



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### 5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO GRUPO DE TRABALHO LICITAÇÕES

#### PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA SECRETARIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

### NOTA TÉCNICA

#### PROJETO DE LEI n. 6814/2017 (APENSADO AO PL n. 1292/95)

#### (LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS)

### I – INTRODUÇÃO

1. Esta nota técnica apresenta considerações e propostas de alteração de disposições do **Projeto de Lei (PL) n. 6814/2017 (apensado ao PL n. 1292/95)**, que visa a instituição de uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em substituição às atuais Leis n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), n. 10.520/2002 (Pregão) e n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), além de compilar temas hoje tratados por normas infralegais.
2. O PL n. 6814/2017, atualmente sob análise de Comissão Especial no âmbito da Câmara dos Deputados,<sup>1</sup> é resultado da aprovação, em 13/12/2016, pelo Plenário do Senado Federal, do Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal (PLS) n. 559/2013, de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos.

<sup>1</sup> Conforme despacho de 16/03/2018, foram apensados ao PL n. 6.814/2017 dezenas de outras proposições legislativas relacionadas ao tema de licitações e contratos administrativos. Em razão disso, o nome da comissão especial foi alterado para se referir ao Projeto de Lei n. 1.292/1995, que, por se a proposição mais antiga, encabeçou o bloco em apreciação.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

3. Em linhas gerais, considera-se que a proposta traz avanços no sentido de modernizar a legislação sobre o tema, substituindo o atual paradigma formalista-burocrático por um modelo de controle de resultados, com vistas à simplificação e maior eficiência nas contratações governamentais. Porém, certas questões carecem ainda de algum aprimoramento.

4. Assim, considerando as atribuições conferidas ao Ministério Público, em especial, a defesa dos interesses sociais, a proteção do patrimônio público e o combate à corrupção (art. 127 e 129, II e III da Constituição Federal e art. 5º, I, “h” e V, “b” da Lei Complementar n. 75/1993), esta nota técnica tem a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento do novo diploma legal, com foco na prevenção de desvios de recursos públicos.

### II – PROPOSTAS E JUSTIFICATIVAS

5. Em razão da extensão da proposição legislativa e da complexidade da matéria, são abordadas nesta Nota Técnica as questões consideradas mais relevantes para a tutela da probidade nas contratações públicas, a saber:

- i. inclusão de norma para ser considerada a potencial **economia de escala** no valor estimado da contratação (art. 20);
- ii. a fim de evitar superfaturamento por meio de “**jogo de planilhas**”, exigência de adoção de **critério de aceitabilidade de preços**, unitário e global, nos editais de licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, (art. 53, §3º do PL), bem como previsão da **manutenção do desconto original** pactuado, em caso de aditivos contratuais (art. 101 do PL);
- iii. restrição da inexigibilidade para contratação de serviços técnicos especializados com profissionais de notória especialização apenas aos serviços de **natureza singular** (art. 67, III do PL);
- iv. restrição da solução de conflitos por meio de **arbitragem** apenas aos contratos de grande vulto (art. 86, §3º do PL);
- v. redução do limite para **contratos verbais** (art. 88, §2º do PL);



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- vi. obrigatoriedade de adoção de **garantias** nas contratações de obras, serviços e compras e exigência de **performance bond** para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia de valor superior a R\$10.000.000,00 (art. 89 do PL);
- vii. tipificação do **crime de superfaturamento em obras públicas** (art. 129 do PL, com inclusão no Código Penal do art. 337-P);
- viii. aperfeiçoamento da redação de **outros tipos penais** (art. 129 do PL), especialmente dos crimes de **contratação direta ilegal** (art. 337-E, a ser incluído no CP) e **fraude em licitação** (art. 337-L, a ser incluído no CP).

### II.1 – Economia de Escala

6. Antes de realizar qualquer contratação, a Administração deve fazer uma estimativa de preços,<sup>2</sup> a fim de assegurar a aquisição por preço compatível com o de mercado.<sup>3</sup> Esse levantamento pode ser realizado de várias formas, desde que tecnicamente justificadas, como cotações junto a fornecedores locais, pesquisas na internet e a publicações técnicas especializadas, visitas *in loco* para checar o preço de balcão e consultas a bancos de preços e sistemas de referência oficiais.

7. Nesse sentido, o art. 20 do PL n. 6814/2017 prevê o seguinte:

Art. 20. O valor estimado da contratação poderá ser calculado:

I – com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica;

II – a partir de preços ou mediana de preços de sistemas referenciais de custos da Administração ou de tabela de referência formalmente aprovada por seus órgãos ou entidades, publicações técnicas especializadas, sistema específico setorial ou pesquisa de mercado, na forma de regulamento;

III – pela comprovação pelo contratado de que os preços estão em conformidade com os praticados, usualmente, pela empresa em contratações semelhantes quando o bem, material ou serviço for único, de fornecedor ou prestador exclusivo ou sem similar no mercado;

<sup>2</sup> O art. 6º, XI, “F” da Lei 8666 prevê que o projeto básico deve conter “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

<sup>3</sup> Nesse sentido, a Lei 8666/1993 estabelece que na licitação deverá haver a “verificação da conformidade de cada proposta com (...) os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços (...)” (art. 43, IV), não se admitindo “proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado” (art. 44, §3º), caso em que a proposta será desclassificada (art. 48, II).



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- IV – pela apuração da cotação no momento da contratação quando não for possível a mensuração ou a fixação do custo do bem, material ou serviço em razão de características específicas do mercado fornecedor; ou
- V – por outras técnicas previstas em regulamento.

8. Entretanto, a proposta não contempla nenhuma disposição no sentido de que seja levada em consideração no cálculo do valor estimado da contratação a potencial economia de escala (redução do custo médio do bem ou serviço à medida em que aumenta a quantidade adquirida, pela diluição dos custos fixos), em razão da aquisição de grandes quantidades pela Administração Pública, como frequentemente sói ocorrer nas compras governamentais.

9. Estudos de peritos do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal têm demonstrado que os sistemas de custos oficiais, como o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI e o Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO apresentam preços bem superiores ao custo real suportado pelos fornecedores (de 15 a 30%). Isso se deve, entre outras causas, a fatores de produtividade minorados nas composições de insumos e aos efeitos denominados barganha (vantagem decorrente de aquisições em grande quantidade) e cotação (diferença entre a mediana de preços e o menor preço pesquisado).<sup>4</sup>

10. Desse modo, a fim de considerar a potencial economia de escala em contratações pelo Poder Público, propõe-se a inclusão de um novo parágrafo no art. 20 do PL n. 6814/2017, com a seguinte redação:

Art. 20. (...)

**§2º No cálculo do valor estimado da contratação, por qualquer dos métodos listados neste artigo, deverá ser levada em consideração a potencial economia de escala para aquisição de bens e serviços, assim como para a definição dos preços dos insumos de obras.**

<sup>4</sup>LOPES, Alan de Oliveira. **Superfaturamento de obras públicas**. São Paulo: Pronto, 2011, p. 100-101. Vide, ainda, SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. **Efeito barganha e cotação**: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. ano 42. n. 19, 2010. LOPES, Alan de Oliveira, et al. **Novos modelos de Orçamento de Obras Públicas**. Audiência Pública sobre Novos Modelos de Orçamento de Obras Públicas - Procuradoria-Geral da República - Brasília, 28/03/2011.



## **II.2 – Prevenção do “jogo de planilhas” em obras públicas: adoção de critério de aceitabilidade de preços e manutenção do desconto original**

11. O “jogo de planilhas” é um mecanismo fraudulento bastante utilizado para superfaturamento de obras públicas, caracterizado pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.<sup>5</sup>

12. Nesse tipo de fraude, já vislumbrando a necessidade de alteração de quantitativos da planilha orçamentária (geralmente para correção de erros de projeto, melhor adequação técnica ou por insuficiência de recursos públicos), a contratada vence a licitação ofertando preço global com desconto significativo em relação ao preço de referência. Porém, durante a fase de execução, são celebrados aditivos contratuais em que os itens com maiores descontos acabam eliminados ou reduzidos, enquanto os itens com menores descontos (ou mesmo com sobrepreço) têm sua quantidade aumentada. O resultado disso é que, ao final, a contratada garante uma remuneração mais elevada, com a qual não teria vencido o certame, e a Administração deixa de obter a proposta mais vantajosa, gastando mais do que deveria.<sup>6</sup>

13. Como forma de prevenir o “jogo de planilhas”, a legislação atual estabelece o dever do gestor de definir no edital da licitação critérios de aceitabilidade dos preços ofertados, conforme as especificidades do mercado correspondente, com fixação dos preços máximos, tanto unitários como global.<sup>7</sup>

14. Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 exige que seja obrigatoriamente indicado no edital “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência” (art. 40, X).

<sup>5</sup>MACEDO, Leonardo Andrade, **A tipificação penal do superfaturamento de obras públicas**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista, em dezembro de 2016.

<sup>6</sup>CAMPITELI, Marcus Vinicius, **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas**. Dissertação. Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p. 5-8 e 39-42. MENDES, André. **Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas**. São Paulo: Ed. Pini, 2013, p. 184-192. OLIVEIRA, Gustavo Henrique, **Superfaturamento por jogo de planilhas**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista, em dezembro de 2016.

<sup>7</sup>“O administrador público deve dispor dos meios para evitar tais brechas já no embrião da contratação. Os editais devem conter disposição clara sobre a limitação do preço máximo global e dos preços unitários, de acordo com o orçamento previamente avaliado – baseado nos referenciais oficiais da Administração.” CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. **Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 203.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

15. Na mesma linha, o Decreto n. 7.983/2013 estabelece que “os critérios de aceitabilidade de preços deverão constar do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia” (art. 11) e “serão definidos em relação aos preços global e de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, que deverão constar do edital de licitação” (art. 13, parágrafo único).

16. Corroborando essa exigência, o Tribunal de Contas da União editou a **súmula 259**, segundo a qual “nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”.<sup>8</sup>

17. A exigência da adoção de critério de aceitabilidade de preços nos editais de licitações para contratação de obras e serviços de engenharia não consta de nenhum dispositivo do PL n. 6814/2017.

18. Assim, propõe-se ajustar a redação do §3º do art. 53 do PL n. 6814/2017 apenas para incluir tal exigência, **replicando o que já existe na legislação atual**, da seguinte forma:

Art. 53. (...)

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, **observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global, a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.**

19. Além disso, em caso de alterações contratuais, para evitar prejuízo ao erário em razão de possível “jogo de planilhas”, bem como preservar o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato,<sup>9</sup> a Administração deve assegurar que seja mantido o percentual de desconto original obtido na licitação,<sup>10</sup> de modo que o preço global pago após os aditivos não seja superior ao preço global de referência (ajustado em razão das modificações de quantitativos) abatido do percentual de desconto original.<sup>11</sup>

<sup>8</sup>Vide os acórdãos do Plenário n. 1785/2013, 1091/2007, 206/2007, 253-2002 2555/2009 e 2843/2008.

<sup>9</sup>Art. 37, XXI da CRFB 1988 e art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/93.

<sup>10</sup>OLIVEIRA, Gustavo Henrique, *op. cit.*, p. 22 e 29-30. OLIVEIRA JÚNIOR, Pedro de Sousa. **Jogo de planilha nas obras públicas**: uma metodologia sob o ponto de vista criminal. Especialize Revista Online, 2011. Disponível em:<<https://www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=jogo-de-planilha-nas-obras-publicas-uma-metodologia-sob-o-ponto-de-vista-criminal-161769.pdf>>. Acesso em 05/04/2018.

<sup>11</sup>Esse reequilíbrio deve ser ajustado por acordo entre as partes e formalizado por meio de termo aditivo (art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/1993). Não havendo consenso e subsistindo sobrepreço após as alterações contratuais, restará à Administração rescindir o contrato (art. 78, XII da Lei 8666/1993) ou mesmo promover sua anulação (art. 59 da Lei 8666/1993).



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

20. Assim, propõe-se incluir no art. 101 do PL n. 6814/2017 um novo parágrafo, com **a mesma redação que já consta atualmente** no *caput* do art. 14 do Decreto n. 7983/2013, da seguinte forma:

### CAPÍTULO VI DA ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS Art. 101. (...)

**§16. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.**

### **II.3 – Inexigibilidade para Serviços de Natureza Singular**

21. O art. 67, inciso III, do PL n. 6814/2017 cuida da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados com profissionais de notória especialização, nos seguintes termos:

Art. 67. É inexigível a licitação quando for inviável a competição, em especial nos casos de: (...)

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

22. Tal disposição é bastante similar ao que já é estabelecido na Lei n. 8.666/1993:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

II - para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei,<sup>12</sup> **de natureza singular**, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

<sup>12</sup> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

23. Entretanto, confrontada a redação dos dois dispositivos, percebe-se que o art. 67, inciso III, do PL n. 6814/2017 deixou de mencionar que os serviços técnicos especializados que autorizam a contratação direta são somente aqueles de **natureza singular**.

24. De fato, ainda que evidenciada a notória especialização do profissional, não é qualquer tipo de serviço técnico especializado que permite a contratação direta, em detrimento da exigência republicana da licitação. Na verdade, as razões que justificam a inexigibilidade só se aplicam aos serviços de natureza singular, “caracterizada como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado, [envolvendo] os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)”.<sup>13</sup>

25. A título de exemplo, basta pensar que, por mais prestigiado que seja um escritório de advocacia, não se justifica sua contratação direta pela prefeitura de um pequeno município para atuar em execuções fiscais ou procedimentos administrativos corriqueiros, que poderiam ter o patrocínio de um advogado recém-formado. Diferente seria a situação de defesa dos interesses desse mesmo município perante os Tribunais Superiores, em uma ação complexa, envolvendo um valioso bem do patrimônio municipal, essencial para os interesses da coletividade. Por óbvio, a contratação direta daquele prestigiado escritório de advocacia só se justifica no segundo caso.

26. A singularidade do serviço que autoriza a inexigibilidade está consagrada também na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>14</sup>

27. Assim, propõe-se a **manutenção** da exigência da natureza singular do serviço, **conforme regra atual da Lei 8666/1993**, ajustando-se a redação do art. 67, inciso III, do PL n. 6814/2017 da seguinte forma:

Art. 67. (...)

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, **de natureza singular**, com profissionais ou empresas de notória

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. à 11ª ed., Ed. Dialética, p. 282.

<sup>14</sup> No STJ, entre outros, vide AIAGRESP 201101096780, DJE 19/12/2017, RESP 201303528142, DJE 30/11/2016, AGRESP 201304090962, DJE 30/05/2016. No TCU, a título exemplificativo, vide os acórdãos n. 7840/2013, 1074/2013, 8110/2012 e 2762/2011.





## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

### **II.4 – Arbitragem**

28. O §3º do art. 86 do PL n. 6814/2017 estabelece que “o instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputas.”

29. A arbitragem é um meio privado de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, regulamentado no Brasil pela Lei 9307/1996. Assim como na via judicial, a solução do conflito na arbitragem se dá através da imposição de uma decisão obrigatória por um terceiro (heterocomposição), com observância das normas fundamentais de processo (ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, vedação de provas ilícitas, lealdade e boa-fé processual, etc). Os árbitros são nomeados conforme procedimento convencionado pelas partes, cabendo-lhes, ainda, ajustar as regras do procedimento, geralmente por simples referência ao regulamento de instituição encarregada de administrar a arbitragem (câmara arbitral).<sup>15</sup>

30. Em relação à possibilidade de arbitragem com entidades da Administração Pública, após reconhecimento de sua viabilidade pela jurisprudência,<sup>16</sup> qualquer questionamento a esse respeito ficou sepultado com o advento da Lei n. 13.129/2015, que inseriu disposição específica na Lei n. 9.307/1996, autorizando a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta (art. 1º, §1º), a qual deverá ser sempre de direito e com respeito ao princípio da publicidade (art. 2º, §3º).

31. Contudo, a experiência brasileira dos últimos vinte anos revelou que a arbitragem não se mostra adequada a todo tipo de conflito. As conhecidas vantagens da arbitragem em relação à via judiciária estatal (celeridade, flexibilidade do procedimento, segurança, especialização dos árbitros, redução dos custos de transação, etc) só se apresentam efetivamente em casos de maior complexidade (ex: obras de grande porte, fornecimento de bens e serviços técnicos específicos) e de valores mais elevados.

<sup>15</sup>CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Ed, Atlas, 2009.

<sup>16</sup>STJ, AgRg no MS 11308 e RESP-612439.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

32. De fato, o alto custo das despesas da arbitragem (especialmente, honorários de árbitros e taxas de administração da câmara) não justifica a adoção desse mecanismo senão para litígios mais complexos, com grandes valores envolvidos, deixando as causas menores e mais simples para o Poder Judiciário, onde a Fazenda Pública é isenta de despesas processuais.<sup>17</sup>

33. Para se ter uma ideia, em uma causa da ordem de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), com três árbitros, as despesas de arbitragem não sairiam por menos de R\$103.390,00, mais de 10% do valor da causa, sem contar custos com perícias e honorários de advogados.<sup>18</sup> À medida que o valor da causa aumenta o custo da arbitragem é proporcionalmente reduzido, de forma substancial. Por exemplo, uma arbitragem da ordem de R\$100.000.000,00 (cem milhões) custaria R\$703.430,00, apenas 0,7% do valor da causa.<sup>19</sup>

34. Além disso, caso admitida a arbitragem para todo e qualquer caso, pode-se imaginar o significativo risco de fraudes e conluios para dar aparência de legalidade a desvios de recursos públicos, especialmente com o emprego de arbitragem *ad hoc* ou de instituições arbitrais inidôneas.

35. Assim, propõe-se que a solução de conflitos por meio de arbitragem fique restrita aos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, conforme definição constante do art. 5º, XX, do PL 6814/2017 (valor estimado superior a R\$100 milhões), com o seguinte ajuste na redação do §3º do art. 86:

Art. 86. (...)

§ 3º O instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputas, **ficando a arbitragem restrita aos casos de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto.**

<sup>17</sup> Código de Processo Civil, art. 91 e 1007, §1º. No caso da Justiça Federal, onde litigam a União e suas autarquias, fundações e empresas públicas, a isenção das custas decorre do disposto no art. 4º, I, da Lei 9289/1996.

<sup>18</sup> Esse seria o custo de uma arbitragem administrada pela Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB (<http://camarb.com.br/calculadora/>). Se o caso fosse submetido ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CEM-CCBC, o custo subiria para R\$329.000,00 (<http://www.ccbc.org.br/Noticias/5069/tabela-de-despesas-2017>). Já na Câmara de Comércio Internacional – CCI, a arbitragem não sairia por menos de R\$219.881,00 (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/>).

<sup>19</sup> Esse seria o custo na CAMARB; no CEM-CCBC, R\$1.016.600,00; na CCI, R\$1.299.803,00



## II.5 – Contratos verbais

36. O §2º do art. 88 do PL n. 6814/2017 prevê que “é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais).”

37. Como se sabe, na Administração Pública impera o princípio do formalismo, de modo que os contratos administrativos devem ser formalizados através de instrumento escrito.

38. Assim, em atenção aos princípios da publicidade, moralidade, legalidade e impessoalidade e como forma de permitir o controle dos atos administrativos, não se deve admitir contratos verbais, senão de forma excepcionalíssima, em situações extremas, que não permitam aguardar a formalização do instrumento contratual.

39. Na legislação atual o valor limite para contratos verbais é de apenas R\$4.000,00 (quatro mil reais) (art. 60, parágrafo único, c/c art. 23, II, "a" da Lei n. 8666/1993).<sup>20</sup> Mesmo que a última atualização desse valor tenha ocorrido há 20 anos (Lei n. 9.648, de 1998), a depreciação monetária no período não justifica sua fixação em patamar oito vezes superior.

40. Desse modo, propõe-se fixar esse limite em R\$10.000,00 (dez mil reais), ajustando-se a redação do §2º do art. 86 do PL n. 6814/2017 da seguinte forma:

Art. 88. (...)

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de **valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**.

<sup>20</sup>Art. 60. (...)

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...) II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);



## **II.6 – Garantias e *Performance Bond***

41. A garantia contratual visa resguardar a Administração Pública contra possíveis prejuízos causados pelo inadimplemento contratual por parte do contratado.

42. Considerando os princípios da eficiência, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, entende-se que a garantia contratual deve ser uma exigência geral nos contratos celebrados pela Administração Pública, e não uma mera faculdade do administrador, conforme a redação constante do *caput* do art. 89 do PL n. 6814/2017, *verbis*: “A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no instrumento convocatório, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.”

43. A única situação em que seria legítimo dispensar a exigência de garantia é no caso de contratos de pronta entrega, em razão do menor risco de inadimplemento. Contudo, a dispensa de garantia nessa hipótese excepcional já está prevista no §2º do art. 89 do PL <sup>21</sup>.

44. Assim, tendo em vista que a exigência de garantia configura um poder-dever do gestor público e não mera faculdade, propõe-se o ajuste da redação do *caput* do art. 89 do PL n. 6814/2017 da seguinte forma:

Art. 89. **Deverá ser exigida**, mediante previsão no instrumento convocatório, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

45. Além disso, em relação a obras e serviços de engenharia de valor mais elevado, propõe-se que seja exigido o seguro-garantia de valor integral (correspondente a 100% do valor do contrato), com obrigação da seguradora, em caso de inadimplemento do contratado e a critério do contratante, indenizar os prejuízos ou assumir o remanescente da obra, o chamado “*performance bond*”.

46. Nesse sentido, cumpre transcrever as razões para adoção do *performance bond* de valor integral, expostas por EDUARDO AGUIAR, em trabalho específico sobre o tema:<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Art. 89. (...)

§ 2º Nos contratos de pronta entrega, poderá ser dispensada a prestação de garantia.

<sup>22</sup>AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida, **Seguro garantia de obra pública: uma análise sobre a adoção do *performance bond* no Brasil**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista, em dezembro de 2016.



“A opção deve ser pelo seguro garantia, em detrimento das modalidades de fiança ou caução, pois apenas este garante a concretização da obra, uma vez que a seguradora assume o risco de não sendo o contrato satisfeito integralmente, ter que finalizar sua execução, contratando um terceiro para fazê-lo, o que se torna um importante fator de controle da obra pelo particular, visando sua conclusão final nos exatos termos em que foi contratada. A caução e a fiança apenas asseguram o ressarcimento financeiro da Administração, mas não a conclusão da obra, que é o que efetivamente irá beneficiar a sociedade.

(...)

Diferente do seguro garantia, que exige critérios técnicos, econômicos e financeiros para sua celebração, a fiança e a caução apenas apreciam critérios econômicos e financeiros, desse modo, no caso do seguro garantia, a seguradora realiza uma averiguação das condições do licitante concluir a obra da forma como contratada, pois seu risco é diretamente proporcional à capacidade do contratado de adimplir o contrato, capacidade não apenas econômica e financeira, mas também técnica. Ademais, fiança e caução são operações financeiras que afetam a concessão de futuro crédito ao contratante, ao passo que o seguro garantia não. Por fim, o seguro garantia possibilita a diluição de riscos, pela contratação do resseguro, hipótese não existente na fiança e caução.

**A principal vantagem da modalidade seguro garantia é que a conclusão da obra é assegurada, cabendo desse modo também à seguradora fazer uma análise das empresas licitantes, para calcular os riscos técnicos, econômicos e financeiros do contrato de seguro, reforçando, assim, a capacidade do contratado de cumprir a avença.**

(...)

Por que garantir 100% da obra e não os 10% atualmente permitidos? O seguro garantia garante a execução integral do contrato, na forma como celebrado, assegurando o cumprimento das cláusulas contratuais, como valores, prazos e objeto, e para que a garantia seja de plena execução contratual, conforme previsto na Lei de Licitações, deve cobrir a integralidade da obra, ou seja, ser correspondente a 100% do objeto contratual. **Assegurar percentual mínimo do contrato, como os atuais limites de 5% e 10%, não é suficiente para que na hipótese de inexecução contratual a seguradora fique responsável pela realização integral da obra**, salvo no caso de o descumprimento ser infimo, e acaba por afastar a principal vantagem da modalidade seguro garantia.”

47. Ademais, a fim de assegurar a efetividade da garantia, mostra-se conveniente estabelecer mais alguns requisitos mínimos do *performance bond*, tais como: (a) que a seguradora tenha perfil de crédito (*rating*) adequado para garantir sua solvabilidade em caso de execução da garantia; (b) que o prazo de vigência do seguro esteja atrelado ao prazo de vigência do contrato garantido; e (c) que caiba à Administração a declaração de inadimplemento pelo contratado, para fins de de execução da garantia.



48. Nessa linha, propõe-se a eliminação do §4º e alteração da redação do §7º (que doravante passaria a ser §6º) do art. 89 do PL n. 6814/2017 da seguinte forma:

Art. 89. (...)

§ 6º **Em contratos que envolvam obras e serviços de engenharia de valor superior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais), exigir-se-á seguro-garantia de valor integral**, com a obrigação da seguradora de, em caso de descumprimento do contrato pelo contratado, e a critério da Administração Pública, indenizar os prejuízos ou subrogar-se nos direitos e nas obrigações do contratado, hipótese em que:

I – o contratado não poderá optar pelas modalidades de garantia previstas nos incisos I e III do § 1º;

II – caso a seguradora não conclua o contrato, ser-lhe-á aplicada multa equivalente ao valor integral da garantia;

III – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
- b) fiscalizar a execução do contrato principal e atestar a conformidade dos serviços e dos materiais empregados no cumprimento dos prazos pactuados;
- c) realizar auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

IV – é autorizada a emissão do empenho em nome da seguradora, desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

V – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

**VI – a seguradora deverá ter adequado perfil de crédito (*rating*), conforme previsto em regulamento;**

**VII – o prazo de vigência do seguro-garantia será igual ao prazo estabelecido no contrato principal, incluindo eventuais prorrogações;**

**VIII – a rejeição pela Administração Pública, no todo ou em parte, de obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato importa a automática declaração de inexecução e consequente execução da apólice de seguro garantia.**

## **II.7 – Tipificação do Crime de Superfaturamento em Obras Públicas**

49. Um dos mecanismos mais importantes para desvio de recursos é o superfaturamento de obras públicas.<sup>23</sup> Essa espécie de prática corrupta se aproveita da complexidade técnica inerente a cada empreendimento e dos expressivos montantes de recursos envolvidos.<sup>24</sup> Como resultado disso, o preço pago pelo Estado para execução de obras de interesse da coletividade é injustamente elevado, gerando considerável prejuízo ao

<sup>23</sup> O superfaturamento aparece como uma das irregularidades mais identificadas nas auditorias de obras públicas realizadas pelo TCU, tendo representado 21,6% das 535 irregularidades encontradas nas 97 fiscalizações ocorridas em 2015. TCU, **Relatórios Anuais Fiscobras**. Disponíveis em <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/obras-publicas/home/home.htm>. Acesso em 31.08.2016.





## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

erário e desperdício de dinheiro público.

50. Não há maiores dúvidas de que o superfaturamento em obras públicas pode ensejar, na esfera administrativa, a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis<sup>25</sup> e às empresas privadas beneficiadas indevidamente,<sup>26</sup> bem como configurar ato de improbidade administrativa para imposição de sanções de natureza político-civil-administrativa aos agentes públicos e privados envolvidos,<sup>27</sup> além da obrigação de ressarcimento do prejuízo ao erário.<sup>28</sup>

51. Entretanto, no campo da responsabilidade penal, a subsunção das práticas de superfaturamento aos tipos penais previstos na legislação brasileira não é tarefa fácil, mormente em face dos princípios da legalidade e da taxatividade (art. 5º, XXXIX da Constituição da República).<sup>29</sup>

52. O superfaturamento em obras públicas funciona como indício da prática de vários crimes, relacionados a bens jurídicos diversos, como corrupção ativa e passiva (art. 317 e 333 do Código Penal), tráfico de influência (art. 332 do Código Penal), associação e organização criminosa (art. 288 do Código Penal e art. 2º da Lei 12850/2013), lavagem de dinheiro (Lei 9613/1998), cartel (art. 4º da Lei 8137/1990), frustração ao caráter competitivo

<sup>24</sup> O superfaturamento em obras públicas foi identificado em inúmeros casos de grande repercussão nos últimos anos, tais como aqueles que envolveram o escândalo do edifício sede do TRT/SP, as obras de estádios da Copa do Mundo, da transposição do Rio São Francisco, da Ferrovia Norte-Sul, e nos negócios investigados na operação Lava Jato. Para pesquisa sobre casos de corrupção, vide o Portal de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. Disponível em <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br>. Acesso em 19.05.2016).

<sup>25</sup> Art. 121 da Lei 8112/1990.

<sup>26</sup> São exemplos de sanções aplicadas às pessoas jurídicas multa sobre o faturamento (art. 6º da Lei 12.846/2013), suspensão e impedimento do direito de licitar e contratar com a administração pública (art. 87 da Lei 8666/1993). De modo especial, o art. 5º, inciso IV, da Lei 12.846/2013 prevê como atos típicos lesivos à administração pública diversas condutas associadas a superfaturamento de obras públicas (alíneas “d”, “f” e “g”).

<sup>27</sup> O superfaturamento se amolda perfeitamente a atos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º (incisos I, II, VI e X) e 10 (incisos I, V, IX, X, XI e XII) da Lei 8429/1992, ensejando a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8429/1992.

<sup>28</sup> O ressarcimento do prejuízo ao erário pode ser buscado na própria via administrativa (art. 122, §1º da Lei 8112/1990, art. 80, III e IV da Lei 8666/1993, art. 13 da Lei 12.846/2013) ou na esfera judicial, por meio de ação por ato de improbidade administrativa ou ação civil de ressarcimento, sendo tal pretensão de natureza imprescritível (art. 37, §§4º e 5º da Constituição da República).

<sup>29</sup> O princípio da taxatividade, inerente ao princípio da legalidade, exige que a lei penal seja certa, precisa, isto é, que ela contenha, tanto quanto possível, a descrição pormenorizada de seus elementos para que se compreenda a proibição inquestionável de determinada conduta. BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41-42. BITENCOURT, C. R. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 332-333. Esse foi o fundamento que ensejou, por exemplo, a rejeição de denúncia pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 3776, por maioria, ao considerar atípica, e não como peculato, a conduta de parlamentar que usou os serviços de funcionário público para realização de atividades de interesse particular (DJe-216 04.11.2014).





## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

e fraude à licitação (art. 90 e 93 da Lei 8666/1993). Porém, para a configuração de cada um desses delitos, é necessário o preenchimento de requisitos específicos, que não se esgotam na mera demonstração da prática fraudulenta e do prejuízo ao erário.

53. Na verdade, após minuciosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, não se identificou atualmente no direito brasileiro um único tipo penal que, de forma exata, abrangente e uniforme, criminalize as diversas práticas de superfaturamento em obras públicas. Em geral, a depender do tipo de superfaturamento, das circunstâncias do fato, das condições pessoais e do *animus* dos agentes envolvidos, essa conduta pode se amoldar aos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal e art. 1º, I do Decreto Lei 201/1967), crimes da lei de licitações (art. 92 e 96 da Lei 8666/93) e estelionato (art. 171, §3º do Código Penal). Contudo, conforme demonstrado em trabalho específico sobre o tema, existem diversas limitações e dificuldades na aplicação desses tipos para adequada responsabilização penal do superfaturamento em obras públicas.<sup>30</sup>

54. Autores consagrados no estudo da corrupção, como ROSE-ACKERMAN e KLITGAARD, apontam a impunidade como um fator decisivo na escolha do agente entre praticar ou não o ato de corrupção.<sup>31</sup> Nessa análise racional de custo-benefício, entre outros elementos dissuasórios, são consideradas a probabilidade de punição e a gravidade da sanção.

55. Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece a obrigação dos Estados de criminalizar condutas dolosas que impliquem malversação ou qualquer outra forma de apropriação ou desvio de bens por funcionários públicos (art. 17).<sup>32</sup>

56. A esse respeito, cumpre destacar que, no último dia 15 de março, na sede da OEA – Organização dos Estados Americanos, em Washington, EUA, durante a 30ª Reunião da Comissão de Peritos do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção

<sup>30</sup>MACEDO, Leonardo Andrade, **A tipificação penal do superfaturamento de obras públicas**. Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista, em dezembro de 2016.

<sup>31</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. **The political economy of corruption**. In Institute of International Economics, *Corruption and the Global Economy*, 1997, p. 40-50. KLITGAARD, R. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 1994.

<sup>32</sup> Assinada em Mérida, em 31.10.2003, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5687/2006. Na mesma linha, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. VI e VII). Sobre mandados de criminalização expressos e implícitos, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Vide, ainda, na jurisprudência, do STF, 2ª T., HC 102.087/MG, Rel. Gilmar Mendes, j. 28/02/2012.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Interamericana contra a Corrupção, foi aprovado relatório em que se recomendou ao Estado Brasileiro, entre outras medidas, “1.2.3.22. Considerar tipificar, de maneira específica, o crime de sobrepreço e superfaturamento na atividade contratual, atribuindo-lhe uma sanção pertinente à gravidade de tal conduta”.<sup>33</sup>

57. Assim, a par das repercussões na esfera administrativa e no campo da improbidade administrativa, não se pode prescindir da sanção penal como importante instrumento de prevenção e repressão ao superfaturamento em obras públicas, sob pena de descumprimento dos compromissos internacionais do país e ofensa ao princípio da proporcionalidade, no viés da proibição de proteção deficiente do patrimônio público e da moralidade administrativa.

58. Desse modo, propõe-se a tipificação do crime de “superfaturamento em obras públicas” como uma forma especial autônoma de estelionato,<sup>34</sup> a ser incluída no Código Penal, por meio do art. 129 do PL n. 6814/2017, com a seguinte redação:

**Art. 337-P. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da Administração Pública, em razão de sobrepreço ou superfaturamento em obra ou serviço de engenharia.  
Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.**

59. Essa proposta traz o agente econômico para o centro da imputação, como autor de um crime comum contra a Administração Pública, e não como partícipe ou coautor de peculato. A norma penal incriminadora tem como sujeito ativo qualquer pessoa que concorra para o superfaturamento, seja funcionário público ou particulares ligados ao contratado, e como sujeito passivo a Administração Pública, direta e indireta, abrangendo todas as pessoas citadas no art. 5º, III do PL 6814/2017.

60. Ademais, o tipo passa a punir o atentado principal contra o erário, e não o crime acessório (fraude à licitação), que ocorre quase como um ato preparatório corriqueiro nesses casos. O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de obter vantagem ilícita em prejuízo do erário, mediante práticas fraudulentas de superfaturamento.

<sup>33</sup> Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, 30ª Reunião da Comissão de Peritos, Relatório Final – Brasil, aprovado na sessão plenária de 15 de março de 2018, OEA/Ser.L, SG/MESICIC/doc.518/17 rev. 4, Washington, D.C., disponível em [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_bra\\_rep\\_por.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_bra_rep_por.pdf).

<sup>34</sup> Essa opção por um crime autônomo justifica-se pelo fato de a própria Administração Pública (na sua moralidade, eficiência, imparcialidade) ser ofendida, e não apenas seu patrimônio. Além disso, a interpretação do crime de estelionato está consolidada no direito brasileiro, o que facilita sua aplicação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

61. A proposta busca contemplar as diversas espécies de obras públicas e serviços de engenharia, conforme definição prevista no art. 5º, XVIII e XIX do PL n. 6814/2017.

62. Da mesma forma, a norma abrange os diversos tipos de superfaturamento (sobrepço, superfaturamento por quantidade e qualidade, jogo de planilhas, alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento), bastando acrescentar, em outro dispositivo, as definições de sobrepço e superfaturamento, com descrição das práticas fraudulentas correspondentes.<sup>35</sup>

63. Assim, **sugere-se incluir no art. 5º do PL n. 6814/2017** as definições de sobrepço e superfaturamento, **nos mesmos termos previstos no art. 31 da Lei 13.303/2016** (Lei das Empresas Estatais),<sup>36</sup> a saber:

Art. 5º. (...)

**LIV – sobrepço:** situação em que os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

**LV – superfaturamento:** situação que acarreta dano ao patrimônio da Administração, caracterizada:

- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) quando os preços pagos pelos serviços forem superiores aos referenciais de mercado;
- c) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- d) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- e) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.

64. Por fim, a pena proposta considera a reconhecida gravidade e lesividade das práticas destinadas ao desvio de recursos públicos, em especial, os elevados montantes

<sup>35</sup> Vale destacar que não é o mero descumprimento contratual que configura a fraude, mas o engodo, o meio ardiloso, destinado a enganar a Administração e viabilizar a obtenção da vantagem indevida. Sobre a distinção entre fraude civil e fraude penal, vide BITENCOURT, C. R. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186-188, 335; BALTAZAR JÚNIOR, José P. *op cit*, p. 204.

<sup>36</sup> Apesar do sobrepço caracterizar um tipo de superfaturamento, optou-se por mencioná-lo de forma separada, tendo em vista o tratamento distinto que acabou sendo adotado na Lei 13.303/2016.



envolvidos em obras públicas. Havendo o envolvimento de funcionário público, cabível a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “g” do Código Penal, considerando a maior reprovabilidade de sua conduta, em razão do abuso de poder e do rompimento do vínculo de confiança com a Administração.

## **II.8 – Outros Tipos Penais**

65. As normas penais previstas na lei de licitações (Lei 8666/1993) têm por finalidade “resguardar a moralidade administrativa, o bom funcionamento da Administração Pública, a lisura dos procedimentos licitatórios [e] a idoneidade das contratações efetivadas pela Administração Pública.”<sup>37</sup>

66. Embora parte das condutas ali incriminadas já estivesse abrangida por tipos previstos no Código Penal,<sup>38</sup> entendeu-se necessário “um tratamento amplo e sistemático destinado a reprimir as possíveis e reprováveis condutas praticadas no âmbito da licitação (...) e da execução dos contratos administrativos.”<sup>39</sup> Entretanto, a doutrina especializada aponta que a lei de licitações apresenta graves defeitos de técnica e conceito, que comprometem seriamente sua eficácia.<sup>40</sup>

67. O art. 129 do PL n. 6814/2017 prevê a inclusão no Código Penal dos tipos penais relacionados a licitações e contratos administrativos. Ao confrontar o texto dos tipos penais propostos no PL com aqueles constantes da atual Lei n. 8666/1993, percebe-se que praticamente não houve alterações de texto nos preceitos primários, havendo apenas modificação de algumas das penas cominadas.

68. A proposta também elimina as normas especiais de processo penal para os crimes de licitação, que passam a se submeter às normas gerais do Código de Processo Penal. Assim, não faz sentido manter uma seção específica “Do Processo e do Procedimento Judicial

<sup>37</sup>FREITAS, André G. Tavares. **Crimes na lei de licitações**. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013.p. 31.

<sup>38</sup>PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. **Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações**, Revista dos Tribunais, vol. 957/2015, p. 259-272, jul. 2015.

<sup>39</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 1998, 5ª ed., p. 590.

<sup>40</sup>GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-3. Tal opinião é compartilhada por Bitencourt, que faz severas críticas à redação dos tipos penais da Lei 8666/1993. BITENCOURT, C. R. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Matheus Miranda. **Os crimes na lei de licitações como consequência da expansão do direito penal**. In ALEIXO, Klelia Canabrava. FONSECA, Pedro H. C., *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. Belo Horizonte: DPlácido, 2016, p. 97-108.



nos Crimes, nas Licitações e nos Contratos Administrativos”, separada da seção “Dos Crimes e das Penas”, **razão pela qual se propõe, desde já, eliminar a divisão em duas seções do capítulo II-B (“Dos crimes em Licitações e Contratos Administrativos”)**.

### **II.8.1 – Contratação direta ilegal (art. 337-E)**

69. O art. 337-E (“**contratação direta ilegal**”), a ser incluído no Código Penal, é similar ao tipo penal do art. 89 da Lei n. 8666/1993, inclusive em relação às penas cominadas. Há apenas substituição da expressão “dispensar ou inexigir” por “contratar diretamente”.

70. Porém, tecnicamente, o verbo núcleo do tipo “contratar” restringiria a autoria do delito aos “contratantes”, isto é, à entidade da Administração Pública e ao particular, geralmente pessoa jurídica, que celebram o contrato, não alcançando as pessoas naturais (funcionário público e gestor da empresa) que os apresentam. Assim, considera-se que o mais adequado seria a utilização dos verbos “admitir”, “possibilitar” ou “dar causa”, a exemplo do art. 337-H (atual art. 92 da Lei n. 8666/1993), que alcançariam as mais variadas condutas comissivas e omissivas praticadas no sentido de realizar a contratação direta ilegal.

71. Além disso, embora o particular que concorrer para a contratação direta ilegal já esteja abrangido pelo *caput*, por força do disposto no art. 29 do Código Penal, para não restar dúvidas, mostra-se conveniente a regra de extensão proposta no §1º. Contudo, sugere-se a eliminação do elemento do tipo “beneficiou-se da contratação direta ilegal para celebrar contrato com o Poder Público”, porque quem se beneficia e celebra o contrato é a pessoa jurídica e não a pessoa natural que a administra. Ademais, o benefício já estaria concretizado em todos os casos com a própria contratação direta ilegal (seleção sem prévia licitação).

72. Prioritariamente, esse tipo penal visa tutelar os princípios da moralidade e impessoalidade, bem como assegurar a isonomia de todos aqueles que têm interesse em serem contratados pela Administração Pública, evitando favorecimentos, segundo as preferências pessoais e interesses do gestor público. O tipo penal busca também, indiretamente, proteger o patrimônio público, ao garantir à Administração a oportunidade de obter a proposta mais vantajosa, a partir da exigência de observância da regra de seleção por meio de licitação.

73. Embora não se mencione, entre os elementos do tipo, a necessidade de dano ao



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

erário para configuração do delito, instaurou-se profunda controvérsia na jurisprudência brasileira a respeito dessa exigência para aplicação do atual art. 89 Lei n. 8666/1993,<sup>41</sup> de modo que, em alguns julgados, considerou-se que só existiria o crime se o bem ou serviço contratado sem licitação fosse adquirido por preço superior à média do mercado.<sup>42</sup>

74. Assim, a fim de superar a controvérsia jurisprudencial sobre a exigência de dano ao erário para configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8666/93, propõe-se que a existência de prejuízo econômico passe a ser causa de aumento da pena.

75. Desse modo, a pena do *caput* se aplicaria aos casos em que o administrador, consciente da necessidade de realização de licitação, decide contratar diretamente determinado fornecedor, ofendendo a própria *res publica* e os princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência, tendo sido a Administração Pública tolhida do direito de obter a proposta mais vantajosa (teoria da perda de de uma chance).

76. Por outro lado, havendo evidência de dano ao erário, consistente na aquisição em valor superior aos referenciais de mercado (sobrepço ou superfaturamento), seria aplicada a causa de aumento da pena, sugerindo-se um patamar variável de elevação (de um a dois terços), de modo a permitir a individualização da pena, considerando o montante do prejuízo.

77. Por fim, vale destacar que as situações de contratação direta indevida, por mera inexperiência ou despreparo do gestor, fundadas em erros de interpretação justificados, não configuram o crime em questão, em razão da incidência da teoria do erro de tipo (art. 20 do Código Penal), por estarem ausentes a consciência e vontade do agente em relação aos elementos normativos do tipo penal.

78. Com isso, propõe-se a seguinte redação para o tipo penal em questão:

Contratação direta ilegal

Art. 337-E. **Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta** fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à contratação direta:

<sup>41</sup> Sobre o tema, vide PAULA, Allan Versiani de, **O crime de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação**: a tormentosa questão do (dolo de) dano ao erário. Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista, em dezembro de 2016.

<sup>42</sup> No âmbito do STJ, as posições divergentes podem ser identificadas no HC 94720/PE, de 19.06.2008, e na APn 480/MG, de 29/03/2012.





## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Pena – reclusão, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

**§1º. Incorre na mesma pena o particular que concorrer para o crime.**

**§2º. A pena aumenta-se de um a dois terços se do crime resulta prejuízo econômico à Administração Pública.**

### **II.8.2 – Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H)**

79. Outro tipo penal que demanda ajustes é o do art. 337-H (“**modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo**”).

80. Em primeiro lugar, propõe-se a substituição do termo “adjudicatário” por “contratado”, uma vez que o crime envolve ilegalidades ocorridas durante a execução contratual, ocasião em que não há mais a figura do adjudicatário (situação que perdura desde a homologação/adjudicação até a celebração do contrato).

81. Esse tipo penal, mais genérico, funciona como um “soldado de reserva” para ilegalidades ocorridas durante a execução contratual, alcançando situações não enquadradas em crimes mais graves. Assim, sugere-se no preceito secundário a substituição da pena de “detenção” por “reclusão”, de modo a permitir investigação por meio de interceptação telefônica (Lei 9296, art. 2º, III), bem como aumento da pena para 3 a 5 anos, tendo por pena média 4 anos, que é o limite para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I do Código Penal).

82. Além disso, propõe-se o ajuste na redação da regra de extensão ao particular prevista no §1º, pelas mesmas razões assinaladas para o tipo penal da contratação direta ilegal (art. 337-E).

83. Desse modo, sugere-se a seguinte redação para o tipo penal em questão:

#### Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

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 ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena – **reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos**, e multa.

Parágrafo único. **Incorre na mesma pena o particular que concorrer para o crime.**





### **II.8.3 – Fraude em licitação (art. 337-L)**

84. O art. 337-L (“**fraude em licitação**”), a ser incluído no Código Penal, é idêntico ao tipo penal do art. 96 da Lei n. 8666/1993, contemplando tipologias de fraudes similares às que ocorrem no superfaturamento de bens e serviços em geral.

85. Porém, na proposta constante do PL há a correção da grave deficiência do atual art. 96 da Lei n. 8666/1993, que restringe sua aplicação apenas a “bens e mercadorias”, o que acaba por excluir de sua incidência os contratos de obras e serviços.<sup>43</sup> Pela proposta constante do PL, o tipo penal passa a abranger as diversas modalidades de contratos, na esteira do que já vinha há muito defendendo a doutrina.<sup>44</sup>

86. A par dessa elogiável evolução, sugere-se alterações na redação dos incisos para abarcar os vários tipos de superfaturamento (sobrepçoço, superfaturamento por quantidade e qualidade, jogo de planilhas, alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento). Além disso, propõe-se a elevação da pena máxima para 8 anos de reclusão, de modo a permitir a individualização da pena de acordo com a gravidade da conduta e as circunstâncias do caso concreto.

87. Desse modo, sugere-se a seguinte redação para o tipo penal em questão:

Fraude em licitação

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, **com obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem**, mediante:

I – **adoção de preços superiores aos referenciais de mercado;**

II – **entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;**

III – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, **inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;**

IV – entrega de uma mercadoria por outra;

V – **qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.**

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a **8 (oito) anos**, e multa.

<sup>43</sup> Na jurisprudência, há recente decisão da 1ª Turma do STF, relatada pelo Min. Edson Fachin, publicada em 4/4/16, no Inquérito 3331/MT, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, fraudar licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias”.

<sup>44</sup> Nesse sentido, Greco Filho afirma que: “A delimitação da lei à aquisição ou venda de bens deve ser respeitada tendo em vista o princípio da tipicidade (...), mas não se justifica, porque o mesmo tipo de conduta e de prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras. GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**III – CONCLUSÃO**

88. Feitas estas considerações, o Ministério Público Federal submete a presente Nota Técnica aos Exmos. Srs. Deputados Federais Augusto Coutinho e João Arruda, Presidente e Relator, respectivamente, da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 1292/95 (ao qual o PL n. 6814/2017 está apensado), visando contribuir para o aperfeiçoamento da legislação de Licitações e Contratos Administrativos.

Brasília/DF, 27 de abril de 2018.

(assinatura eletrônica)

**MONICA NICIDA GARCIA**  
Subprocuradora-Geral da República  
Coordenadora da 5ª CCR

(assinatura eletrônica)

**RENAN PAES FELIX**  
Procurador da República  
Coordenador do GT Licitações 5ª CCR

(assinatura eletrônica)

**LEONARDO ANDRADE MACEDO**  
Procurador da República

(assinatura eletrônica)

**LUCAS HORTA DE ALMEIDA**  
Procurador da República

(assinatura eletrônica)

**LUDMILLA VIEIRA DE SOUZA MOTA**  
Procuradora da República

(assinatura eletrônica)

**CARLOS EDUARDO RADDATZ CRUZ**  
Procurador da República

(assinatura eletrônica)

**CARLOS ALBERTO VILHENA**  
Subprocurador-Geral da República  
Secretário de Relações Institucionais



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00221357/2018 NOTA TÉCNICA**

Signatário(a): **LEONARDO ANDRADE MACEDO**

Data e Hora: **30/04/2018 15:12:15**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **LUDMILLA VIEIRA DE SOUZA MOTA**

Data e Hora: **02/05/2018 11:06:34**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **LUCAS HORTA DE ALMEIDA**

Data e Hora: **02/05/2018 14:14:06**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **MONICA NICIDA GARCIA**

Data e Hora: **30/04/2018 13:26:28**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **RENAN PAES FELIX**

Data e Hora: **30/04/2018 12:27:22**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **CARLOS ALBERTO CARVALHO DE VILHENA COELHO**

Data e Hora: **30/04/2018 17:09:19**

Assinado com certificado digital

Signatário(a): **CARLOS EDUARDO RADDATZ CRUZ**

Data e Hora: **30/04/2018 14:38:48**

Assinado com login e senha

Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave FE40DED3.E8CA8E23.B0CF61A6.141DC948