabe (por exemplo uma dúvida quanto à forma de entrega de documentos da habilitação) ou passando pela área técnica responsável quando se tratar de assunto alheio ao procedimento e edital (por exemplo o questionamento sobre a aceitabilidade de um material diverso, mas com especificações semelhantes). Caso sejam meros esclarecimentos, eles simplesmente são publicizados e passam a constar do expediente como complementação ou, em se tratando de apontamento de um erro

---

[12] Composta por, no mínimo, 3 servidores designados pela autoridade competente e que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão, conforme art. 8º da NLLC.

[13] Art. 164 e seguintes da NLLC.

relevante ou de algo que possa comprometer ou melhorar o edital, ele pode vir a ser republicado[14].

As impugnações tempestivas são julgadas pela comissão (as intempestivas preferencialmente também devem ser), com auxílio das áreas técnicas que se fizerem necessárias. Caso sejam acolhidas (por exemplo, alterando uma especificação técnica relevante que poderia interferir nas propostas), é necessária a republicação do edital. Caso não sejam acolhidas, há espaço para recurso. As decisões tomadas pela comissão devem ser fundamentadas e, se o caso, embasadas em pareceres da equipe de apoio ou da área técnica. As decisões devem priorizar a competição, dentro dos limites do edital, mas conferem discricionariedade aos envolvidos no processo decisório, que podem empregar diferentes níveis de esforços para superar vícios sanáveis, motivo pelo qual esse quadro decisório deve ser visto como um ponto de atenção.

Na data aprazada pelo edital, inicia-se de fato a fase competitiva, quando os licitantes apresentam suas as propostas, que devem seguir a forma e o modelo indicado no edital, e que são julgadas pela comissão (geralmente pelo menor preço, apesar de haver outros critérios). A análise não se restringe aos preços, mas leva em conta a adequação da proposta aos requisitos do edital e sua exequibilidade, sempre empregando esforços para corrigir quaisquer erros sanáveis e preservar a proposta mais vantajosa à administração. Embora mais restrito, há espaço para discricionariedade da comissão no tocante à adequação da proposta (que, por exemplo, não contém a decomposição dos custos conforme indicado no edital[15]) ou mesmo na análise de exequibilidade[16].

Esse é o momento de se verificar a proposta quanto à existência de eventuais informações sigilosas (que podem indicar vazamento de informações e quebra da impessoalidade) ou também eventuais similaridades entre propostas (que podem ser um indicativo de combinação de preços), sendo de rigor oportunizar aos licitantes direito de prestar explicações.

---

[14] Se a alteração for relevante, precisa ser publicado pelo prazo legal, se irrelevante para a formulação de propostas, o prazo pode ser mantido.

[15] Se a proposta carece de uma informação, ou apresenta alguma divergência mínima, é papel da comissão conferir prazo (que pode ser de dias, ou de horas) para adequação da planilha, por exemplo. Entretanto, não é tão claro o limite entre um vício sanável e um insanável, na medida que a extrapolação da boa vontade da comissão pode criar oportunidade para uma empresa que deliberadamente descumpra o edital para obter vantagem sobre as outras.

[16] A NLCC delimita critérios para avaliação da exequibilidade no art. 59, porém faculta a realização de diligências para aferi-la. Como a comissão deve sempre buscar a viabilidade da melhor proposta para a Administração, esse "poderá" é tido como um dever pelos órgãos de controle, e por isso a suspeita de inexequibilidade muitas vezes é suprida com uma declaração da empresa.

A habilitação é a etapa mais delicada da fase externa do processo licitatório, pois é o momento em que se operacionalizam todas as restrições previstas na fase interna (seja, no TR, seja no edital). É o momento em que se verifica toda a documentação dos licitantes (de ordem jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista ou econômico-financeira), o que pode levar à exclusão de licitantes da competição.

As decisões da comissão são sempre fundamentadas e, como em outros momentos, são discricionárias em algum grau. Embora a inabilitação por descumprimento claro dos requisitos previstos no edital apenas consolide uma regra anteriormente publicada, a análise de documentos, índices e atestados deve ser feita com rigor, mas com o cuidado de não implementar rigor excessivo que culmine em inabilitações desnecessárias. A análise dessa documentação é coordenada pela comissão, mas realizada pela área técnica responsável (o atestado de capacidade técnica de obra de engenharia é remetido para a área técnica de engenharia; os coeficientes econômico-financeiros são enviados para a área administrativa/orçamentária; certidões fiscais podem ser analisadas pela própria comissão/área de licitações, enquanto eventual apontamento pode ser enviado para análise jurídica, e assim por diante).

Quaisquer dúvidas ou inconsistências devem ser diligenciadas pela comissão (diligenciar junto ao órgão emissor do atestado dúbio, ou inconsistente, a cópia do contrato e medições), sempre viabilizando o contraditório, oportunidade de manifestação e juntada de documentos comprobatórios. O empenho (ou a falta dele) no saneamento dessa documentação muitas vezes pode ser utilizado como forma de manipulação da competição, seja pela área técnica, pela equipe de apoio, ou pela própria comissão, quem dá a decisão final.

2.4. Encerramento da licitação

Encerradas as fases de julgamento e habilitação, é declarado o vencedor (ou vencedores) da licitação e aberto prazo para a fase recursal (na qual prevalecem os mesmos apontamentos relacionados à discricionariedade limitada à fundamentação da comissão), e o processo licitatório é enviado à autoridade superior[17], que poderá determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades, revogar a licitação (por conveniência e oportunidade), anulá-la de ofício ou mediante requisição (em caso de ilegalidade insanável) ou, ainda, homologá-la e adjudicar o objeto.

2.5. Considerações finais

[17] Art. 71 da NLCC.

O processo licitatório protagoniza uma série de contradições que surgem da dicotomia entre uma lei maximalista, que visivelmente se empenha para evitar desvios, porém, ao mesmo tempo, trabalha com o necessário dentro do possível, na medida em que operacionaliza a organização da vida pública. A lei nunca vai conseguir prever todas as adversidades do cotidiano, e a sua rigidez nunca vai superar o fato de que emergências e dificuldades acontecem e, especialmente, que a causa de muitas dessas dificuldades é exatamente o engessamento que a própria lei impõe ao processo licitatório.

No final do dia, são os profissionais que trabalham com licitações que precisarão encontrar soluções criativas para resolver esses problemas. As decisões que eles tomam cotidianamente causam grande impacto na Administração e nos bens e serviços que chegarão à população como um todo. Essas decisões, que muitas vezes servem para contornar as regras, não são essencialmente erradas porque esbarram nas limitações da prática (que vão desde a escassez de recursos às limitações temporais e informacionais), podendo inclusive atravancar a fluidez dos atos por receio de controle externo.

A mesma lei, rígida, maximalista, exaustiva, que impõe regras e requisitos que devem ser – necessariamente – cumpridos, também é a lei que cita expressamente no seu artigo 5º uma base principiológica na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), regida por princípios como da eficiência (que pode conflitar com a celeridade e qualidade dos serviços) ou da razoabilidade (que orienta a tomada de decisões com base no caso concreto).

A aparente contradição entre a imposição de requisitos legais rígidos e a permissão de adaptações casuísticas pode ser resolvida com outros princípios, como o da moralidade, da probidade administrativa, celeridade, da economicidade e da motivação.

Essa leitura permite a ideia de que nem sempre a solução mais eficiente é a que segue à risca todos os requisitos legais, sendo possível uma *simplificação orientada e eliminação de obstáculos desnecessários*[18], desde que preservados os objetivos principais da lei. Permite também a leitura de que embora a lei preveja alto grau de idealização em alguns trechos (a exemplo da previsão de um planejamento exaustivo, que envolve um difícil exercício de *futurologia* na análise prévia de aspectos que podem interferir na contratação), ela pode ser

[18] Azevedo Marques, Floriano. "Uma Lei que vale pelo que revoga". Revista do Advogado, n. 153. São Paulo: março de 2022, AASP, pp.: 7-8

reconhecida como um convite à reflexão e à criatividade dos agentes públicos a procurarem conferir maior qualidade e eficiência à Administração Pública[19].

A previsão expressa da LINDB na NLLC reforça a relevância da realidade fática na Administração, impondo uma leitura consequencialista [20] na tomada de decisões administrativas, que não podem se basear em *valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*[21], evitando que a aplicação da lei se torne um fim em si mesma, desconectada de seus objetivos e impactos concretos para a sociedade. Por isso que a *invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma deverá indicar expressamente as suas consequências jurídicas e administrativas*[22].

Em outras palavras, a aplicação racional da lei pelos órgãos de controle e judiciário não pode – e nem deve – usar a norma contra o próprio sistema, por meio de excesso de punições baseadas em formalidades que almejam um ideal inalcançável. Qualquer ato, mesmo que não tenha observado rigorosamente as demandas legais, precisa ser analisado dentro do contexto em que foi produzido, reputando-*se indevida qualquer invalidação total e automática de atos administrativos, na medida em que não se pode exigir o inviável*[23].

Por isso é importante se atentar às diferenças de tamanho e complexidade da estrutura de diferentes órgãos públicos. Quanto maior, mais complexa e departamentalizada é a sua estrutura, consequentemente maior a burocracia e também o interesse de acompanhamento mais assíduo dos órgãos de controle. Isso reflete em processos mais organizados e em conformidade com a lei, mas também pode implicar em estratégias mais rebuscadas de maquiagem de descumprimento da lei. Órgão menores, por outro lado, podem ter uma estrutura mais desorganizada e, por consequência, uma maior incidência de atos descuidados (o que não os torna ilícitos), mas também estratégias mais simples e descuidadas de burlar a lei.

É diante desse contexto que se pretende analisar a responsabilidade dos membros da comissão de contratação no crime de frustração do caráter competitivo da licitação.

---

[19] SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. DA FASE PREPARATÓRIA. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 161.

[20] ISSA, Rafael Hamze. Nova Lei de Licitações e Contratos: a conciliação do legal com o real? Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 13, n. 24, p. 159-160, set. 2023/fev. 2024.

[21] Art. 20, *caput* da LINDB.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[22] Art. 21, *caput* da LINDB.

[23] SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. DA FASE PREPARATÓRIA. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. Lei de licitações e contratos administrativos comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 167.

2.6. Quadro sinótico

	Momento	Ponto de Atenção
Fase Preparatória ou Interna	Estudo Técnico Preliminar - ETP	Dificuldade técnica, falta de recursos, tempo ou pessoal para uma apuração elaborada de dados para embasar a contratação, que possam gerar informações inexatas que venham a ser exploradas por terceiros mal intencionados. Manipulação de dados que podem deturpar as características e os quantitativos do objeto.
	Termo de Referência - TR	Dificuldade técnica, falta de recursos, tempo ou pessoal para elaboração minuciosa do objeto, descritivo, requisitos, que possam ser explorados por terceiros, ou que deem abertura para pedido de auxílio na sua confecção, que pode contar com itens manipulados. Manipulação da descrição técnica, requisitos, prazos, necessidade de comprovação de capacidade técnica, ou recebimento de auxílio do mercado de forma não republicana.
	Pesquisa de Preços	Contato com empresas do mercado que podem oferecer preços superfaturados ou preços sobre objetos que não fornecem. É um contato entre empresa e Administração, que pode ser aproveitado para obtenção de informações privilegiadas.
	Definição de aspectos econômico-financeiros	Manipulação de decisões relacionadas à comprovação da capacidade econômico-financeira, garantia, possibilidade de consórcio.
	Edital	Escolha enviesada da modalidade, critério de julgamento, modo de disputa, inversão das fases ou qualquer regra que possa restringir ou direcionar a competição.
	Parecer Jurídico	Impossibilidade de análise ou esquiva de assuntos técnicos.
Fase Externa	Propostas	Submissão de propostas similares entre concorrentes, ou com indicativo de que contenham informações internas não divulgadas.
	Julgamento	Manipulação da análise das propostas quanto à conformidade com o edital e exequibilidade ou falta de empenho para correção de vícios sanáveis.
	Habilitação	Manipulação da análise dos documentos que comprovam a capacidade de licitar (jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista, econômico-financeira), ou pela consolidação de requisito anteriormente imposto, ou análise enviesada da documentação. É também o momento no qual pode haver menor empenho na análise de documentos pouco claros ou com vícios sanáveis.
	Impugnações e Recursos	Julgamento que, embora fundamentado, permite algum grau de discricionariedade e de maior (ou menor) comprometimento em alargar a competição do certame.

3. Concepções dogmáticas para a abordagem dos problemas e zonas cinzentas

3.1. Recorte temático

O objeto de estudo é a responsabilidade criminal de agentes públicos (ou equiparados), dentro ou fora das atribuições de Agente de Contratação (ou membros de Comissão de Contratação), por induzimento de terceiros em critérios técnicos, na frustração do caráter competitivo de licitação conforme crime tipificado no art. 337-F do Código Penal, incluído pela NLLC.

Embora haja diferentes formas de cometimento desse crime, como combinação de preços entre empresas, fraude documental, conluio com servidores públicos com participação ativa do Agente de Contratações (ou membros da comissão), nos debruçaremos especificamente no estudo das condutas dos membros da comissão ou equiparado (e equipe de apoio?) que não estão agindo em conluio com terceiros mal intencionados, mas que, por algum motivo, obedecem aos seus comandos.

O recorte temático ficará adstrito à conduta do Agente de Contratação (ou equiparado) diante de um comando que possa gerar desconfiança, mas não seja manifestamente ilegal. Isso quer dizer que estará fora do escopo do estudo a adesão a uma ordem flagrantemente ilegal (como uma desclassificação imotivada), assim como a conduta em erro de tipo invencível (uma desclassificação por não atendimento a um requisito técnico aparentemente legal, do qual não tinha como desconfiar da sua ilegalidade).

O objeto de interesse, portanto, será a zona cinzenta: os limites das obrigações e responsabilidades diante de um comando ilegal revestido e mascarado por um conteúdo eminentemente técnico, de cuja legalidade seria possível desconfiar, embora a ilegalidade não seja flagrante, perpassando pelo dever de investigação e a possibilidade físico-real de agir em razão da hierarquia, divisão de tarefas e da especialidade técnica.

3.2. Casos exemplo

3.3.Considerações gerais

A pesquisa deverá enfrentar uma série de questões dogmáticas que poderão se mostrar relevantes (somente após percorrê-las será possível definir quais serão abordadas, afastadas, superadas, ou reduzidas a notas de rodapé explicativas).

Considerando que a Comissão é independente e responsável pela tomada de decisões no âmbito do processo licitatório, em princípio, as condutas de seus membros seriam todas comissivas. Afinal, são eles quem, em conjunto, classificam, desclassificam, julgam impugnações e tomam outras decisões relevantes. Mesmo a inserção de cláusulas no edital, que ocorra antes da investidura como membro de Comissão, ainda se trata de um ato comissivo.

Há, contudo, casos menos claros, que merecem alguma elaboração, como a hipótese de a Comissão deixar de realizar diligências (internas e externas) diante de atestado de capacidade técnica que não seja preciso, ação essa que poderia ter alterado o resultado da licitação (evitado uma desclassificação, por exemplo). A conduta típica seria omissiva (deixar de diligenciar) ou comissiva (desclassificar)?

Outras hipóteses podem ser de ainda mais difícil elucidação, se considerarmos a posição de garantidores dos membros da Comissão, na medida em que a obediência irreflexiva das cláusulas do edital, de comandos da área técnica ou da equipe de apoio anteriores à comissão podem se mostrar relevantes.

Se a Comissão recebe um parecer recomendando a desclassificação de uma empresa com base em um argumento técnico, ela pode simplesmente acatá-lo ou tem o dever de se debruçar sobre o argumento e questioná-lo? Imaginemos que seja um caso simples e que a Comissão já tenha se deparado com uma situação similar ou, ainda, tenha motivos para desconfiar da área técnica. Ainda assim ela pode acatar esse posicionamento?

Em sendo negativa essa constatação, os membros da Comissão que desconfiaram sobre essas irregularidades teriam a obrigação de se aprofundar sobre o assunto? Se tinham, e não o fizeram, qual seria a relevância dessa omissão na conduta? Nesse caso, estaremos diante de uma ação comissiva (desclassificar a empresa) que somente ocorreu em função de uma omissão antecedente (não questionar uma ordem aparentemente ilegal). É necessário que os membros da Comissão sejam garantes para que a omissão seja relevante? Isso se altera caso haja uma equipe de apoio? E se uma licitante desclassificada recorre dessa decisão e fundamenta seu argumento em parecer técnico convincente, mas divergente da área técnica, será que a Comissão tem liberdade e discricionariedade para contrariar servidores (dotados de fé pública, pertencentes ao seu próprio órgão) sobre assunto do qual não são especialistas?

Daí porque, invariavelmente, a pesquisa precisará se debruçar sobre esses deveres e responsabilidades da Comissão de Licitação, e enfrentar, mesmo que *em passant*, se os membros ocupam posição de garantidores, o que conferiria relevância penal às suas omissões.

Analisando a olho nu, parece natural que o sejam, em razão da responsabilidade solidária por todos os atos imposta pelo Art. 8º, parágrafo 2º da Lei de Licitações[24]. Diversos desdobramentos podem surgir dessas reflexões.

Ainda que constatada a posição de garantidores, os membros da Comissão ocupam uma posição dual, onde são o topo da cadeia hierárquica para tomada de certas decisões (de extrema relevância), porém ao mesmo tempo trabalham dentro de um ambiente hierarquizado, atendendo a demandas internas do órgão, devendo prestar contas e obedecer a ordens e estando sujeitos a represálias. Na prática, essas condições são indissociáveis, conferindo a essas pessoas uma situação paradoxal, na qual devem tomar decisões relevantes e independentes, porém dentro de um contexto hierárquico de subordinação. Até que ponto a relação de hierarquia deve ser considerada em uma licitação? Até que ponto o poder disciplinar pode incutir dúvidas sobre a licitude de um comando aparentemente ilegal, mas revestido de uma roupagem técnica?

Outro desdobramento relevante é possibilidade de um mesmo ator no processo licitatório ocupar funções diversas com diferentes expectativas, obrigações, responsabilidades, bem como as consequências disso. Imaginemos, por exemplo, um técnico que trabalhe na área de licitações, responsável pela elaboração de editais, e que recebe comando da área técnica para incluir no edital cláusula que pode restringir a participação de licitantes. A princípio, parece razoável concluir que ele pode confiar na área técnica e fazer a inclusão. Posteriormente, esse mesmo técnico é nomeado Agente de Contratação, assumindo outro grau de responsabilidade (ao que parece, inclusive dever de garante), e se depara com a necessidade de desclassificar uma empresa com base em requisito do edital que ele próprio (mesmo que a pedido) inseriu. Ele teria, então, uma obrigação especial de questionar cláusula editalícia inserida por ele mesmo, semanas antes, quando exercia função diferente?

Essa reflexão esbarra em outra questão (talvez complexa demais para ser tratada neste trabalho, mas que merece algum aprofundamento na fase de pesquisa), relacionada ao *iter criminis*, mais especificamente à identificação de até que momento os atos praticados podem ser considerados preparatórios, onde se inicia a execução e qual é o momento da consumação do crime[25]. Isso ganha especial relevância na medida em que uma mesma pessoa atua em fases

---

[24] Esse dispositivo pode ser utilizado por aplicação subsidiária no regramento da Lei nº 13.303, desde que não haja regramento em contrário em regulamento que seja compatível com a legislação.

[25] Há outros questionamentos que podem decorrer daí, que no momento parecem menos relevantes para as finalidades do presente trabalho: Pode-se dizer que o crime se consumou enquanto há possibilidade de revogação do certame? Se o contrato nunca for assinado, por falta de orçamento, p.ex., não seria possível afirmar que o caráter competitivo do certame ocorreu mesmo assim? Até a publicação do edital, não há crime? A não participação de possíveis licitantes já pode configurar limitação à participação, ou precisa haver provas concretas de que alguma

diferentes (antes e depois da publicação do edital), porém tem diferentes deveres e responsabilidades em cada uma dessas fases.

Outro desdobramento das reflexões acima é o princípio da confiança. O Art. 7º da Lei nº14.133/21[26] determina que os agentes públicos designados tenham atribuições relacionadas a licitações, e o Art. 8º, §1º determina que ele será auxiliado por uma equipe de apoio e responderá pessoalmente pelos atos que praticar, salvo se induzido a erro pela equipe de apoio.

Parece lógico o raciocínio de que aos membros da Comissão, considerando as suas responsabilidades e obrigações, deve vigorar o princípio da desconfiança. Afinal, exercem o papel de zelo pela legalidade dos procedimentos e idoneidade dos documentos e atos produzidos no âmbito da Comissão. Entretanto, considerando que eles são auxiliados por profissionais da área solicitante (especialistas dotados de fé pública e da confiança da administração) e equipe de apoio para resolver questões de ordem eminentemente técnicas, também seria razoável que prevalecesse a confiança.

A relevância da desconfiança de um não técnico sobre um parecer técnico elaborado por profissional gabaritado também pode ser questionável. Se um membro da Comissão formado em direito desconfiar de assunto específico de engenharia, ele tem capacidade técnica (e força política) para questionar o parecer? Ficaria obrigado a procurar outro profissional e tirar a prova? Como fazer isso em termos de hierarquia no órgão? Voltando ao exemplo anterior, será que podemos dizer que o funcionário que elabora o edital pode inserir cláusula restritiva sem questionamentos com base no princípio da confiança, mas, após investido na função de Agente de Contratação, não pode aplicar a cláusula sem desconfiar de sua idoneidade?

---

empresa efetivamente participaria, deixou de participar. Partindo desse princípio, é exigível que ela tente? Entre com impugnação?

[26] Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:
II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.
§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.
§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Seria necessário que houvesse membros da comissão de diferentes áreas? Quais seriam os reflexos disso? A falta de experiência em licitação pode onerar os demais, ou mesmo tornar a Comissão um ambiente menos seguro. Como ficaria a responsabilidade solidária dos membros se nem todos dominam os mesmos assuntos? Cada um responderia pelo que teria capacidade real de antever?

Intuitivamente, parece que o dever dos membros da Comissão deveria se limitar às suas especialidades, considerando a divisão de tarefas da empresa (apesar de que a Comissão em si é um caso à parte). Entretanto, também soa estranho esperar que um não técnico que receba uma informação relevante (com indícios de fraude) e possui uma obrigação de garantidor daquele processo licitatório, possa simplesmente se esquivar da responsabilidade alegando confiança.

Dito tudo isso, é de se exigir dos membros da Comissão um dever de reporte de qualquer suspeita? Para quem? E como ficariam as relações de hierarquia e segurança jurídica no trabalho?

O elo comum a todas essas questões parece ser a análise da capacidade físico-real de agir, diante de todas as particularidades que envolvem a Comissão de Licitação.

Colocadas essas inquietações, a pesquisa deve abordar cada uma delas para direcionar quais são desimportantes para o tema central, ou de menor complexidade, e quais são de maior complexidade e merecem atenção e a devida elaboração.

Diante da gama de variáveis, e especialmente por conta da maleabilidade procedimental decorrente da regulamentação via decreto e possibilidade de autorregulação, será indispensável pensar em exemplos específicos, ou variações deles, para cada uma das hipóteses, com o intuito de deixar mais claro e didático ao leitor. Ainda assim, se possível, parece interessante elaborar também exemplos mais complexos, que congreguem mais de uma hipótese, assemelhando-se um pouco mais à realidade desses crimes que, na prática, podem alcançar um nível de complexidade altíssimo.

3.4. Princípio da Confiança no processo licitatório

3.4.1. Considerações preliminares [que farão parte de outros tópicos anteriores]

Antes de entrar a fundo na temática, será necessário fazer esclarecimentos quanto à estrutura do Órgão Público, como funciona a hierarquia e as especificidades do Agente ou Comissão de Contratação.

O tamanho do órgão público influencia muito na qualidade e especialização técnica de suas áreas. Uma Sociedade de Economia Mista no município de São Paulo pode possuir uma área de engenharia com dezenas de engenheiros e técnicos especializados, gerência financeira, gerência de orçamento, gerência de compras, uma área específica de preços, um jurídico estruturado, todos com especialistas experientes em cada um dos segmentos. E isso não significa que não enfrentem dificuldades em razão da maior complexidade de suas demandas. Um município pequeno, embora não tenha que lidar com o mesmo nível de complexidade de serviços e obras, pode ter uma área de licitações que cumula funções de elaboração de editais, licitações, contratos, pesquisa de preço e outros assuntos em dois servidores inexperientes; e, ao mesmo tempo, receber demanda de compra de um *software* complexo por outro servidor sem conhecimentos básicos de computação.

Em um brevíssimo resumo, a estrutura de estabilidade e distribuição de cargos por discricionariedade de autoridades políticas faz com que os órgãos públicos operem na mesma lógica empresarial, porém com algumas singularidades. O poder de seleção, por exemplo, pode ser reduzido ou até inexistente. O poder de orientação (de alguém não selecionado) também pode enfrentar dificuldades (por exemplo, no caso de um subordinado que pertença a time político diverso do superior hierárquico). Pode haver uma relação entre um cargo superior e outra cargo subordinado, porém entre áreas horizontalmente distintas[27], que gere dúvidas quanto à obrigação de um perante o outro.

Como já antecipado, independentemente do tamanho da estrutura, há sempre um ambiente hierarquizado e relações de trabalho que envolvem cargos, de forma que a base da pirâmide presta contas e deve obediência aos segmentos mais acima, sofrendo risco de perder cargos, promoções, bem como submeter-se a punições, remoções, transferências, dentre outros revezes que nem mesmo a estabilidade do funcionário público é capaz de evitar. As demandas políticas, mesmo as legítimas (para atender aos anseios da população, por exemplo), também são parte do trabalho e enfrentadas como deveres de alta cobrança.

---

[27] Dependendo da estrutura organizacional e procedimental do órgão, também pode haver comunicação entre diferentes níveis hierárquicos, mas de áreas distintas (onde se veria uma relação hierárquica horizontal). Uma Sociedade de Economia Mista, por exemplo, pode ter um fluxo em que a demanda da diretoria de Obras seja remetida ao Diretor Administrativo, que a analisa e repassa ao Superintendente, que Repassa ao Gerente, que, por fim, distribui dentro de uma supervisão. Seria uma ordem de cumprimento de outra ordem de outra área. Todavia, nada impede que o procedimento da empresa seja de o Diretor enviar a demanda diretamente à gerência, sem passar por toda a cadeia, tornando dúbia a relação de hierarquia, na medida em que a ordem se origina de um cargo que não exerce poder hierárquico direto sobre o Gerente, mas que ainda possui uma posição de poder superior.

A Comissão de Contratação é formada por pessoas que detêm conhecimentos específicos na área de licitações e contratos e, por esse motivo, todas as decisões que envolvem assuntos específicos são submetidas à avaliação da respectiva área técnica (seja a demandante, que detém conhecimentos específicos do objeto licitado, seja áreas de apoio, como a financeira ou de orçamento). A decisão final, apesar de respaldada em pareceres das áreas técnicas, é sempre da Comissão.

Entretanto, a comissão não está submetida a essa hierarquia: é a autoridade máxima no universo restrito da licitação, e é regida somente pelas normas legais e procedimentais, sem qualquer dever de subordinação a nenhuma outra figura. Ela é independente e tem obrigações e responsabilidades legais intransponíveis, lembrando que sempre age com respaldo em pareceres da área técnica, na equipe de apoio (quando existente), e validada por parecer jurídico.

É intuitivo compreender que, em termos de hierarquia na estrutura do órgão público, a distinção entre funcionário da área de licitação e membro da Comissão de Licitação, na prática, não existe. Embora o servidor, quando agindo como membro de Comissão, tenha muito mais responsabilidades e cuidados, ele ainda ocupa o mesmo cargo, no mesmo ambiente altamente hierarquizado, mantém relações e responde para o mesmo chefe, possui os mesmos anseios e riscos.

3.4.2. O princípio da confiança

A vida corporativa moderna se caracteriza por uma intrincada teia de relações em diferentes níveis hierárquicos e áreas de especialização, cujo funcionamento e eficiência dependem da organização, divisão de tarefas e de responsabilidades entre uma pluralidade de agentes.

Seja em razão da quantidade de trabalho, ou da sua especialidade, o trabalho baseado na desconfiança de seus pares e de seus subordinados inviabilizaria por completo a vida no âmbito da empresa. Afinal, seria impossível um diretor dominar tecnicamente todos os tipos de trabalhos exercidos pelos seus subordinados, e também seria inviável conferir todos os trabalhos realizados por subordinados (que em uma empresa grande podem ser centenas).

A ausência da confiança, nesse passo, levaria à centralização das decisões, levando a um processo lento, burocrático e ineficiente para lidar com as dinâmicas do mercado, além de implicar na elevação de custos, limitação da inovação.

Sob o prisma da responsabilidade penal, o princípio da confiança é um critério normativo de limitação do alcance da previsibilidade de condutas incorretas, o que faz do ato de confiar um risco juridicamente permitido pelo direito, independentemente de ser previsível que terceiros possam agir incorretamente[28], desde que obedecendo a alguns critérios.

Não se trata da confiança na autorresponsabilidade alheia, tampouco na possibilidade de confiar indiscriminadamente. O que importa, para o Direito Penal, é que faz parte da vida em sociedade a criação e assunção de riscos calculados, juridicamente aceitos por não configurarem ações perigosas, nocivas a bens jurídicos protegidos pelo direito segundo a proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da confiança parte do sopesamento entre a proteção de bens jurídicos e a garantia da liberdade individual, de forma a assegurar o convívio em sociedade sem a necessidade de se controlar os riscos das condutas de terceiros[29], desde que obedecidos certos critérios e limites. É o que nos permite cruzar o farol verde com a segurança de que um terceiro desconhecido, apesar de potencialmente poder transgredir as regras de trânsito, não cruzará o farol vermelho. Mais do que isso, é o que nos dá a segurança jurídica de que, caso ele assim o faça, não sofreremos nenhuma reprimenda estatal pela conduta de cruzar o farol verde, mesmo essa conduta oferecendo um risco concreto, porque juridicamente permitido.

3.4.3. Princípio da confiança na divisão vertical de trabalho

Apesar de ser um ambiente hierarquizado, para o cenário do recorte temático estabelecido, a divisão vertical de trabalho será de pouco relevância. O Agente de Contratação, embora possa sofrer pressão de superiores hierárquicos, é o topo da cadeia decisória no contexto da licitação, e trabalha (quando membro de Comissão de Contratação), em pé de igualdade com os seus pares.

Ainda assim, considerando que o responsável pela área de licitações e contratos de um órgão pode gerir uma equipe e ter, portanto, subordinados, há situações em que ele poderá se socorrer desse instituto para conseguir organizar e otimizar os trabalhos, entregando a eficiência necessária à vida pública.

---

[28] SIQUEIRA, Flávia. O Princípio da confiança no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, pp. 97-98. [*citação indireta]

[29] SIQUEIRA, Flávia. O Princípio da confiança no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, pp. 110.

4. Manifestação do problema na jurisprudência

A jurisprudência dificilmente entra nas nuances do processo licitatório. Geralmente, os julgados abordam a matéria de maneira simplificada e até simplista. Em razão disso, há pouca manifestação no Poder Judiciário sobre as questões que se pretende abordar, motivo pelo qual, nesse momento, esse tópico não será muito aprofundado, sem prejuízo de uma abordagem mais detida no futuro.

Por ora, utilizaremos um julgado do TJSP - Ap. nº 0003002-24.2005.8.26.0318, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 19/01/2012[30], apenas como demonstração da falta de critérios para a análise das condutas.

Uma servidora – membro da comissão designada pelo prefeito – alegou que os requisitos incluídos no edital se basearam nas exigências da Secretaria de Educação, e que a empresa vencedora apresentou proposta compatível com o edital.

A sentença, em vez de analisar as condutas dos membros da Comissão (primeiro quando da sua inserção no edital e depois quando do julgamento), alega que se esperava uma "*rigorosa análise de toda a documentação e circunstâncias relativas ao certame licitatório*", e, em razão do julgamento favorável à empresa, pressupõe conluio entre os membros da Comissão e os demais réus. O acórdão, por sua vez, afirma que ela teria feito "*vista grossa às exigências do edital*" (referenciando que havia exigência de indicação de marcas e modelos dos produtos, e que a proposta não o fez), mas sem grandes elaborações.

A análise das condutas é rasa, prescindindo até mesmo de uma elaboração mínima sobre erro ou culpa. O dolo não é construído, mas assumido em razão da consumação do crime: se há indícios de fraude e a proposta foi aceita, então há conluio entre a Comissão e os demais envolvidos. A saída pela atribuição de um dolo não comprovado é fácil porque se baseia em mero silogismo, e por isso acaba sendo muito comum.

Entretanto, há outros aspectos objetivos cujo enfrentamento deveria preceder essa análise, que em resumo circundam os limites da responsabilidade e dos deveres dos membros da Comissão,

---

[30] A ação penal versa sobre de uma fraude à licitação no âmbito da secretaria de educação da comarca de Leme/SP, para a implantação de planos técnicos pedagógicos em escolas municipais (laboratórios e bibliotecas), com alegação de direcionamento do edital pela inserção de exigência do edital (violação do fracionamento obrigatório, exigindo que a mesma empresa fornecesse equipamentos, softwares e mobiliários – mesmo que descritos de forma genérica), o que levou ao comparecimento de uma única empresa no certame.
Foram condenados: a Subprefeita (quem determinou a abertura do procedimento licitatório e, ao final, o homologou); o Prefeito, quem autorizou a determinação da Subprefeita; o empresário e um membro da comissão de licitação.

e a possibilidade real de agirem para evitar o resultado típico. É sobre esse viés que esta pesquisa pretende se debruçar.

5. Soluções propostas

Considerando as incontáveis variáveis que podem ocorrer dentro do processo licitatório, certamente não chegaremos a uma decisão única e concreta sobre todas essas questões.

O objetivo do trabalho é a delimitação dos limites do deveres e responsabilidades da Comissão, considerando a capacidade técnica e a possibilidade físico-real de agir, e também se esses limites devem ser traçados caso a caso (considerando os conhecimentos especiais de cada um) ou se devem ser gerais (limitando os deveres às responsabilidades da função assumida).

Identificados e elaborados os problemas, tentaremos propor soluções viáveis para resolvê-los ou, mais realisticamente, mitigá-los. Nesse momento, as hipóteses consideradas são formas de estruturação das Comissões e dos procedimentos internos, que distribuam as responsabilidades de acordo com as áreas técnicas, previsão de consultas externas em casos de recursos administrativos e delimitações mais específicas de responsabilidades de cada envolvido no processo licitatório, trazendo maior segurança jurídica.

O assunto é tratado de forma tão tímida na seara penal que a própria concatenação dos argumentos, melhor delimitação do papel e das responsabilidades da Comissão e equipe de apoio e estabelecimento de critérios para avaliá-los já pode servir como uma forma de resolução desses problemas, cuja gravidade parece residir muito mais na insegurança do que no alcance das responsabilidades em si.

1. **Proposta preliminar de roteiro para a abordagem do problema:**

    1. Introdução (com breve relato do problema)
    2. Considerações sobre o processo licitatório e as dificuldades encontradas na prática
        a. Pano de fundo do processo licitatório
        b. A fase interna, ou fase preparatória
        c. A fase externa
        d. Encerramento da licitação
        e. Considerações finais
        f. Quadro sinótico
    3. Considerações sobre direcionamento de licitações
        a. Direcionamento de Edital
        b. Desclassificação ilegal
    4. Problemas práticos
    5. Membros da Comissão, Equipe de Apoio e Contribuição da Área Técnica
        a. Agente de contratação (e equiparados)
        b. Membros da comissão
        c. Equipe de apoio
        d. Área Técnica
    6. Capacidade físico-real de agir
        a. Hierarquia dentro do órgão público X independência da comissão de licitação
        b. Princípio da confiança no processo licitatório
            i. O princípio da confiança
            ii. Relações Verticais
            iii. Relações Horizontais
        c. Relação entre membros da comissão e equipe de apoio
        d. Autoria mediata
    7. Limitações das condutas dos membros da comissão e equipe de apoio: o corte deve ser feito de acordo com a área de atuação, ou de acordo com conhecimentos concretos?
    8. Soluções propostas
    9. Conclusão

2. Bibliografia

AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. In. MONTES FLORES, Efraín. CABRERA FREYRE, Alonso R. Peña. SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *El Derecho Penal Contemporáneo.* Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Lima: ARA

AZEVEDO MARQUES, Floriano. *Uma Lei que vale pelo que revoga*. Revista do Advogado, n. 153. São Paulo: março de 2022, AASP

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Nova Lei de Licitações: maximalista, porém flexível*. Jota, São Paulo, 25 out. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/nova-lei-de-licitacoes-maximalista-porem-flexivel. Acesso em: 27 nov. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. *Lei de licitações e contratos administrativos comentada: Lei 14.133/21*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

DALLARI, Adilson de Abreu. Responsabilidade dos prefeitos e vereadores. *Revista dos Tribunais Online*, Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 7, p. 1175-1194, nov. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017

ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas*. [s.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3340950

FRISCH, Wolfgang. Complicidad mediante acciones neutrales - Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad. In: [s.l.: s.n., s.d.]

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*: parte especial – Crimes contra a Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2020.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras:* a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In. GRECO, Luís. *et al. Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons.

GUIMARAY, Erick. *Delitos contra la administración pública y corrupción*: criterios de imputación al superior jerarquico. Madrid: Reus Editorial, 2021.

ISSA, Rafael Hamze. *Nova Lei de Licitações e Contratos: a conciliação do legal com o real?* Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 13, n. 24, set. 2023/fev. 2024.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MARAVER GOMEZ, Mario. El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa. In. DE LA CUERDA MARTÍN, Mónica. DE LA TORRE GARCÍA, Faustino García (Coords.). *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020

MARAVER GOMEZ, Mario. *El Principio de Confianza en el Derecho Penal*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. [*Atualizar versão*]

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. (Reflexões jurídicas)

PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. In. PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.). *El derecho penal como ciencia*. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Buenos Aires: B de F, 2014.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa. In. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ROBLES PLANAS, Ricardo (Orgs.). *Delito y empresa*. Barcelona: Atelier, 2018

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las “conductas neutrales” en Derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 70, p. 190-228, jan/fev, 2008.

ROBLES PLANAS. Principios de imputación en la empresa. In. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ROBLES PLANAS, Ricardo (Orgs.). *Delito y empresa*. Barcelona: Atelier, 2018,

SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (Artigo 327*, caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omision impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In. GRECO, Luís (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Marcial Pons, 2004.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2016.