

CONTRATAÇÃO DIRETA INDEVIDA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO: UMA ANÁLISE SOBRE A ÉGIDE DA LEI 14.133/2021

UNDUE DIRECT CONTRACTING AND THE ACCOUNTABILITY OF PUBLIC OFFICIALS: AN ANALYSIS UNDER THE AEGIS OF LAW 14.133/2021

CONTRATACIÓN DIRECTA INDEBIDA Y LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PÚBLICO: UN ANÁLISIS BAJO LA ÉGIDA DE LA LEY 14.133/2021

Aline Juliana de Campos Vicente¹
Rodrigo Antonio Correa²

RESUMO: O escopo do estudo encontra-se nas implicações das contratações diretas indevidas previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos, analisando se a independência entre as esferas de responsabilização do agente público poderá ensejar em violação ao princípio geral do Direito do "*non bis in idem*". O objetivo principal do projeto é buscar um equilíbrio entre a rigidez dos princípios jurídicos e a flexibilidade na aplicação das penalidades, visando uma resposta justa e proporcional às infrações. Verifica-se a necessidade de um critério claro e seguro para a aplicação de penalidades em situações onde uma conduta infringe múltiplas normas jurídicas, considerando os princípios do Direito Administrativo, como a legalidade e a tipicidade, evitando-se a duplicidade de penalidades para a mesma conduta. Para o estudo em apreço será utilizado o método dedutivo que dará suporte para a realização da pesquisa bibliográfica que embasará o desenvolvimento do trabalho, bem como, análise de jurisprudências recentes de situações análogas ao tema, que demonstram a aplicação na prática das normas nas diferentes esferas, sendo essa análise prática imprescindível para possibilitar conclusões específicas sobre a problemática em questão.

1

Palavras-chave: Crimes de licitação. Contratação direta indevida. Responsabilização.

ABSTRACT: The scope of the study lies in the implications of improper direct hiring as provided in the New Law on Bidding and Contracts, analyzing whether the independence between the spheres of public agent accountability could lead to a violation of the general principle of law of "*non bis in idem*". The main objective of the project is to seek a balance between the rigidity of legal principles and the flexibility in applying penalties, aiming for a fair and proportional response to violations. There is a need for a clear and reliable criterion for applying penalties in situations where conduct violates multiple legal norms, considering the principles of Administrative Law, such as legality and typicity, avoiding the duplication of penalties for the same conduct. For the present study, the deductive method will be used to support the bibliographic research that will underpin the development of the work, as well as an analysis of recent jurisprudence on situations analogous to the topic, which demonstrate the practical application of the norms in different spheres. This practical analysis is essential to enable specific conclusions about the issue in question.

Keywords: Procurement Crimes. Improper Direct Contracting. Accountability.

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC. Bacharel em Administração de Empresas com Ênfase em Marketing pelo UNIFUNEC (2008). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Amparense - UNIFIA (2023). Especialista em Licitações e Contratos pelo Centro Universitário Amparense (2022). Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria pela UNIJALES (2010). Atualmente exerce carreira pública – Município de Santa Fé do Sul/SP.

²Orientador. Prof. Especialista graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo (1998). Especialista em Direito e Gestão Educacional. Especialista em Direito Administrativo. Atualmente é Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Três Fronteiras/SP, Professor Titular do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC. Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal.

RESUMEN: El alcance del estudio se encuentra en las implicaciones de las contrataciones directas indebidas previstas en la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos, analizando si la independencia entre las esferas de responsabilidad del agente público podría dar lugar a una violación del principio general del Derecho del “*non bis in idem*”. El objetivo principal del proyecto es buscar un equilibrio entre la rigidez de los principios jurídicos y la flexibilidad en la aplicación de las sanciones, con el fin de lograr una respuesta justa y proporcional a las infracciones. Se verifica la necesidad de un criterio claro y seguro para la aplicación de sanciones en situaciones donde una conducta infringe múltiples normas jurídicas, considerando los principios del Derecho Administrativo, como la legalidad y la tipicidad, evitando la duplicidad de sanciones por la misma conducta. Para el estudio en cuestión se utilizará el método deductivo, que dará soporte a la realización de la investigación bibliográfica que fundamentará el desarrollo del trabajo, así como el análisis de jurisprudencias recientes de situaciones análogas al tema, que demuestran la aplicación práctica de las normas en las diferentes esferas, siendo este análisis práctico imprescindible para posibilitar conclusiones específicas sobre la problemática planteada.

Palabras clave: Delitos de licitación. Contratación directa indebida. Responsabilidad.

I INTRODUÇÃO

O escopo deste estudo abrangerá as possibilidades de responsabilização dos agentes públicos, especificamente acerca das contratações diretas indevidas previstas no artigo 73 da Lei 14.133/21, analisando a relação de independência entre as esferas sancionatórias.

A relevância do tema reside na previsão legal de responsabilização dos agentes públicos que atuam com dolo, fraude ou erro grosseiro, o que poderá ensejar mais de uma punição para a mesma infração, em conformidade com a natureza do delito.

O objetivo geral do estudo é a análise das hipóteses de contratações diretas indevidas conforme disposto do artigo 73 da Lei 14.133/2021, e a consequente responsabilização dos agentes públicos que, em face da independência entre as esferas decisórias (esferas civil, penal e administrativa), devem evitar que a eventual condenação em mais de uma delas resulte indevida ou em duplicidade na punição pelo mesmo fato, contrariando o princípio do *non bis in idem*.

Os objetivos específicos consistem em identificar as situações previstas na Lei 14.133/2021 que configuram a contratação direta indevida citada no 73 da Lei 14.133/2021, examinar as normas e procedimentos estabelecidos para a responsabilização dos agentes públicos e a possibilidade da ocorrência do princípio do *non bis in idem*.

Para o estudo em apreço será utilizado o método dedutivo como parâmetro para a realização da pesquisa bibliográfica consistindo em coleta de informações a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de caráter científico, tais como decisões, julgados recentes, que

servirão de embasamento para o desenvolvimento do assunto pesquisado possibilitando conclusões específica sobre a problemática em questão.

2 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O artigo 37, caput, e inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz a obrigatoriedade para Órgãos da Administração Pública em deflagrar procedimento de licitação quando precisarem contratar, adquirir, alienar ou locar bens, serviços ou obras, ressaltando as hipóteses previstas em Lei.

Ademais, a norma constitucional estabeleceu como base os “princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, sendo estes certo que são premissas básicas a serem seguidas pelos referidos Entes na instrução desses procedimentos.

Outro ponto importante a ser mencionado é que a competência para legislar acerca de normas gerais de licitações e contratos administrativos é privativa da União, cabendo aos estados e municípios a implementação apenas de normas específicas ou suplementares, desde que em consonância com a lei de regência.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os procedimentos de contratação foram aprimorados pelo surgimento de leis e normas infraconstitucionais diversas, passando pela Lei nº 8666/1993 (antiga Lei de Licitações), Lei 10.520/2022 (Lei Pregão), entre outras, que trouxeram consigo a expectativa de se tornarem ferramentas mais eficazes no combate a corrupção que se encontrava enraizada nos órgãos da administração pública.

Entretanto, a eficiência almejada, restou frustrada em face da morosidade dos procedimentos licitatórios e pela engenhosidade dos operadores de má fé dessas normas, conforme explica Fortes Jr (2017) citado por Alves (2021, p. 09, grifo nosso), “*Como acontece em qualquer ramo de atividade, os profissionais vão se especializando na matéria e o que era antes algo indecifrável e impossível de ser burlado, passa a ser respaldo para novas formas de corrupção*”.

Neste sentido é também o entendimento explanado pelo Senador Antônio Anastasia, através do portal Agência Senado, ao ressaltar os pontos negativos da Lei 8666/93, enfatizando tanto as “brechas das fraudes” quanto ao rigor formal excessivo o que, *per si*, resultava em prejuízo as contratações, trazendo regras idênticas para contratações de escopo desproporcional “tanto para construir uma hidrelétrica quanto um conjunto habitacional” (OLIVEIRA, 2021).

Assim, após sucessivos escândalos de corrupção, e os procedimentos de licitação realizados comumente sendo associados a prejuízo aos cofres públicos e danos à sociedade, pairavam dúvidas sobre todos os tipos de contratação, fazendo-se necessária um aprimoramento das normas que regulavam a matéria.

Neste cenário entra em vigor em 1º de abril de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), com regras similares a sua antecessora, mas também trazendo inovações para a norma geral, abrangendo definições que antes estavam em leis esparsas e trazendo em seu bojo um compilado de decretos, instruções normativas e até jurisprudência produzidas sob influência da Lei nº 8.666/1993.

Importante mencionar que a princípio a nova Lei não revogou o antigo diploma geral (Lei nº 8.666/93), nem as demais normas como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), a Lei do Regime Diferenciado das Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011), ficando determinado que isso somente ocorreria decorridos 2 (dois) anos de sua publicação. A Nova Lei, ao dispor sobre sua vigência e aplicação em relação ao regime licitatório, ainda que com aplicabilidade imediata, manteve as normas licitatórias anteriores em vigor, constituindo um período conturbado de convivência entre ambas as normas até o momento a partir do qual se concluiria a revogação das anteriores. Tal situação inovadora vai de encontro a previsão de revogação automática decorrente do surgimento de uma nova lei que venha a regular inteiramente a matéria que era tratada em lei anterior, conforme previsto na LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Assim, desde a promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os gestores públicos foram incumbidos da escolha motivada quanto a norma a ser aplicada em suas contratações, podendo alternar entre o antigo diploma ou o novo marco legal, pelo interregno de dois anos, ao fim dos quais a nova Lei passaria a ser obrigatória para todos. Porém, em face da insuficiência de prazo para que aos gestores pudessem se organizar e adotar plenamente a nova legislação, o prazo previamente estipulado foi dilatado através da Medida Provisória nº 1167/2023 e somente a partir de 30 de dezembro de 2023, é que a nova Lei finalmente passou a ser o único diploma legal aplicável às contratações públicas, permanecendo vigentes os contratos firmados sob a égide da Lei anterior, e seguiriam as disposições desta, ainda que revogada, impactando inclusive quanto aos potenciais aditivos de prazo e valor.

Embora licitar seja a regra, existem ressalvas na norma geral nas quais o gestor pode deixar de realizar o procedimento licitatório. Para Dotti e Junior (2022), a Constituição institui, de forma relativa, que a licitação é a solução que produz a melhor contratação para os órgãos da

administração pública, entretanto, faculta a contratação direta, ou seja, dispensando-se o regular procedimento licitatório em situações excepcionais, a serem descritas em legislação específica.

Desta feita, observamos que o capítulo VIII, do artigo 72 a 75, a Lei 14.133/2021 trata do Processo de Contratação Direta, no qual o administrador poderá dispensar o regular procedimento licitatório e realizar a contratação, através das modalidades de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Carvalho (2021, não paginado) enfatiza a importância atribuída às contratações diretas pelo legislador ao editar a nova Lei de Licitações e Contratos, isto porque, “*além de apontar quais são as previsões para inexigibilidade (artigo 74) e dispensa (artigo 75), trata do processo de contratação direta (artigo 72), bem assim da contratação direta indevida (artigo 73).*”

O artigo 74 da Lei 14.133/2021 traz as hipóteses de inexigibilidade de licitação, porém as possibilidades não se esgotam no rol ali elencado, cabendo ao administrador a interpretação dos dispositivos para uma decisão assertiva quanto a sua aplicabilidade nas contratações realizadas diariamente por seus órgãos e departamentos, sendo que geralmente nestes casos, a competição entre os fornecedores é inviável por estar aberto a todos os interessados, ou ainda, por se tratar de produto ou fornecedor exclusivo.

Inversamente, o artigo 75 da Lei 14.133/2021 traz um rol taxativo, elencando as hipóteses em que a licitação pode ser dispensada, fixando ainda um teto máximo para aquisições realizadas em função de valor, diferenciando entre compras, serviços comuns e serviços comuns de engenharia. Além disso, tratou de parametrizar a forma para aferição dos valores no exercício financeiro para que não ocorra o fracionamento das despesas, que é expressamente vedado pelo diploma legal. As dispensas de licitação, de forma simplificada, englobam situações que a contratação pode se dar diretamente com o fornecedor, em função do valor estimado ser de pequena monta, ou contratações emergenciais, nas quais pela especificidade do objeto, a mora na conclusão do certame licitatório poderia vir a causar grave lesão ao interesse público.

3 DAS POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Antes de adentrarmos no ponto principal desta pesquisa, faz-se necessário lembrarmos a definição de agente público, um dos sujeitos ativos do ato previsto no artigo 73 da Lei em comento.

Conceitua-se como agente público “[...] toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” (Di Pietro, 2025, pág. 603, grifo nosso). Para a

autora, a expressão “agente público” tem uma ampla abrangência exposta no texto da Constituição e outras leis esparsas, e sua definição alcança variadas categorias, inclusive particulares, quando atuarem no exercício de atribuições do poder público, sendo que os danos causados por estes, podem acarretar a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em sua obra “Legislação Comentada - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021” o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo frisa a importância da responsabilidade do agente no exercício de suas atribuições, inclusive quando afetas a área das contratações públicas. Segundo o TCESP (2021, não paginado, grifo nosso) “Cabe ao agente público a atuação diligente no exercício de suas atribuições, podendo ser responsabilizado quando for evidente que a contratação direta era irregular e ele poderia ter agido para impedi-la, contudo não o fez”.

Segundo o entendimento exposto pela Corte de Contas Paulista havendo a comprovação do dolo ou culpa, na ação ou omissão de agente público, que venha causar dano efetivo ao erário ou patrimônio da administração, este deverá ser responsabilizado e condenado a ressarcir o prejuízo causado.

A responsabilização do agente, nestes casos, poderá ocorrer em múltiplas esferas, a depender da natureza do delito, ato infracional ou dano causado ao erário e a terceiros durante o exercício de suas funções, podendo se dar tanto na esfera administrativa, quanto civil, eleitoral ou penal. A questão primordial aqui estudada é avaliar até que ponto a independência entre as esferas poderá ser considerada constitucional respeitando a vedação ao bis in idem de maneira a equilibrar a aplicação das punições em face de um único delito praticado pelo agente público.

“Ainda que a vedação ao bis in idem na legislação brasileira não apareça de maneira tão explícita quanto em outros países [...], não há dúvidas de que ela se aplica ao direito sancionador, tendo o STF utilizado sua premissa para fundamentar inúmeras decisões da Corte” (GABRIEL, 2023, p. 103).

Entretanto, seguindo o conceito de que essa vedação estaria restrita a uma única esfera sancionadora e pautando-se na autonomia entre as esferas penal e administrativa, um único fato poderia ensejar em mais de uma punição em conformidade com a natureza da ação ou omissão do agente.

Na esfera civil a responsabilidade é objetiva, ou seja, não é necessário provar a culpa do agente, apenas o nexo causal entre a ação e o dano.

Já na esfera criminal, o Código Penal tipifica as condutas consideradas criminosas e, que ensejarão a condenação do agente, como corrupção, peculato, prevaricação, entre outros. Neste caso, a responsabilidade recai apenas sobre a pessoa, ou seja, é o próprio agente que responde pelo delito, podendo ser condenado a pena de detenção, reclusão e/ou multa.

Há possibilidade ainda de punição na esfera eleitoral, sendo que a responsabilização do agente público se dá quando este pratica quaisquer das condutas vedadas no artigo 73, da Lei 9.504/97 (AGU 2022), sendo estas cláusulas de responsabilidade objetiva, porém, neste caso, as penalidades não são de ordem eleitoral, mas sim cível administrativa. Algumas das principais consequências incluem: multas eleitorais, cassação do registro ou diploma, inelegibilidade, suspensão de direitos políticos e responsabilidade solidária.

Outrossim, na esfera Administrativa, a responsabilização do agente encontra-se inserida no âmbito do poder disciplinar da administração pública, assim a conduta do agente irá culminar nas penas previstas nas leis ou estatutos, que dispõem sobre o regime jurídico ao qual o mesmo esteja vinculado, podendo ser “advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada” (Zymler e Alves, 2024, p. 312). Para os autores a responsabilização cível irá ocorrer caso haja prejuízo ao erário, enquanto que na esfera administrativa “somente ocorrerá em caso de dolo ou erro grosseiro”, devido a incidência plena do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB nas contratações públicas. Isso acontece porque entre os princípios elencados no artigo 5º da Lei 14.133/21, que deverão nortear as contratações públicas, encontra-se a aplicação das disposições da LINDB. Ainda que tal aplicação já fosse possível, o legislador fixou expressamente na Lei a necessidade de se considerar os preceitos dispostos na norma geral, incluindo a aplicação das sanções no âmbito das contratações públicas.

Segundo o Instituto Brasileiro de Educação em Gestão Pública (2022, não paginado), “tal previsão expressa é vista como positiva, vez que os agentes públicos, em sua maioria, são tomados pelo medo da responsabilização na tomada de decisões quando o assunto são as contratações públicas”, fenômeno este que ficou conhecido como Direito Administrativo do medo derivado da Teoria do apagão das canetas.

Em conformidade com o disposto no artigo 22 da LINDB e seus parágrafos, ao se realizar a interpretação das normas de gestão pública para sua efetiva aplicação no caso concreto, devem ser considerados os “obstáculos e as dificuldades reais” enfrentadas pelo do gestor. O § 2º do dispositivo supracitado determina ainda que para a aplicação de sanções, deverão ser

consideradas “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Neste sentido, Heinen (2021) ressalta que no caso de responsabilização do agente público deve ser observado o caso concreto, e a sanção limitada a sua culpabilidade, ou seja, deve haver a individualização da pena em face da conduta danosa, sendo necessário a efetiva comprovação do dolo e demonstração do prejuízo ao patrimônio estatal.

Assim, esclarecidas as possibilidades de responsabilização do agente, no âmbito da Nova Lei de Licitação, para melhor compreensão faz-se necessária a análise de casos concretos em face de procedimentos de contratação direta julgados irregulares e de suas consequências.

4 CASOS PRÁTICOS E CONSEQUÊNCIAS LEGAIS

Como mencionado anteriormente, o objeto deste estudo encontra-se disposto no Art. 73 da Lei Licitações, ou seja, na avaliação das hipóteses de contratação direta indevida, aquelas nas quais resta configurado o dolo, fraude ou erro grosseiro, do agente público ou do contratado, e as possíveis punições em esferas distintas. O dispositivo supracitado buscou uma otimização da sanção estabelecida no artigo 25, § 2º da revogada Lei nº 8666/93, especificando a necessidade de caracterização do dolo, fraude ou erro grosseiro para a responsabilização do agente nas hipóteses de contratação direta, quando evidenciado o descompasso no procedimento realizado em detrimento da exigência legal.

Em que pese ter realizado mudanças significativas inserindo capítulo próprio no Código Penal, as alterações propostas pelo novo estatuto de licitações, não tratam acerca das nuances ou atos nas quais restariam caracterizados a contratação indevida e, deste feita, ensejariam na possibilidade de condenação na esfera criminal.

Neste caso, alguns doutrinadores defendem que tal sanção não seria aplicável na esfera criminal, pois para alcançar tal finalidade faz-se necessário sua codificação na norma penal, tratando-se assim de ato infracional administrativo.

Em contrapartida, importa analisar que o legislador diferiu a contratação indevida daquelas realizadas fora das hipóteses legais, mantendo-se a tipificação destes delitos promovendo a retirada a segunda parte, que versa justamente sobre a não observação das formalidades pertinentes, resultantes do erro grosseiro, previsto no artigo 73 da Lei 14.133/21:

Quadro 1 – Comparativo acerca da tipificação do crime de Contratação direta ilegal

Art. 89, Lei 8666/93	Art. 337-E, do Código Penal
Dispensar ou inexigir licitação <u>fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades</u> pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público	Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta <u>fora das hipóteses previstas em lei</u>: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Fonte: Da própria autora

Assim, ainda que tenha havido o agravamento da sanção punitiva, o legislador não logrou êxito ao traçar os parâmetros essenciais para a configuração da contratação direta indevida, conservando a mesma redação da legislação anterior apenas com a supressão da segunda parte do dispositivo, não trazendo clareza quanto aos parâmetros para se caracteriza uma contratação indevida. Diante da omissão legislativa, questiona-se se poderíamos atribuir ao agente que pratica uma contratação direta indevida, nos termos do art. 73 da Lei 14.133/2021, a mesma pena aplicada àquelas revestidas da ilegalidade tipificada no artigo 337-E do Código Penal.

A análise semântica dos termos "indevida" e "ilegal" demonstra que, embora sejam próximos, estes termos possuem distinções relevantes: "indevida" refere-se a uma prática que contraria normas e princípios administrativos, enquanto "ilegal" implica violação direta à legislação (MICHAELIS, 2025, não paginado).

Assim, em que pese o procedimento de contratação ter sido delineado no art. 72 da Lei no 14.133/2021, o legislador não definiu quais seriam as situações que ensejariam na contratação direta indevida prevista no art. 73 do mesmo diploma legal diferindo-se esta daquela considerada ilegal (337-E do Código Penal).

Sabe-se que existe previsão legal quanto a possibilidade da realização de contratação direta, porém o administrador não pode agir de maneira contrária aos princípios constitucionais. Entre os requisitos de validade do ato administrativo, a forma de realização do ato, deve ser respeitada tanto quanto a motivação, que deverá ser pautada no interesse público, sendo este o propulsor do modo de agir do gestor público.

Destarte “Não se pode considerar que toda contratação indevida seria ilegal, pois, caso contrário, estar-se-ia efetuando interpretação ampliativa do art. 73, ocasionando, em consequência, a aplicação de penalidade na esfera criminal” (SILVA *et al*, 2023, p. 254).

Por consequência, restaria a aplicabilidade do artigo 73 na esfera penal sujeita a uma interpretação extensiva da norma, aplicando-se a analogia *in malam partem*, situação essa inadmissível no Direito Penal brasileiro, uma vez que adotamos o Princípio da Reserva Legal, não sendo aceita a interpretação analógica quando trata-se de lei que restringe a direitos em prejuízo do acusado. Desta forma, entende-se que os atos descritos no artigo 73 da Lei de Licitações são de natureza administrativa, configurando atos de improbidade que destoam da esfera criminal.

Segundo o entendimento doutrinário a Lei 14.133/21 criminalizou a contratação ilegal tipificando-a no artigo 337-E do Código Penal, assim individualizadas as condutas, havendo comprovação do dolo e do dano causado, o agente poderá ser eventualmente responsabilizado administrativamente mediante processo disciplinar, por improbidade administrativa, ou na esfera criminal (HEINEN, 2021, p. 388; JUNIOR *apud* SILVA, 2023, p. 276).

Oportuno esclarecer que para Heinen (2021) tanto a irregularidade da contratação quanto o prejuízo causado devem ser comprovados pela administração pública, não podendo haver mera presunção do dano, caracterizando o chamado *dano in re ipsa*.

Ademais, havendo a comprovação do erro grosseiro, fraude ou dolo caberá a responsabilização do agente público, conforme estatui o artigo 28 da LINDB, entretanto, é imperioso ressaltar que o cerne desta questão reside na intencionalidade, ou não, da ação ou omissão do mesmo.

A interpretação do artigo 159 da Lei de Licitações revela que a apuração e julgamento dos atos praticados no âmbito das contratações públicas ocorrerão de forma conjunta nas diferentes esferas. Porém, “não significa que haverá aplicação de penalidade dupla ou múltipla para o mesmo fato. Reputo que o art. 159 se amolda aos intentos da LINDB, vedando o bis in idem na aplicação de penalidade da esfera cível/administrativa” (Silva *et al*, 2023, p. 276).

No que concerne à regra da independência entre as esferas na apuração e responsabilização da conduta delitiva, existe uma exceção, para os casos em que ocorra a absolvição na esfera penal restando impossibilitada que a punição ocorra na esfera cível. Sobre esse tema Dotti e Junior (2022, p. 78), enfatizam que “Todavia, a responsabilidade civil resulta afastada caso haja uma sentença penal transitada em julgado negando categoricamente a existência do fato ou que o réu não tenha sido o autor da infração”. Segundo os autores trata-se da apuração da culpa (em sentido amplo) que deve ocorrer de maneira independente, tanto na esfera cível quanto na penal, nos termos do artigo 935 do Código Civil.

Para restar caracterizado todo o exposto faz-se necessário um exercício interpretativo, sob a ótica da LINDB (art. 28). Considere a hipótese em que um agente público solicita a prorrogação da vigência do prazo contratual, sem que tenha havido orientação prévia quanto ao planejamento e antecipação necessária para a efetiva conclusão do aditivo mirando no término anteriormente estabelecido, sem que houvesse prejuízo a execução dos serviços, sendo estes de natureza continuada. Embora diligente, fazendo o pedido com antecedência de 30 dias da data prevista para o vencimento, ocorre a recusa do contratado em continuar a execução e firmar aditivo. Neste caso, em face da impossibilidade de promover nova licitação em tempo hábil, há a necessidade de contratação emergencial para evitar a descontinuidade do serviço. Nessas circunstâncias, ausente dolo ou intenção de obtenção de vantagem indevida, não se configuraria responsabilidade civil, administrativa ou penal do agente, conforme os arts. 28 da LINDB, 73 da Lei 14.133/21 e 337-F do Código Penal.

Entretanto, se neste mesmo exemplo, restar demonstrado que o agente agiu com dolo – com a dissimulação de situação de emergência para frustrar o caráter competitivo do certame – ou ainda com erro grosseiro – sabendo que deveria provocar a manifestação da empresa em prazo hábil, consoante planejamento do órgão – este poderá ser responsabilização nas esferas: Cível: pelo dano efetivamente causado ao erário; Penal: se a conduta estiver tipificada em lei; Administrativa: com aplicação de sanções previstas na Lei de Improbidade, na Lei Anticorrupção e no Estatuto do Servidor. Observando-se que, havendo penalidades que versem acerca de ressarcimento financeiro em esferas distintas, a cobrança deverá ocorrer uma única vez para atendimento ao disposto no parágrafo 5º do art. 21 da Lei de Improbidade administrativa, que dispõe sobre a compensação entre as penas aplicadas nessas circunstâncias.

11

Assim verifica-se a existência de uma linha tênue entre a caracterização ou não do ilícito, sendo imperiosa a análise do caso concreto, as nuances do contexto no qual o agente estava inserido no momento de sua ação/omissão, a fim de evitar uma punição desproporcional ao ato praticado, em face das disposições contidas nas normas, que poderão ser aplicadas diante da natureza do delito ou ato infracional.

Neste mesmo sentido Bitencourt (2021, p. 52, grifo nosso) leciona que havendo conflito entre normas é imprescindível a aplicação do Princípio da Especialidade, uma vez que a norma atual sendo específica em relação ao fato descrito, deve prevalecer porque “[...] evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser

estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato”.

Tratando-se de Lei recentemente implementada, não foram encontradas decisões judicializadas versando de contratações realizadas totalmente sob a égide da nova lei. Observa-se a ocorrência de diversas ações em andamento aplicando-se as penas da norma atualmente vigente, ainda que tenha havido a revogação da Lei 8.666/93, sendo o entendimento consolidado nos tribunais acerca da continuidade típico normativa dos delitos previstos, consoante decisão proferida em 8 de novembro de 2023 no HC 232382 ED-AGR/SC.

Outrossim, para cotejamento entre a teoria e a aplicação dos conceitos acima expostos, imprescindível a análise de duas jurisprudências recentes nas quais restam caracterizadas tais situações.

Ainda que não versem sobre procedimentos realizados exclusivamente sob a égide da Lei 14.133/21, a análise desses casos é possível pois tratam-se de situações análogas, nas quais uma única ação acarreta sanção em mais de uma esfera, considerando ainda o entendimento jurisprudencial supracitado. Observa-se que em tais casos é possível verificar uma confusão terminológica aplicando-se o termo “contratação indevida” quando de fato resta caracterizada a ilegalidade dos atos praticados.

12

1º Caso - Trata-se de uma linha contínua de investigações e decisões judiciais sobre atos administrativos que envolvem E.A.D.N. (ex-prefeito) e outros, especialmente relacionados à dispensa indevida de licitações e contratações emergenciais consideradas ilegais.

Quadro 2: Comparativo das Penas e sanções imputadas ao réu.

Esfera Penal	Esfera Civil	Esfera Eleitoral
Tipificação: Violação do artigo 89 da Lei 8666/93 (Dispensa Indevida de Licitação). Pena: 12 anos de detenção (regime fechado) + 40 dias-multa.	Sanção: Bloqueio de bens devido a prejuízo estimado de R\$ 369.175,00 ao erário público. Motivo: Fraudes em processos licitatórios para beneficiar empresários ligados à administração pública.	Sanção: Suspensão de Direitos Políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, decorrentes de processo de Improbidade Administrativa que tramitou perante a Justiça Estadual Comum deste Estado de São Paulo.

Fonte: Da própria autora

Em suma, as ações penais do caso exposto acima tratam das consequências criminais desses delitos praticados, enquanto as ações civis e administrativas, versam sobre atos de

improbidade administrativa investigam o impacto financeiro e legal, além de condutas vedadas na Lei eleitoral.

Em segunda instância o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reverteu a absolvição dos réus pelo juízo de origem, condenando-os por crimes relacionados à dispensa indevida de licitações na administração pública. As irregularidades envolviam contratos emergenciais injustificados para serviços públicos, favorecendo empresas cujos sócios estavam ligados à prefeitura. O julgamento concluiu que houve direcionamento nas contratações, causando prejuízo ao erário e beneficiando particulares.

O E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, já havia considerado os contratos irregulares, destacando a falta de justificativa para a urgência alegada. Assim, com base no conjunto probatório, o TJ/SP aplicou penas de detenção variáveis entre 3 e 12 anos, conforme o grau de envolvimento de cada réu (Esfera Penal). Na Esfera Civil fora determinado o bloqueio dos bens do réu visando o ressarcimento do dano causado ao erário e na Esfera Eleitoral houve a suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa.

O desfecho das ações levou a aplicação de sanção nas esferas penal, civil e eleitoral, não sendo constatados processos administrativos disciplinar no Portal da Transparência do referido ente.

2º Caso – Ação movida pelo Estado de São Paulo, em face de L. A. L. e outro, após apuração de fraudes em dispensas de licitação para manutenção de equipamentos hospitalares no período de 01/10/2010 a 01/08/2015 que ensejou condenação nas esferas administrativa, penal militar, eleitoral e cível, demonstrando a possibilidade de sanções simultâneas por um mesmo ato ilícito:

Quadro 3: Comparativo das penas e sanções imputadas ao réu.

Esfera Penal Militar	Esfera Civil	Esfera Administrativa Militar	Esfera Eleitoral
Tipificação: no art. 89 'caput' da Lei 8666/93 Penas: - detenção de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses - regime semiaberto cc multa de 260 dia-multa fixado em 1/30 do salário mínimo.	Tipificação: Art. 10, VIII da Lei 8429/92 Penas: art. 12, II da referida lei - ressarcimento do valor R\$ 378.933,92 corrigido, e multa civil R\$ 378.933,92. - Proibição de contratar ou receber incentivos fiscais com o Poder Público	Sanção: exoneração - Perda de graduação proposta pelo Ministério Público, ação autônoma na qual o Órgão Pleno do TJMSP decidiu, à unanimidade, pela sua exclusão da corporação:	Sanção: Suspensão dos direitos políticos por 7 anos

Fonte: Da própria autora

O caso acima evidencia a possibilidade de responsabilização em mais de uma esfera que devido à natureza do ilícito da mesma acarretam sanções simultâneas por um mesmo ato. A esfera penal militar tratou da violação do estatuto da corporação e do crime funcional.

Na esfera administrativa constata-se a perda de graduação, bem como, a exoneração do agente, visando a preservação da integridade institucional e a confiança pública na Polícia Militar.

A esfera cível abordou o dano ao patrimônio público e a improbidade administrativa, condenando o agente tanto ao ressarcimento do valor do prejuízo causado ao erário, aplicando ainda multa civil no mesmo patamar do dano, não sendo realizada a compensação prevista no parágrafo 5º do art. 21 da Lei de Improbidade administrativa. A Justiça entendeu que a responsabilidade do réu extrapolava a penalidade criminal, dado o prejuízo financeiro e o impacto na administração pública.

Neste caso, as sanções não são consideradas concorrentes, mas cumulativas, pois cada ramo do direito considera aspectos diferentes do ilícito possibilitando o exercício da direito da punição estatal devido a regra da independência entre as esferas sancionadoras.

5 CONCLUSÃO

14

A pesquisa analisou a contratação direta indevida prevista no artigo 73 da Lei 14.133/2021, destacando a necessidade de equilíbrio na aplicação das sanções para evitar violações ao princípio do non bis in idem.

Entretanto, verificou-se que, diante da independência das esferas de responsabilização (civil, penal e administrativa), agentes públicos podem ser sancionados por um mesmo ato em diferentes ramos do direito, exigindo-se critérios claros a fim de evitar a duplicidade de punições pelo mesmo fato, garantindo justiça e proporcionalidade na aplicação das penalidades, pautando-se, porém, no respeito a supremacia do interesse público e no ressarcimento do dano causado ao erário.

Neste sentido a Lei nº 14.133/21 aprimorou as hipóteses de contratação direta indevida, exigindo para sua caracterização a comprovação do dolo, fraude ou erro grosseiro, além da demonstração do prejuízo causado para a responsabilização do agente público, entretanto, o texto normativo não esclarece quais condutas seriam necessárias para restar configurado ato impróprio como fora codificado.

Todavia, verifica-se ainda que para a responsabilização da conduta prevista no artigo 73 da Lei de Licitações deve haver a compensação das penalidades impostas na esfera cível e administrativa, quando de natureza pecuniária, caso contrário haverá a consequente incidência da violação do *bis in idem*.

Porém, tal situação não ocorre com a esfera penal. A natureza das sanções na esfera criminal e nas esferas cível ou administrativa são distintas, ainda que decorrentes de um mesmo fato. No caso da esfera criminal, a ausência de clareza na delimitação do tipo penal, caracteriza a existência de norma penal em branco, exigindo interpretação judicial para sua correta aplicação, acarretando circunstâncias que devem ser analisadas sob a ótica da vedação de analogia *in malam partem*, consoante dispõe o Direito Penal brasileiro.

Os casos analisados neste trabalho, revelam que as irregularidades podem gerar responsabilizações simultâneas em diferentes esferas, sem que isso configure violação ao princípio do *non bis in idem*. Nestes casos a responsabilização do agente extrapola a esfera criminal, dado o prejuízo financeiro e o impacto causado na administração pública, sendo que as sanções são de natureza cumulativa, e não concorrente, pois cada ramo do direito considerará aspectos diferentes do ilícito.

Assim, enquanto a esfera penal se concentra na culpabilidade individual e na pena privativa de liberdade, a esfera civil busca reparar danos ao erário, e a esfera administrativa visa garantir a integridade da gestão pública. Desta feita, conclui-se que a coexistência dessas punições é legítima, pois cada sanção possui fundamento próprio, e *per si*, não representa repetição indevida da penalidade pelo mesmo ato.

Outrossim, no que concerne a nova lei de licitações, em que pese o agravamento das penas em face da atual tipificação dos ilícitos no Código Penal, rotineiramente são noticiados escândalos envolvendo contratações públicas em todos os níveis de governo.

Para coibir tais delitos, a transparência dos atos deve ser reforçada com auditorias periódicas e uso de tecnologia, como inteligência artificial, para detectar padrões suspeitos pelos órgãos de fiscalização e controle. Além disso, a capacitação contínua dos agentes públicos é fundamental na redução das falhas na instrução dos procedimentos e na conscientização e implementação de linhas de defesas eficientes e eficazes como definido na Lei de regência.

No âmbito da responsabilização, é necessário aprimorar a integração entre as esferas penal, civil e administrativa, garantindo sanções adequadas, proporcionando um equilíbrio entre o caráter educativo da pena e o ressarcimento dos prejuízos causados, coibindo as fraudes

e aumentando a eficiência na gestão pública. Essas ações combinadas promovem um sistema mais seguro e transparente, assegurando contratações lícitas e eficazes.

Por todo o exposto, conclui-se que a interpretação jurisprudencial continuará sendo essencial para consolidar parâmetros de segurança jurídica na aplicação da Lei 14.133/2021. Neste caso a evolução legislativa deve priorizar harmonização entre a proporcionalidade das sanções e a obediência aos princípios constitucionais trazidos no bojo da norma, garantindo um sistema de responsabilização eficiente, que preserve o interesse público sem comprometer direitos fundamentais dos agentes envolvidos.

REFERÊNCIAS

- 1 ALVES, Ana Paula Gross. A Evolução Histórica das Licitações e o Atual Processo de Compras Públicas em Situação de Emergência no Brasil. *REGEN Revista de Gestão, Economia e Negócios*, [S. l.], v. 1, n. 2, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen/article/view/5162>. Acesso em: 01 fev. 2025.
- 2 BITENCOURT, Cezar R. Direito Penal das Licitações - 2ª Edição 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. E-book. p.51. ISBN 978655597783. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655597783/>. Acesso em: 23 jun. 2025.
- 3 BRASIL. Condutas Vedadas aos Agentes Públicos Federais em Eleições. 9. ed. revista e atualizada. - Brasília: AGU; Presidência da República/Secretaria-Geral, 2022. 51p. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br>. Acesso em 09 jun. 2025.
- 4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 fev. 2025.
- 5 BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 mai. 2025.
- 6 BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 09 jun. 2025.
- 7 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23 jun. 2025.
- 8 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 jun. 2025.

- 9 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 09 jun. 2025.
- 10 CARVALHO, Guilherme. Da contratação direta indevida prevista na Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Conjur. 17 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-17/licitacoes-contratos-contratacao-direta-indevida-prevista-lei-141332021/>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- 11 DOTTI, M. R.; JUNIOR, J. T. P. Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos de licitação e contratação Lei nº 14.133/2021. Porto Alegre: Editora Ordem Jurídica, 2022.
- 12 GABRIEL, Yasser. Sanções do Direito Administrativo. São Paulo: Almedina, 2023. E-book. p.101. ISBN 9786556278667. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556278667/>. Acesso em: 26 jun. 2025.
- 13 HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Salvador: Editora JusPodium, 2021.
- 14 IBEGESP, REDAÇÃO. A importância da aplicação das disposições da LINDB no contexto de uma Nova Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Portal Ibegesp, 2022. Disponível em: <https://radar.ibegesp.org.br/a-importancia-da-aplicacao-das-disposicoes-da-lindb-no-contexto-de-uma-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em 25 jun. 2025.
- 15 OLIVEIRA, Nelson. Nova Lei De Licitações e Esperança Contra Corrupção e Desperdício De Verbas. Agência Senado, Publicado em 5/4/2021, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contra-corrupcao-e-desperdicio-de-verbas>. Acesso em: 01 fev. 2025.
- 16 PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo - 38ª Edição 2025. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. pág. 603. ISBN 9788530995935. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995935/>. Acesso em: 01 fev. 2025.
- 17 SILVA, FLORA MARIA NESI TOSSI; et al. Direito Público contemporâneo: a nova LINDB e as novas leis de Licitações e Contratos Administrativos e de Improbidade Administrativa / A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21): inexigibilidade/dispensa de licitação. Responsabilidade solidária do contratante e agente público (art. 73). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2023. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii.6.a_lei_de_licitacao_C3%A7%C3%B5es.pdf?d=638234829694756390. Acesso em: 03 jun. 2025.
- 18 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. In re ipsa: os entendimentos mais recentes do STJ sobre a configuração do dano presumido. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11092022-In-re-ipsa-os-entendimentos-mais-recentes-do-STJ-sobre-a-configuracao-do-dano-presumido.aspx#:~:text=Em%202021,%20no%20julgamento>. Acesso em: 23 jun. 2025.

- 19 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TCESP). Legislação Comentada-Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. [São Paulo: s.n.]. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-10-abril-2021>. Acesso em 09 mar. 2025.
- 20 ZYMLER, B.; ALVES, F.S.M et al. Aspectos práticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. / Os pontos de convergência entre a Lei 14.133/21 e LINDB. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2024.