Este artigo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivação 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).



Revista de Direito Administrativo
ISSN: 0034-8007
eISSN: 2238-5177

Repensando o prazo prescricional aplicável a pessoas jurídicas no âmbito do Tribunal de Contas da União para os casos de fraude à licitação ou ao contrato administrativo*

Rethinking the prescription period applicable to legal entities within the scope of the Federal Court of Accounts for cases of fraud in bidding or administrative contracts

*Ana Cristina Melo de Pontes Botelho***
*Thiago da Cunha Brito****

* Artigo recebido em 18 de agosto de 2024 e aprovado em 2 de setembro de 2024. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v284.2025.91788.

** Doutora em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduada em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) (2005) e também em engenharia elétrica, modalidade eletrotécnica, pela Universidade de Pernambuco (UPE) (1993). Professora visitante do Boston College Law School. Professora do IDP. País: Brasil. E-mail: acristinampb@hotmail.com.

*** Auditor do Tribunal de Contas da União. Mestrando em direito pelo IDP. LLM direito penal econômico (IDP). Graduado em direito (IDP). Licenciado em engenharia informática, pelo Instituto Superior de Engenharia do Porto (Isep). Pós-graduado em marketing e gestão estratégica pela Universidade do Minho (UMinho). País: Brasil. E-mail: tbrito78@gmail.com.

RESUMO

Objetiva-se verificar a possibilidade de adoção do prazo prescricional da lei penal nos processos do Tribunal de Contas da União (TCU), envolvendo a responsabilização de pessoas jurídicas, nos casos em que os fatos apurados também constituam crime, independentemente do recebimento de denúncia por juízo criminal. Em termos metodológicos, utiliza-se de pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial para determinar as premissas utilizadas no método hipotético-dedutivo aplicado na presente análise. Após uma breve introdução acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a prescrição nos tribunais de contas, discorre-se sobre as infrações administrativas relacionadas a condutas fraudulentas em licitações e contratos administrativos, que podem dar ensejo à sanção de declaração de inidoneidade. Posteriormente, correlacionam-se as referidas infrações administrativas fraudulentas com os crimes aplicáveis, utilizando-se o conceito analítico de crime. Finalmente, avalia-se a possibilidade de aplicação do prazo prescricional da lei penal nos processos de responsabilização no TCU na ausência de recebimento da denúncia criminal.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal de Contas — prazo prescricional da lei penal — responsabilização de pessoas jurídicas — fraude à licitação ou ao contrato — crimes em licitações públicas e contratos administrativos.

ABSTRACT

The aim of this study is to verify the possibility of the TCU, in the context of proceedings involving the liability of legal entities, adopting the prescriptive term of criminal law, in cases where the facts investigated also constitute a crime, regardless of the receipt of a criminal complaint. In methodological terms, normative, doctrinal and jurisprudential research is used to determine the premises used in the hypothetical-deductive method applied in this analysis. After a brief introduction about the jurisprudence of the STF on the prescription of statutes of limitations in the courts of accounts, the study discusses the administrative infractions related to fraudulent conduct in public bids and administrative contracts, which may give rise to the sanction of declaration of unsuitability. Subsequently,

the referred fraudulent administrative infractions are correlated with the applicable crimes, using the analytical concept of crime. Finally, the study evaluates the possibility of applying the prescriptive term of criminal law in the proceedings of liability at the TCU in the absence of receipt of the criminal complaint.

KEYWORDS

Court of Accounts — prescriptive period of criminal law — accountability of legal entities — bidding or contract rigging — crimes in public tenders and administrative contracts.

Introdução

A evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da prescritibilidade das pretensões punitiva e de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas acarretou a necessidade de elaboração de um normativo interno responsável por adaptar, aos processos no Tribunal de Contas da União (TCU), regras de prescrição pensadas para regular as ações punitiva e ressarcitória da administração pública federal no exercício do poder de polícia.

Durante o processo de internalização da Resolução TCU 344/2022, o TCU realizou algumas adaptações com o intuito de torná-la mais próxima à realidade do controle externo, alterando-se, entre outras questões, o termo inicial da prescrição, bem como os requisitos para a adoção do prazo prescricional da lei penal, quando os fatos apurados administrativamente também constituírem crime.

Aparentemente, o tribunal não se achou confortável para realizar o cotejo entre o ilícito administrativo e a infração penal equivalente, determinando que a adoção do prazo prescricional da lei penal deveria estar condicionada ao recebimento de denúncia na esfera criminal sobre os mesmos fatos.

Ocorre que as pessoas jurídicas, em regra, não podem ser responsabilizadas por crimes. Dessa forma, o preceito imposto pelo referido normativo impede a adoção do prazo prescricional da lei penal para ilícitos administrativos envolvendo empresas, fato que fere o princípio constitucional da isonomia, tendo em vista que os responsáveis com maior capacidade econômico-financeira para adimplir com eventuais sanções ou ressarcir o erário por prejuízos causados poderiam, em tese, ser alcançados pela

ocorrência da prescrição quinquenal, enquanto os responsáveis pessoas físicas, presumidamente mais vulneráveis, poderiam continuar sendo responsabilizados, em razão da aplicação do prazo prescricional da lei penal.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo verificar a possibilidade de o TCU, no âmbito de processos envolvendo a responsabilização de pessoas jurídicas, adotar o prazo prescricional da lei penal, nos casos em que os fatos apurados também constituam crime, independentemente do recebimento de denúncia por juízo criminal, sem desnaturar sua vocação institucional.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em quatro seções, para além da introdução e conclusão. Inicialmente, apresenta-se a evolução da jurisprudência do STF em relação à (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Em seguida, discorre-se sobre as infrações administrativas relacionadas a condutas fraudulentas em licitações e contratos administrativos, que podem dar ensejo à sanção de declaração de inidoneidade, destacando-se os bens jurídicos tutelados, as consequências jurídicas decorrentes de infrações administrativas relacionadas a condutas fraudulentas em licitações e contratos, assim como o sujeito ativo da fraude e o alcance da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública.

Posteriormente, correlacionam-se as referidas infrações administrativas fraudulentas com os crimes aplicáveis, utilizando-se o conceito analítico de crime para delimitar a conduta típica, destacar sua antijuridicidade, bem como avaliar a culpa do agente. Entre os tipos penais analisados encontram-se os seguintes: frustração do caráter competitivo de licitação; perturbação de processo licitatório; afastamento de licitante; e fraude em licitação ou contrato.

Finalmente, avalia-se a possibilidade de aplicação do prazo prescricional da lei penal nos processos de responsabilização envolvendo pessoas jurídicas no TCU, a partir dos limites impostos pela Resolução TCU 344/2022 e das possibilidades decorrentes da aplicação do princípio da independência entre as instâncias.

1. A prescrição da pretensão punitiva no TCU

1.1 Considerações gerais acerca do instituto da prescrição

Não é de hoje que os limites temporais para o exercício de direitos são discutidos no cenário jurídico. O cerne de toda a discussão gira em torno da

necessidade de que instrumentos jurídicos garantam uma convivência social pacífica. Os institutos jurídicos da prescrição e da decadência[1] buscam, então, garantir tranquilidade para a ordem jurídica, afinal *dormientibus non sucurrit jus* (o direito não socorre os que dormem).

Segundo o art. 189 do Código Civil, diante de uma lesão a direito subjetivo, surge para seu titular a correspondente pretensão de exercê-lo, a qual se extingue pela prescrição. Tal pretensão, no entanto, não pode perdurar *ad aeternum*, tendo fim com o decurso dos prazos previstos legalmente, os quais, para as relações de direito privado, estão elencados nos arts. 205 e 206 do Código Civil.

Essa pretensão proporciona ao titular do direito o poder de exigir que outra pessoa cumpra uma determinada obrigação. Pelo sistema de prescrição estabelecido no nosso ordenamento jurídico, é a pretensão de ação (exercício de um direito) que se extingue pelo decurso do tempo. A prescrição age, por conseguinte, para inibir que haja inércia do titular do direito de agir, sendo uma forma de reestabelecer a estabilidade das relações jurídicas e eliminar incertezas no âmbito social.

Ao se referir ao decurso do tempo, Humberto Theodoro Júnior[2] assevera que "seja isoladamente, seja cumulativamente com outros fatores, a lei toma o tempo como causa de aquisição ou extinção de direitos ou faculdades jurídicas". Destarte, em relação ao instituto da prescrição, que será o foco de estudo do presente artigo, tem-se que ele abarca não só as relações privadas, mas também situações em que o poder público está envolvido, pois, em ambas as esferas, busca coibir a inação do titular do direito.[3]

No âmbito do TCU, diante da inexistência de previsão legal acerca da prescrição para os processos de controle externo, nas situações práticas em que o instituto tem sido invocado, aplica-se, subsidiariamente, a Lei nº 9.873/1999, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela administração pública, o Código de Processo Civil, bem assim

---

1 No presente artigo não trataremos do instituto da decadência.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1.

3 *Ibid.*, p. 9. Destaca, outrossim, que para haver prescrição é necessário que: "a) exista o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor; b) ocorra a violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o inadimplemento da prestação devida; c) surja, então, a pretensão, como consequência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o poder de exigir a prestação pelas vias judiciais; e, finalmente, d) se verifique a inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei".

a jurisprudência do STF que foi se formando ao longo dos anos, a partir dos casos práticos apreciados.

Enquanto a Suprema Corte busca garantir que nos processos administrativos que tramitam perante o TCU haja a observância da segurança jurídica e seja garantido maior grau de certeza nas relações estabelecidas, o TCU corre contra o tempo para conferir maior celeridade aos trâmites processuais para que o direito do credor (União) de exigir prestações pecuniárias do devedor permaneça vigente, de modo a não caracterizar a inércia do credor.

1.2 Evolução da jurisprudência do STF no tocante à prescrição punitiva e ressarcitória nos processos de contas

Quando chamado a se manifestar sobre o prazo para a caracterização da prescrição da pretensão ressarcitória no âmbito do TCU, o STF, ao julgar o Mandado de Segurança 26.210 em 2008, consignou entendimento no sentido de que as ações de ressarcimento por danos ao erário seriam imprescritíveis, com base no § 5º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que reza que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

A jurisprudência consolidou-se nesse sentido[4] e permaneceu estável até 2016, quando o Plenário do STF, chamado a se pronunciar novamente sobre a matéria no RE 669.069 (com repercussão geral), decidiu pela prescritibilidade das ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícito civil. Em 2018, ao apreciar o RE 852.475, o Plenário do STF concluiu pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos dolosos de improbidade administrativa.

Apesar das discussões travadas nos recursos extraordinários supramencionados, a jurisprudência firmada em 2008 no MS 26.210, que defendia a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, continuava sendo aplicada pelo STF nos casos concretos que lhe eram submetidos à apreciação.

---

[4] *Vide* ARE 772852 AgR, relatora: min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/3/2014; RE 601707 AgR, relator: min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013; e AI 819135 AgR, relator(a): min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/5/2013.

Todavia, em relação à aplicação de penalidade pecuniária pelo TCU, começaram a surgir entendimentos nas turmas do STF no sentido de que o prazo prescricional previsto na Lei nº 9.873/1999 poderia ser aplicado. Destarte, o TCU, que em regra não admitia a incidência da prescrição ressarcitória, tampouco da prescrição punitiva em processos de controle externo, teve que reorientar seu posicionamento.

Com isso, a partir da prolação do Acórdão 1.441/2016, o Plenário do TCU estabeleceu o prazo do art. 205 do Código Civil para a prescrição da pretensão punitiva, o qual podia ser interrompido pelo ato que ordenasse a citação, a audiência ou a oitiva do responsável. A partir desse *decisum*, em relação à multa, passou-se a aplicar o prazo decenal para a prescrição, e com referência ao débito continuou a valer a tese da imprescritibilidade.

Contudo, em abril de 2020, o Plenário do STF, ao apreciar o tema 899 da repercussão geral (RE 636.886/AL), decidiu, de forma unânime, pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em título executivo de Tribunal de Contas, estabelecendo a seguinte tese: "é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

Embora, num primeiro momento, a interpretação da tese supramencionada tenha sido mais abrangente, paulatinamente, restou claro que o entendimento exarado quando do julgamento do RE 636.886 referia-se, tão só, à fase de execução de título executivo extrajudicial fundado em Acórdão do TCU. Foram se consolidando outros precedentes no âmbito da Suprema Corte no sentido de que a tese contida no RE 636.886 também se aplicaria à fase anterior à constituição do título executivo. Foi o que aconteceu no julgamento da ADI 5.509, que tratou de peculiaridades no estabelecimento do termo inicial do prazo prescricional.

Como consequência dessa guinada na jurisprudência do STF, as discussões que estavam sendo travadas em torno do tema prescrição nos processos de controle externo fizeram com que o TCU editasse a Resolução-TCU 344/2022 para regular a prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento no âmbito dos processos de controle externo, tendo por base a jurisprudência predominante do STF, com a necessária adequação às especificidades das diversas formas de atuação do TCU.

2. As infrações e as sanções administrativas relacionadas a condutas fraudulentas em licitações e contratos administrativos

2.1 Infrações administrativas pré-contratuais e contratuais relacionadas a condutas fraudulentas

A nova lei de licitações e contratos[5] estabelece um rol de infrações administrativas[6] que podem acarretar aplicação de diversos tipos de sanções ao licitante e ao contratado. A depender do tipo de infração cometida, a administração pública pode aplicar a sanção de advertência, de multa, de impedimento de licitar e contratar, bem como de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.[7]

A listagem de infrações administrativas apresentada pelo referido diploma legal descreve condutas ilícitas que podem ocorrer durante os procedimentos administrativos auxiliares,[8] ao longo do próprio processo licitatório, nos procedimentos relacionados à contratação direta ou, ainda, após a assinatura do instrumento contratual.[9]

Em termos procedimentais, podemos classificar as infrações administrativas em infrações pré-contratuais, contratuais, bem como condutas ilícitas observáveis ao longo de todo o ciclo de vida das contratações administrativas.

Na etapa pré-contratual, podemos elencar as seguintes condutas fraudulentas: a) fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;[10] b) fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;[11] e c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de qualquer tipo de vantagem.[12]

---

5 Lei nº 14.133/2021.

6 *Ibid.*, art. 155.

7 MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di *et al*. *Manual de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. cap. 8, p. 507-508.

8 De acordo com o art. 78, da Lei nº 14.133/2021, são procedimentos auxiliares em licitações e contratos, os seguintes: i) credenciamento; ii) pré-qualificação; iii) procedimento de manifestação de interesse; iv) sistema de registro de preço; e v) registro cadastral.

9 Marrara, Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações. *op. cit.*, p. 496.

10 Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'a'.

11 Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'b'.

12 Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'c'.

Por seu turno, podemos elencar as seguintes condutas fraudulentas que podem ser identificadas exclusivamente durante a fase contratual da relação entre administração pública e contratado: a) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, em decorrência de aditivos contratuais sem previsão legal, normativa ou contratual;[13] e b) fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.[14]

Por fim, a lei estabelece diversas condutas fraudulentas que podem ser observadas tanto na fase contratual como na pré-contratual: a) apresentar declaração ou documentação falsa durante a licitação ou a execução do contrato;[15] b) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;[16] c) cometer fraude de qualquer natureza em licitação pública ou contrato dela decorrente;[17] e d) criar, de modo fraudulento, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.[18]

2.2 A competitividade e a boa-fé objetiva como bens jurídicos tutelados pelas infrações relacionadas a fraudes em licitações e contratos

As infrações administrativas relacionadas a fraudes em licitações e contratos objetivam tutelar múltiplos bem jurídicos, a depender da fase na qual a infração geralmente é cometida. Pode-se afirmar, contudo, que a moralidade e a probidade administrativa são princípios transversais que legitimam a aplicação de sanções administrativas em decorrência de condutas fraudulentas em licitações e contratos.

Em geral, as fraudes têm como objetivo a obtenção de vantagem indevida em decorrência da aplicação de algum método comissivo, ardiloso ou malicioso, empregado pelo agente fraudador com o intuito de ludibriar outrem.[19] No âmbito das contratações públicas, o emprego de métodos fraudulentos, seja durante o processo licitatório, seja ao longo da execução contratual,

---

[13] Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'f'.
[14] Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'g'.
[15] Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso VIII.
[16] Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso IX.
[17] Lei nº 14.133/2021, art. 155, incisos X e XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'd'.
[18] Lei nº 14.133/2021, art. 155, inciso XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, inciso IV, alinea 'e'.
[19] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. São Paulo: RT — Revista dos Tribunais, 2023. p. 1.662.

afronta a moralidade e a probidade administrativa, que impõem uma atuação em conformidade com a ética[20] e com a honestidade,[21] respectivamente.

Em termos mais específicos, pode-se afirmar que, no âmbito das licitações públicas, o agente fraudador objetiva comprometer o caráter competitivo do procedimento licitatório, seja por meio de conluio, ajuste ou qualquer outro expediente fraudulento capaz de beneficiá-lo — ou beneficiar terceiros — em detrimento dos demais licitantes que participam de boa-fé do processo licitatório.

A isonomia entre os participantes e a obtenção da melhor proposta pela administração pública são os pilares elementares que sustentam o princípio da competitividade nos procedimentos licitatórios.[22] Desta feita, eventual conduta fraudulenta, com o objetivo de proporcionar vantagem indevida ao próprio agente malicioso ou a terceiro, desequilibra a isonomia entre os participantes e pode afetar a obtenção da melhor proposta pela administração pública, razão pela qual se justifica a aplicação de grave penalidade ao agente fraudador, como forma de proteção aos bens jurídicos tutelados: competitividade, isonomia e obtenção da melhor proposta.

Por outro lado, após a adjudicação do objeto e a consequente assinatura do contrato ou do instrumento congênere, eventual conduta ardilosa cometida pelo contratado com o objetivo de obter vantagem indevida afronta a boa-fé objetiva[23] e seus deveres acessórios, notadamente o dever geral de conduta de retidão, de confiança, de proteção, de lealdade, de cooperação e de troca de informações entre as partes da relação contratual estabelecida.[24]

Portanto, ao passo que nos procedimentos licitatórios objetiva-se garantir a isonomia, a concorrência e a obtenção da melhor proposta pela administração pública, ao longo da execução contratual, o bem jurídico tutelado pelas infrações administrativas de combate à fraude em licitações e contratos se relaciona com a proteção da boa-fé objetiva nas relações negociais estabelecidas entre o poder público e o particular.

---

[20] MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al*. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 103.

[21] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 95.

[22] *Ibid*.. p. 97.

[23] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 53.

[24] CARVALHO, Camyla Figueiredo de. Tutela da confiança nas relações administrativas: incidência de boa-fé objetiva na atuação da administração pública. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 1, n. 10, p. 49-51, 2016.

2.3 Consequências jurídicas decorrentes de infrações administrativas relacionadas a condutas fraudulentas em licitações e contratos

2.3.1 Consequências jurídicas impostas pela nova lei de licitações e contratos

No rol de infrações administrativas elencadas pela nova lei de licitações e contratos, encontram-se, conforme referido, condutas graves, relacionadas a fraudes em licitações e contratos, que podem ensejar a aplicação de sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, direta e indireta, de todos os entes federados, pelo prazo mínimo de três e máximo de seis anos.[25]

Observa-se que a declaração de inidoneidade possui gravidade e abrangência significativas. Eventual sanção de declaração de inidoneidade imposta, com fundamento na lei de licitações e contratos, por qualquer órgão ou entidade da administração pública, direta e indireta, acarreta impossibilidade de licitar ou contratar com a administração pública, direta e indireta, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.[26]

Alguns autores entendem que a sanção de declaração de inidoneidade deve se limitar à proibição de participar em procedimentos licitatórios ou ao impedimento de que o agente possa ser contratado pela administração pública.[27] De acordo com esse raciocínio argumentativo, eventual declaração de inidoneidade para participar de procedimentos licitatórios não impediria que o agente fraudador fosse contratado diretamente pela administração pública, por meio de dispensa ou de inexigibilidade.[28]

Partindo de uma exegese demasiado formalista,[29] a referida hermenêutica desconsidera a teleologia da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública, que objetiva, ao fim e ao cabo, impedir que agentes inidôneos e trapaceiros se relacionem com o poder público[30] durante um prazo determinado, que será definido ao fim de um

---

[25] Lei nº 14.133/2021. Art. 156, § 5º.
[26] Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, *op. cit.*, p. 1.671.
[27] Niebuhr, *Licitação pública e contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 1.120-1.122.
[28] *Ibid.*, p. 1.122.
[29] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 40.
[30] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 350.

processo administrativo sancionador que garanta o exercício do contraditório e da ampla defesa.[31]

De acordo com a referida interpretação, chegar-se-ia ao cúmulo de possibilitar que um licitante que tenha fraudado um procedimento licitatório e que tenha sido, em decorrência desse ato ilícito, declarado inidôneo para participar de licitação pública, possa ser contratado, diretamente pela administração pública, por meio de dispensa ou inexigibilidade, como se fosse uma forma de bonificação ao agente desonesto. Ora, se o agente inidôneo não pode, sequer, participar de processo seletivo para a escolha da melhor proposta pela administração pública, quiçá ser contratado diretamente por dispensa ou inexigibilidade.

De fato, tal entendimento se encontra desprovido de razoabilidade. Além disso, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico afasta o referido entendimento, uma vez que admitir empresa ou profissional declarado inidôneo para participar de procedimento licitatório ou para celebrar contrato com a administração pública constituem tipos penais que sujeitam seus infratores à pena de reclusão de um a três anos, em caso de o agente permitir a participação de pessoa inidônea em procedimento licitatório, ou de três a seis anos, em caso de celebração contratual com pessoa física ou jurídica declarada inidônea.[32]

Conforme a estrutura do referido tipo penal, a declaração de inidoneidade da empresa ou profissional licitante constitui elementar normativa do crime de contratação inidônea, sendo suficiente que a referida sanção tenha sido aplicada em observância ao devido processo legal.[33] Nesse sentido, caso o agente público admita empresa ou profissional licitante ao procedimento competitivo ou, pior, celebre com o agente declarado inidôneo contrato administrativo, estará, em tese, cometendo a conduta ilícita tipificada no art. 337-M do Código Penal.

Verifica-se, pois, que a sanção de declaração de inidoneidade impede que o agente fraudador participe de licitação ao mesmo tempo que o impossibilita de ser contratado pela administração pública, direta e indireta, de todos os entes da Federação, não se aplicando, contudo, às empresas públicas e

---

[31] Constituição Federal. Art. 5º, inciso LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[32] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 347.

[33] *Ibid.*, p. 348, 350-351.

sociedades de economia mista,[34] tendo em vista que a norma de regência não se aplica às contratações realizadas por essas entidades da administração pública indireta,[35] cujos procedimentos licitatórios e contratuais são definidos em legislação específica.[36]

2.3.2 Consequências jurídicas impostas pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

Apesar de a sanção de declaração de inidoneidade não poder ser aplicada às empresas públicas e às sociedades de economia mista, nos termos estabelecidos pela lei de licitações e contratos, caso seja verificada a ocorrência de fraude em procedimentos licitatórios ou contratuais em empresas estatais, o TCU pode aplicar a sanção de declaração de inidoneidade do licitante fraudador, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lotcu).[37]

Em comparação à sanção de declaração de inidoneidade prevista na lei de licitações e contratos, a sanção tipificada na Lotcu apresenta duas diferenças relevantes. A primeira relaciona-se ao prazo máximo de cinco anos para participar de licitação em decorrência da aplicação da declaração de inidoneidade, não havendo qualquer limite inferior estabelecido para a referida sanção. A segunda diz respeito à abrangência da sanção de declaração de inidoneidade imposta com fundamento no art. 46, da Lotcu, que limita a participação em licitações realizadas apenas pela administração pública federal.

Observa-se, portanto, que a declaração de inidoneidade imposta com fundamento no art. 46, da Lotcu, caracteriza-se como uma sanção mais branda e menos abrangente do que a imposta com fundamento no art. 156, § 5º, da lei de licitações e contratos.

Todavia, ainda que a empresa ou o profissional licitante tenha sofrido a sanção de declaração de inidoneidade com fundamento no art. 46, da Lotcu, o elemento normativo do tipo penal de contratação inidônea (art. 337-M

---

[34] Lei nº 14.133/2021, art. 1º, § 1º.

[35] Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, *op. cit.*, p. 1.671.

[36] Lei nº 13.303/2016 — Lei da Governança das Estatais.

[37] Lei nº 8.443/1992. Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

do Código Penal) se encontra presente. Desta forma, tanto a admissão do referido agente fraudador em licitação pública como sua efetiva contratação, pela administração pública federal, pode, em tese, caracterizar infração penal, razão pela qual, da mesma forma, a referida sanção impede o agente fraudador de participar de licitação, bem como de assinar contrato com qualquer órgão ou entidade do referido ente federativo.

2.4 Sujeito ativo da fraude e o alcance da sanção administrativa de declaração de inidoneidade

As condutas fraudulentas perpetradas com o objetivo de frustrar o caráter competitivo da licitação são ilícitos que podem, em tese, ser cometidos por qualquer licitante — pessoa física ou jurídica — ou, até mesmo, por servidor público com responsabilidade para realizar atos administrativos no procedimento licitatório em questão.[38]

Por outro lado, as fraudes praticadas na fase contratual, realizadas com o objetivo de ludibriar a administração pública e obter vantagens indevidas, são infrações administrativas que podem ser cometidas apenas pelo contratado — pessoa física ou jurídica — e por eventual servidor público, em conluio com o particular.[39]

Ademais, o art. 14, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, determina que pessoa física ou jurídica que se encontre impossibilitada de participar de licitação em decorrência de sanção imposta pela administração pública não poderá disputar licitação ou participar da execução de contrato, seja de forma direta ou indireta.

Esse dispositivo merece duas observações relevantes. Em primeiro, constata-se que a declaração de inidoneidade pode alcançar tanto pessoas físicas como jurídicas, a depender do caso concreto.[40] Em segundo, afasta

---

[38] No ponto, cumpre anotar que a Lei nº 14.133/2021 estabelece em seu art. 6º, incisos VIII e IX, a definição de contratado e de licitante, a saber: "Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: […] VIII — contratado: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, signatária de contrato com a Administração; IX — licitante: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta".

[39] *Ibid*.

[40] *Ibid*.

de vez a interpretação de alguns autores[41] de que a sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitações permitiria que o agente sancionado fosse contratado diretamente pela administração pública por dispensa ou inexigibilidade.

Ao impedir que o agente sancionado com a declaração de inidoneidade dispute licitação ou execute contrato administrativo, ainda que subcontratado, a norma afasta qualquer dúvida relacionada à abrangência da declaração de inidoneidade, que obsta que o agente sancionado possa estabelecer qualquer relação nova com o poder público, seja por meio da participação em certames licitatórios, seja por meio de relação contratual, por prazo delimitado no dispositivo da decisão sancionadora.

Ademais, a análise do tipo penal de contratação inidônea[42] corrobora a tese de que a declaração de inidoneidade pode recair tanto sobre a empresa como sobre a pessoa natural, tendo em vista que, caso o servidor público admita que profissional ou empresa declarada inidônea participe de licitação ou celebre contrato com pessoa física ou jurídica declarada inidônea, pode, em tese, incidir no referido crime em espécie.

Desta feita, conforme analisado, a declaração de inidoneidade para participar de licitação ou contrato pode ser entendida como uma sanção administrativa decorrente de uma conduta fraudulenta definida em lei capaz de impor, após o devido processo legal no qual se garanta o contraditório e a ampla defesa, "a um agente privado, pessoa física ou jurídica, uma proibição de licitar e contratar com a administração pública durante um determinado período".[43]

2.5 Aparente antinomia da sanção de declaração de inidoneidade pelo TCU

Conforme se verifica, a declaração de inidoneidade, a partir da vigência da nova lei de licitações e contratos, passa a poder ser consequência não

---

41 Niebuhr, *Licitação pública e contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 1.122.

42 Código Penal. Contratação inidônea. Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena — reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. § 1 Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena — reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

43 GUIMARÃES, Daniel de Carvalho. A declaração de inidoneidade e os tribunais de contas. *Controle em Foco*: Revista MPC-MG 1, n. 3, p. 16, 2022.

apenas de atos fraudulentos, mas também de atos ilícitos cometidos com a finalidade de prejudicar os objetivos da licitação, incluindo atos de corrupção e outros atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, nos termos definidos pela legislação nacional de combate à corrupção.[44]

Todavia, apesar do incremento dos tipos administrativos sancionadores que podem ensejar a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, do aumento da amplitude da sanção, tanto em termos de abrangência federativa como em relação ao objeto do impedimento, que passou a alcançar procedimentos licitatórios e contratos, bem como do estabelecimento de limite mínimo e do reforço do prazo máximo da sanção de declaração de inidoneidade, entendemos que o art. 46 da Lei Orgânica do TCU foi tacitamente revogado pelo art. 156, § 5º, da nova lei de licitações e contratos, em relação aos processos licitatórios e contratos administrativos regidos por esse diploma legal, em virtude da combinação dos critérios cronológico e de especialidade para a solução da aparente antinomia jurídica.[45]

Ao contrário, nos processos licitatórios regidos pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a sanção de declaração de inidoneidade mantém sua validade nos limites estabelecidos pelo art. 46 da Lei Orgânica do TCU, considerando que aquele normativo não regulamenta a aplicação desse tipo de sanção, não havendo, nesse caso, qualquer conflito aparente de normas.[46]

Partindo desse raciocínio, após a vigência da nova lei de licitações e contratos, os Tribunais de Contas ficaram autorizados a aplicar, nas contratações regidas por esse instrumento legal, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, pelo prazo mínimo de três e máximo de seis anos, em procedimentos licitatórios ou na execução dos contratos, sempre que comprovarem a ocorrência de qualquer tipo de fraude, comportamento inidôneo, atos ilícitos com a finalidade de frustrar os objetivos da licitação ou a realização de qualquer ato lesivo que atente contra a administração pública nacional ou estrangeira, nos termos da Lei Anticorrupção.[47]

Importante destacar que as modificações introduzidas pela nova lei de licitações e contratos, no tocante à sanção de declaração de inidoneidade, ainda não estão contempladas no Regimento Interno do Tribunal de Contas

---

44 Lei nº 12.846/2013.
45 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. [*S.l.*]: Edipro, 2014. p. 94.
46 *Ibid*.
47 Lei nº 12.846/2013.

da União,[48] fato que impõe ao tribunal a responsabilidade e o dever de rever seus normativos internos para adaptá-los à realidade jurídica imposta pela Lei nº 14.133/2021.[49]

3. Ilícitos administrativos fraudulentos em licitações e contratos e os tipos penais aplicáveis

3.1 Aspectos gerais dos crimes em licitações e contratos

Inicialmente, convém destacar que as mesmas condutas fraudulentas, que desafiam a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, também podem ser tipificadas como crimes, nos termos da legislação penal em vigor.

Em que pese possam surgir críticas relacionadas a uma possível afronta ao princípio do *non bis in idem*[50] quando o licitante ou contratado for pessoa natural, em decorrência da possibilidade de este responder a processo administrativo sancionador e a processo criminal por ato ilícito relacionado a fraudes em licitações e contratos, a mesma observação não poderá ser feita quando o sujeito ativo da fraude administrativa for pessoa jurídica (licitante ou contratado), tendo em vista que esta não pode integrar o polo passivo do processo criminal para as infrações penais aplicáveis.

Não obstante a potencial afronta ao princípio do *non bis in idem* no caso de responsabilização administrativa e criminal de pessoa física por conduta fraudulenta em licitações e contratos, "o ordenamento jurídico brasileiro sempre permitiu a dupla punição nas esferas penal e administrativa",[51] com fundamento no princípio da independência entre as instâncias e no entendimento de que a natureza das sanções aplicadas no âmbito administrativo e criminal possui objetivos diferentes.[52]

---

[48] RITCU. Art. 271. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Plenário declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992.

[49] ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Processo do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 592.

[50] De acordo com Zymler e Alves, "[o] princípio da vedação ao *bis in idem* ou do *non bis in idem* prescreve que ninguém deve ser processado e/ou punido mais de uma vez pela prática do mesmo fato". *Ibid.*, p. 193.

[51] *Ibid.*, p. 195.

[52] *Ibid.*

A referida crítica é rebatida com a argumentação de que a identificação dos ilícitos e a persecução processual para a condenação dos responsáveis, nas diferentes esferas do poder punitivo estatal, demandam a atuação de órgãos de persecução especializados.[53] Ademais, eventual aplicação do princípio do *non bis in idem* sem a devida ponderação com o princípio da independência[54] entre as instâncias poderia acarretar proteção jurídica deficiente aos bens jurídicos tutelados.[55]

Destaca-se, contudo, que a decisão emanada pelo juízo criminal competente, na qual se comprove a inexistência material da conduta ou a negativa de autoria do agente, deve surtir efeitos na esfera administrativa, fazendo com que a decisão criminal suplante qualquer decisão administrativa em sentido contrário que envolva o mesmo autor e os mesmos fatos,[56] em decorrência da notória prevalência do direito penal sobre o direito administrativo sancionador.[57]

Finalmente, como a proposta do presente artigo se relaciona com a aplicação do prazo prescricional da lei criminal aos processos sancionadores de contas, nos casos envolvendo fraudes em licitações e contratos, faz-se imperiosa a análise dos tipos penais aplicáveis para uma correta subsunção do fato à norma e da identificação do prazo prescricional aplicável. Nesse sentido, nos tópicos que se seguem serão analisados os crimes em licitações e contratos introduzidos no Código Penal pelo art. 178 da Lei nº 14.133/2021.

3.2 Tipos penais associados às infrações administrativas de fraude em licitações e contratos

Conforme referido na introdução ao presente capítulo, o art. 178 da Lei nº 14.133/2021 acrescentou, no Título XI da parte especial do Código Penal, o Capítulo II-B (Dos crimes em licitações e contratos administrativos), introduzindo ou atualizando a tipificação dos seguintes crimes no ordenamento jurídico brasileiro: contratação direta ilegal (art. 337-E); frustração do caráter

---

[53] *Ibid.*, p. 197.
[54] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 317.
[55] Zymler e Alves, *Processo do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 197.
[56] *Ibid.*, p. 196.
[57] Osório, *Direito administrativo sancionador*, *op. cit.*, p. 322.

competitivo de licitação (art. 337-F); patrocínio de contratação indevida (art. 337-G); modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H); perturbação de processo licitatório (art. 337-I); violação de sigilo em licitação (art. 337-J); afastamento de licitante (art. 337-K); fraude em licitação ou contrato (art. 337-L); contratação inidônea (art. 337-M); impedimento indevido (art. 337-N); e omissão grave de dado ou informação por projetista (art. 337-O).

Analisando-se os referidos tipos penais, bem como as infrações administrativas fraudulentas passíveis de sanção de declaração de inidoneidade de bens, verifica-se que, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto, as fraudes administrativas podem estar associadas aos seguintes tipos penais: frustração do caráter competitivo de licitação; afastamento de licitante; perturbação de processo licitatório; e fraude em licitação ou contrato.

3.2.1 Frustração do caráter competitivo de licitação

De acordo com o art. 337-F, do Código Penal, o crime de frustração do caráter competitivo de licitação[58] classifica-se como sendo de conteúdo variado,[59] também denominado de ação múltipla, consumando-se caso o agente frustre ou fraude o caráter competitivo da licitação pública, desde que presente o elemento subjetivo especial do tipo.[60]

Nesse sentido, a simples conduta de fraudar a licitação, sem a existência do elemento subjetivo especial referente à intenção do agente em obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, não caracteriza o tipo penal de frustração do caráter competitivo da licitação.[61]

Desta forma, para utilização do prazo prescricional referente a este delito no processo sancionador de contas, deve-se demonstrar, além de suficientes indícios de fraude, elementos que indiquem a intenção do agente em obter

---

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

[59] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 198.

[60] De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, o referido delito possui um elemento subjetivo especial, caracterizado pelo intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. *Ibid.*, p. 212.

[61] *Ibid.*

vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, ainda que não venha, efetivamente, a obter a vantagem inicialmente desejada.

Tabela 1

Ilícitos administrativos associados ao crime de frustração do caráter competitivo de licitação

Fundamento da infração	**Descrição do ilícito administrativo associado**
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. IX	Fraudar (o caráter competitivo) da licitação, *com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XI	Praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação, *com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'a'	Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público, *com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto*.
Lei nº 8.443/1992. Art. 46	Ocorrência de fraude comprovada ao caráter competitivo da licitação, *com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto*.

Fonte: Elaboração própria.

Portanto, se, durante o desempenho regular de suas competências constitucionais e legais, o TCU se depare com condutas fraudulentas, capazes de comprometer o caráter competitivo do certame, cometidas ao longo das etapas pré-contratuais do certame licitatório em análise, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, poderá, desde logo, se valer do prazo prescricional da lei criminal, considerando-se a pena em abstrato do crime de frustração do caráter competitivo da licitação.

Desta forma, considerando-se que a infração criminal em análise possui pena abstrata de reclusão, de quatro a oito anos, o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito dos processos sancionadores de contas no TCU será de 12 anos, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, c/c o art. 109, inciso III, do Código Penal.[62]

[62] Código Penal. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: […] III — em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito.

3.2.2 Perturbação de processo licitatório

Da mesma forma que o delito analisado anteriormente, a infração penal de perturbação de processo licitatório[63] também pode ser classificada como um crime de ação múltipla, ou conteúdo variado, que se consuma com a vontade livre e consciente do agente em impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório, independentemente da existência de elemento subjetivo especial ou da finalidade do agente.

Nesse sentido, a simples conduta de fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório, manifestada por vontade livre e consciente do agente fraudador[64] em tentar ludibriar a administração pública ou de induzi-la a erro, causando perturbação ao procedimento licitatório, consuma o tipo penal em análise.[65]

Assim, para utilização do prazo prescricional referente a este delito, no âmbito do processo sancionador no TCU, deve-se demonstrar, única e exclusivamente, indícios suficientes de fraude capazes de perturbar o regular processamento da licitação em análise.

Tabela 2

Ilícitos administrativos associados ao crime de perturbação de processo licitatório

Fundamento da infração	**Descrição do ilícito administrativo associado**
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. VIII	Apresentar declaração ou documentação falsa e exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação, *perturbando o regular prosseguimento do certame licitatório*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. X	Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza, *perturbando o regular prosseguimento do certame licitatório*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'b'	Fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público, *perturbando o regular prosseguimento do certame licitatório*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'e'	Criar, de modo fraudulento, pessoa jurídica para participar de licitação pública, *perturbando o regular prosseguimento do certame licitatório*.

Fonte: Elaboração própria.

---

[63] Código Penal. Perturbação de processo licitatório. Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório. Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

[64] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 279.

[65] *Ibid.*, p. 280.

Portanto, novamente, se, durante o exercício de suas competências constitucionais e legais, o TCU se depare com condutas fraudulentas, capazes de perturbar o regular andamento do procedimento licitatório, poderá, desde logo, se valer do prazo prescricional da lei criminal, considerando-se a pena em abstrato do crime de perturbação de processo licitatório.

Desta forma, considerando-se que a infração penal em análise possui pena abstrata de detenção, de seis meses a três anos, o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito dos processos sancionadores de contas no TCU será de oito anos, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, c/c o art. 109, inciso IV, do Código Penal.[66]

3.2.3 Afastamento de licitante

Analisando-se o crime de afastamento de licitante,[67] verifica-se que as condutas criminalizadas objetivam afastar ou tentar afastar licitante do respectivo procedimento licitatório, utilizando-se de violência física, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer natureza.[68]

Desta forma, para utilização do prazo prescricional referente a esse delito no processo sancionador de contas em infrações administrativas cometidas com o uso de fraude, deve-se demonstrar a intenção do agente fraudador em afastar qualquer licitante do procedimento competitivo em análise, ainda que não obtenha sucesso em sua empreitada criminosa, uma vez que o tipo em questão pune a simples tentativa na mesma intensidade do delito consumado.

---

[66] Código Penal. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: […] IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

[67] Código Penal. Afastamento de licitante. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena — detenção de 2 (dois) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

[68] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 306.

Tabela 3

Ilícitos administrativos associados ao crime de afastamento de licitante

Fundamento da infração	**Descrição do ilícito administrativo associado**
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'c'	Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Fonte: Elaboração própria.

Portanto, caso o TCU se depare com condutas fraudulentas em procedimentos licitatórios, capazes de, em tese, afastar qualquer licitante do certame, poderá, desde logo, se valer do prazo prescricional da lei criminal, considerando-se a pena em abstrato do crime de afastamento de licitante.

Nesses casos, considerando-se que a infração penal em análise possui pena abstrata de reclusão, de três a cinco anos, o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito dos processos sancionadores de contas no TCU será de 12 anos, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, c/c o art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.2.4 Fraude em licitação ou contrato

A fraude em licitação ou contrato[69] é um tipo penal material[70] que demanda a ocorrência de prejuízo à administração pública e que, portanto, somente se consuma com a efetiva ocorrência de dano ao erário.[71] Por essa razão, a ocorrência de fraude na fase pré-contratual não necessariamente acarretará a tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato.

Não obstante, eventual conduta fraudulenta observada na fase pré-contratual pode ser tipificada, a depender das circunstâncias fáticas do caso

---

[69] Código Penal. Fraude em licitação ou contrato. Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I — entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II — fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III — entrega de uma mercadoria por outra; IV — alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; 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.

[70] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 336.

[71] *Ibid.*, p. 343.

concreto, como frustração do caráter competitivo da licitação, desde que a fraude esteja relacionada com a restrição do caráter competitivo do certame, bem como o elemento subjetivo especial do referido tipo penal relacionado à finalidade de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do contrato.

Eventual fraude perpetrada na fase pré-contratual somente poderá caracterizar o tipo penal de fraude em licitação ou contrato caso, após a assinatura do respectivo negócio jurídico e o efetivo início dos pagamentos ao contratado, identifique-se a ocorrência de prejuízo à administração pública,[72] em decorrência do meio enganoso empregado pelo licitante para ludibriar a contratante.

Da mesma forma, eventual conduta fraudulenta cometida pelo contratado durante a execução contratual, somente caracterizará o crime de fraude em licitação ou contrato caso os atos "aptos a iludir, enganar ou ludibriar a contratante"[73] causem efetivo prejuízo à administração pública.

Analisando-se o tipo penal de fraude em licitação ou contrato, observa-se que o legislador listou algumas formas de execução da conduta fraudulenta, que pode ser realizada por meio: i) da entrega de mercadoria ou prestação de serviços em desacordo com o edital ou instrumento contratual; ii) do fornecimento de mercadoria falsa ou deteriorada como verdadeira ou perfeita, respectivamente, bem como com prazo de validade vencido; iii) da entrega de uma mercadoria por outra; iv) da alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; ou v) por qualquer meio fraudulento que torne injustificadamente mais onerosa para a administração pública a proposta ou a execução do contrato.[74]

Observa-se que os incisos listados no art. 337-L do Código Penal apresentam diversos meios pelos quais a fraude em licitações e contratos pode ser executada.[75] Ressalta-se, todavia, que o inciso V do referido dispositivo apresenta uma autorização legislativa para a utilização da interpretação analógica[76]

---

[72] *Ibid.*

[73] Cezar Roberto Bitencourt esclarece que "[a] fraude consiste em atos praticados, dissimulados ou não, aptos a iludir, enganar ou ludibriar a contratante, isto é, o sujeito passivo, lesando ou pondo em risco o bem jurídico tutelado". *Ibid.*, p. 328.

[74] Os meios executórios da conduta fraudulenta descrita no *caput* do art. 337-L estão listados nos incisos de I a V do referido dispositivo.

[75] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 329-336.

[76] De acordo com Luciano Anderson de Souza, a interpretação analógica pode ser compreendida como "um procedimento interpretativo de verificação do sentido da norma, a partir de

— que não se confunde com a analogia[77] —, possibilitando a consumação da conduta por qualquer meio fraudulento que torne injustificadamente mais onerosa para a administração pública a proposta ou a execução do contrato.

Desta forma, qualquer conduta fraudulenta cometida pelo agente fraudador, no âmbito de licitações e contratos, que acarrete dano ao erário pode, em tese, caracterizar o tipo penal de fraude em licitação ou contrato, uma vez que o legislador possibilitou a interpretação analógica no referido tipo penal.

Partindo-se desse raciocínio, a utilização do prazo prescricional referente ao crime de fraude em licitação ou contrato no âmbito do processo sancionador de contas, em apurações administrativas de infrações cometidas com o uso de meios fraudulentos, depende da existência de nexo de causalidade entre a conduta ardilosa empregada pelo agente desonesto e o efetivo prejuízo à administração pública.

Tabela 4

Ilícitos administrativos associados ao crime de fraude em licitação ou contrato

Fundamento da infração	**Descrição do ilícito administrativo associado**
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. VIII	Apresentar declaração ou documentação falsa e exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato, *causando prejuízo ao erário*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. IX	Fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato, *causando prejuízo ao erário*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'd'	Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente, *causando prejuízo ao erário*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'f'	Obter vantagem ou benefício indevido, *de modo fraudulento*, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais, *causando prejuízo ao erário*.
Lei nº 14.133/2021. Art. 155. XII, c/c Lei nº 12.846/2013, art. 5º, IV, 'g'	Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública, *causando prejuízo ao erário*.

Fonte: Elaboração própria.

elementos fornecidos pela lei, consoante o parâmetro da similitude". SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*. 4. ed. [*S.l.*]: Revista dos Tribunais, 2023. v. 1, p. 114.

77 De acordo com Claus Roxin, "analogia pode ser conceituada como a utilização de uma norma jurídica para um caso não regulamentado na lei, por meio da utilização de argumentos relacionados à semelhança entre os casos analisados" (tradução livre). ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madri: Civitas, 2008. t. I, p. 140.

Portanto, caso o TCU, no desempenho regular de suas competências legais e constitucionais, se depare com condutas fraudulentas, em licitações ou contratos delas decorrentes, que causem prejuízo ao erário, tornando a proposta do licitante ou a execução contratual injustificadamente mais onerosa para a administração pública, pode se valer do prazo prescricional da lei criminal, considerando-se a pena em abstrato do crime de fraude em licitação ou contrato.

Nesses casos, considerando-se que a infração penal em análise possui pena abstrata de reclusão, de quatro a oito anos, o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito dos processos sancionadores de contas no TCU será de 12 anos, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, c/c o art. 109, inciso III, do Código Penal.

3.3. Aplicação do prazo prescricional da lei criminal mais benéfica

A Constituição Federal de 1988 estabelece a regra da irretroatividade da lei penal, salvo quando a aplicação retroativa beneficiar o acusado.[78] A proibição de aplicação retroativa da lei penal serve para afastar a possibilidade de produção de leis mais gravosas editadas com a finalidade de infligir maior sofrimento a determinado acusado a partir das circunstâncias fáticas de um dado caso concreto.[79] Trata-se de uma garantia que se fundamenta sobre os pilares da estrita legalidade[80] e da segurança jurídica.

A propósito, a estrita legalidade se encontra prevista tanto na Constituição Federal,[81] como no Código Penal brasileiro, que estabelecem a inexistência de crime sem a necessária tipificação legal anterior, tampouco pena sem prévia cominação legal.[82]

Em outras palavras, quando a lei vigente à época dos fatos for mais benéfica ao acusado do que a lei posterior que a modificou, aquela deverá ser

---

[78] Constituição Federal. Art. 5º, inciso XL — a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

[79] Roxin, *Derecho penal*, op. cit., t. I, p. 161.

[80] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madri: Trotta, S.A., 2011. p. 93.

[81] Constituição Federal. Art. 5º. XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

[82] Código Penal. Art. 1º.

aplicada em detrimento desta. Esse é justamente o caso da Lei nº 14.133/2021 que revogou a Lei nº 8.666/1993, incluindo no Código Penal novos delitos relacionados a licitações e contratos administrativos, que aumentou consideravelmente a pena cominada para a maioria dos novos tipos penais, com algumas exceções.[83]

Analisando-se a tabela comparativa seguinte, verifica-se que todos os tipos penais examinados no bojo do presente trabalho apresentaram uma elevação da pena máxima com o advento da nova lei de licitações, fato que acarreta, em alguns casos, a elevação do prazo prescricional, conforme se pode observar nos crimes de frustração do caráter competitivo de licitação, perturbação de processo licitatório e afastamento de licitante.

Tabela 5

Tabela comparativa das penas cominadas aos tipos penais analisados

Crime	Lei nº 14.133/2021			Lei nº 8.666/1993		
	Artigo CP	Pena Máxima	Prescrição	Artigo	Pena Máxima	Prescrição
Frustração do caráter competitivo de licitação	337-F	8 anos	12 anos	90	4 anos	8 anos
Perturbação de processo licitatório	337-I	3 anos	8 anos	93	2 anos	4 anos
Afastamento de licitante	337-K	5 anos	8 anos	95	4 anos	8 anos
Fraude em licitação ou contrato	337-L	8 anos	12 anos	96	6 anos	12 anos

Fonte: Elaboração própria.

A partir da garantia constitucional de irretroatividade da lei penal e da análise da tabela anterior, verifica-se que o prazo prescricional a ser aplicado no âmbito do processo administrativo de contas deverá levar em consideração as penas cominadas aos tipos penais estabelecidos na legislação

[83] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 133.

vigente à época dos fatos,[84] tendo em vista que a nova lei de licitações e contratos agravou, sensivelmente, as penas cominadas para os quatro delitos analisados no presente trabalho, acarretando aumento do prazo prescricional para extinção da punibilidade dos crimes em questão, a exceção do delito de fraude em licitação ou contrato, cujo prazo prescricional pela pena em abstrato se manteve inalterado.

4. Aplicação do prazo prescricional da lei penal em processos de responsabilização no TCU

4.1 A possibilidade de adoção do prazo prescricional da lei penal nos processos de contas a partir do conceito analítico de crime

A Lei nº 9.873/1999 que rege o prazo de prescrição no âmbito do TCU, em decorrência do art. 1º da Resolução TCU 344/2022, determina que, "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal".[85]

Observa-se, pela leitura do referido dispositivo, que a aplicação do prazo prescricional da lei penal nos processos administrativos sancionadores de contas dependerá de uma análise para verificar se o ilícito administrativo também pode constituir um ilícito criminal. Para tanto, pode-se lançar mão do conceito analítico de crime,[86] de forma a caracterizar a conduta típica, destacar sua antijuridicidade, bem como avaliar a culpabilidade do agente.

Em outras palavras, a partir da apreciação dos fatos inerentes ao caso concreto, o tribunal deverá descrever a conduta administrativa ilícita do agente, identificar o tipo penal equivalente (conduta típica), destacando a presença dos elementos estruturais do tipo penal — elementos objetivos,[87]

---

[84] Alejandro Nieto destaca a natureza substantiva da prescrição penal, razão pela qual entendemos que não se deve aplicar a regra procedimental do *tempus regit actum*. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012. p. 535.

[85] Lei nº 9.873/1999. Art. 1º, § 2º.

[86] Atualmente, a doutrina conceitua crime como uma conduta — ação ou omissão — típica, antijurídica e culpável. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. [*S.l.*]: Atlas, 2020. p. 181.

[87] "Elementos objetivos são identificados pela simples constatação sensorial, isto é, podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos. Referem-se a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: volume 1 — parte geral. 27. ed. [*S.l.*]: Saraiva Jur, 2021. p. 367.

normativos[88] e subjetivos[89] do crime —, apontar a inexistência de excludentes de ilicitude,[90] bem como delimitar a culpabilidade[91] do agente.

Assim, considerando-se o crime de frustração do caráter competitivo de licitação, a adoção do prazo prescricional da lei penal no âmbito administrativo dependerá da indicação dos indícios da conduta fraudulenta do agente (elemento subjetivo), da afronta ao caráter competitivo do certame (elemento normativo), bem como dos indícios relativos à intenção do agente em obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (elemento subjetivo especial do tipo), ainda que não venha efetivamente a auferir a referida vantagem.

Por outro lado, para fundamentar a adoção do prazo prescricional relacionado ao crime de perturbação de processo licitatório no âmbito do processo de contas, o tribunal deverá apresentar os indícios da conduta fraudulenta (elemento subjetivo), bem como os atos do processo licitatório (elemento normativo) que foram efetivamente afetados pela conduta ardilosa.

De maneira semelhante, para adoção do prazo prescricional referente ao crime de afastamento de licitante, o tribunal deverá elencar os indícios que apontam para a conduta fraudulenta do agente (meio de execução do crime) e indicar os elementos de prova que sugerem a intenção do agente de afastar (elemento subjetivo) licitante (elemento normativo) do processo de contratação.

Finalmente, a aplicação do prazo prescricional do crime de fraude em licitação ou contrato, no âmbito do processo sancionador de contas, da mesma forma, dependerá da descrição dos indícios de fraude identificados pelo tribunal (elemento subjetivo), bem como do efetivo prejuízo para a administração pública (elemento normativo), tendo em vista que a consumação do referido delito depende do resultado danoso.[92]

---

[88] "Elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor". *Ibid.*, p. 368.

[89] "São constituídos pelo elemento subjetivo geral — dolo — e elementos subjetivos especial do tipo — elementos subjetivos do injusto" *Ibid.*, p. 369.

[90] *Ibid.*, p. 420.

[91] No ponto, a culpabilidade refere-se a um juízo de reprovabilidade da conduta a partir da análise acerca da capacidade do agente em agir conforme o direito. Nesse sentido, deve-se aferir a imputabilidade do agente, o potencial conhecimento da ilicitude do fato, bem como a exigibilidade de conduta diversa. Pacelli e Callegari, *Manual de direito penal*, *op. cit.*, p. 199.

[92] Bitencourt, *Direito penal das licitações*, *op. cit.*, p. 343.

Além de demonstrar a conduta típica e identificar os elementos estruturantes do tipo penal equivalente, a adoção do prazo prescricional da lei penal nos processos administrativos sancionadores perante o TCU dependerá da inexistência de conduta justificante — estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito —, bem como da culpabilidade do agente, conforme indicado anteriormente.

4.2 A regulação do TCU para adoção do prazo prescricional da lei penal

Apesar da possibilidade de avaliação dos fatos pelo tribunal, para verificar se determinada conduta analisada também constitui crime, o art. 3º da Resolução-TCU 344/2022, com redação dada pela Resolução-TCU 367/2024, estabelece que o tribunal somente poderá adotar o prazo previsto na lei penal, quando houver recebimento de denúncia na esfera criminal sobre os mesmos fatos.[93]

Não obstante a postura conservadora do referido dispositivo, a adoção do prazo prescricional da lei penal aos processos administrativos sancionadores no TCU, apenas após o recebimento da denúncia pelo juízo criminal competente, traz alguns pontos que merecem reflexão.

Inicialmente, deve-se destacar que o princípio da estrita legalidade e o princípio da independência das instâncias, "concebido para aumentar a eficiência da atuação estatal na proteção dos bens jurídicos"[94] e "diminuir os índices de impunidade",[95] autorizam o tribunal a adotar o prazo prescricional da lei penal, quando os fatos apurados na via administrativa também configurarem crime, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873/1999, independentemente do recebimento de eventual denúncia no juízo criminal.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do MS 20.869/DF, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, com redator para o acórdão o ministro Og Fernandes, manifestou entendimento de que não seria necessário que o órgão administrativo aguardasse o recebimento da denúncia

---

[93] Resolução-TCU 344/2022. Art. 3º Quando houver recebimento de denúncia na esfera criminal sobre os mesmos fatos, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal, incluindo a prescrição intercorrente.

[94] Zymler e Alves, *Processo do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 196.

[95] *Ibid.*

por juízo criminal competente para a utilização do prazo prescricional da lei penal, em virtude do princípio da independência entre as instâncias.

Ademais, nada impede que eventual apuração administrativa relacionada a fraudes em licitações ou contratos administrativos, decorrente de conluio entre os licitantes, possa dar ensejo a uma denúncia por corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa.[96] Nesse exemplo, os fatos ilícitos apurados pelo juízo criminal distanciam-se muito dos fatos apurados administrativamente, fazendo com que os requisitos estabelecidos pelo art. 3º, da Resolução TCU 344/2022, para a adoção do prazo prescricional da lei penal, possa inviabilizar a aplicação do referido prazo no processo administrativo de contas, tendo em vista que a denúncia, não necessariamente, abordará os mesmos fatos.

Outra consequência relevante da regra estabelecida pelo art. 3º da Resolução TCU 344/2022 relaciona-se com a impossibilidade prática de adoção do prazo prescricional da lei penal para pessoas jurídicas envolvidas em atos fraudulentos em licitações e contratos, tendo em vista que empresas não podem ser responsabilizadas criminalmente por delitos contra a administração pública.

Desta forma, como não haverá o oferecimento de denúncia criminal contra empresas por crimes contra a administração pública ou, mais especificamente, por crimes em licitações e contratos administrativos, tampouco haverá o recebimento de denúncia contra pessoas jurídicas por juízo criminal competente, fato que impede, nos termos do art. 3º da Resolução TCU 344/2022, a adoção do prazo prescricional da lei penal para empresas envolvidas em condutas fraudulentas em licitações ou contratos administrativos.

Supondo-se que determinada conduta fraudulenta em apuração no TCU tenha sido perpetrada por pessoas físicas em concurso com pessoas jurídicas, a não adoção do prazo prescricional da lei penal pode fazer com que ocorra a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória para as pessoas jurídicas, sem que as pessoas físicas sejam alcançadas pela extinção da punibilidade, uma vez que para estas poder-se-ia adotar o prazo prescricional da lei penal, após o recebimento da denúncia pelo juízo criminal.

---

[96] A título de exemplo, cita-se a ação penal 5036528-23.2015.404.7000 do TRF4, na qual se imputou a executivos do Grupo Odebrecht a prática de crimes de corrupção ativa, organização criminosa e lavagem de dinheiro. Na referida ação penal, narrou-se o envolvimento de executivos do grupo com o esquema criminoso articulado por empreiteiras unidas em cartel para fraudar licitações e contratos com a Petrobras. Não obstante o fato apurado estar relacionado a fraudes em licitações e contratos administrativos, a denúncia foi oferecida com imputação de crimes que se afastam dos fatos apurados administrativamente.

Deve-se destacar que o referido tratamento fere o princípio constitucional da isonomia, em sua dimensão substantiva,[97] tendo em vista que os responsáveis com maior capacidade econômico-financeira para adimplir com eventuais sanções ou ressarcir o erário por prejuízos causados poderiam, em tese, ser alcançados pela ocorrência da prescrição quinquenal, enquanto os responsáveis pessoas físicas, presumidamente mais vulneráveis, poderiam continuar sendo responsabilizados, em razão da aplicação do prazo prescricional da lei penal.

Conclusão

As mudanças de entendimento da jurisprudência do STF sobre a prescritibilidade das pretensões punitiva e de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas acarretaram muitos desafios ao TCU, com destaque para a elaboração de um normativo interno responsável por adaptar um diploma legal promulgado para regulamentar a prescrição da ação punitiva da administração pública no exercício do poder de polícia à realidade do controle externo.

No âmbito dessa regulamentação, o TCU adotou uma postura comedida em relação à aplicação da prescrição da lei penal em seus processos sancionadores. Contudo, entre os pilares que fundamentam o princípio da independência entre as instâncias encontra-se a necessária especialização dos órgãos responsáveis pela detecção e punição de condutas ilícitas nas diferentes esferas do poder punitivo estatal.

Considerando-se que detecção de infrações administrativas e criminais em determinadas situações depende de recursos humanos altamente especializados, como consequência da elevada complexidade das condutas ilícitas,[98] é inegável que os órgãos de controle interno e externo estão em uma posição privilegiada para detectar atos ilícitos em licitações e contratos administrativos.[99]

---

[97] De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da isonomia traduz a necessidade de que a administração pública proceda de maneira "impessoal aos administrados que se encontrem em situações jurídicas análogas". Mello, *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 94-95.

[98] BRITO, Thiago da Cunha. A orientação seletiva da criminalização secundária e o papel das agências de fiscalização e controle na detecção dos crimes de colarinho branco. *Revista do TCU*, v. 149, p. 34 e 36, 2022.

[99] *Ibid.*, p. 39.

De fato, a detecção de irregularidades em licitações e contratos é uma atividade que faz parte do cotidiano dos órgãos de controle, tendo em vista que, muitas vezes, no exercício regular de suas atribuições legais e constitucionais — que incluem a realização de auditorias, de inspeções e de monitoramentos, bem como a análise de denúncias e representações —, são os primeiros atores estatais a terem contato com a irregularidade administrativa.

Apesar da capacidade técnica dos auditores do tribunal para identificar atos ilícitos em licitações e contratos que também configuram crimes, a regra imposta pelo art. 3º, da Resolução TCU 344/2022, afronta o princípio da isonomia, tendo em vista que, em decorrência da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes contra a administração pública, o prazo prescricional da lei penal não poderá ser aplicado, uma vez que não haverá o recebimento da denúncia contra a empresa no juízo criminal.

Não obstante, entendemos que a aplicação do prazo prescricional da lei penal para fatos relacionados a crimes em licitações e contratos é uma tarefa perfeitamente viável para o TCU, sem desnaturar a vocação do órgão, notadamente nos casos de ilícitos administrativos fraudulentos em licitações e contratos, identificados pelo tribunal no desempenho regular de suas atribuições legais e constitucionais, ainda que sem o recebimento de denúncia na esfera criminal sobre os mesmos fatos.

Ainda que se estabeleça uma ressalva para outros tipos penais como corrupção, organização criminosa, lavagem de dinheiro, entre outros, entendemos que, nos processos sancionadores de contas em que houver indícios de fraude em licitação ou contrato, capazes de subsidiar a aplicação da sanção de inidoneidade para licitar ou contratar, a prescrição deverá observar o prazo previsto na legislação criminal, tanto para pessoas jurídicas como para pessoas físicas, independentemente do recebimento de denúncia pelo juízo criminal competente.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: volume 1 — parte geral. 27. ed. [S.l.]: Saraiva Jur, 2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. [S.l.]: Edipro, 2014.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei 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: 7 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. *Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/%5C_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 13.303, de 30 de junho de 2016*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. *Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRITO, Thiago da Cunha. A orientação seletiva da criminalização secundária e o papel das agências de fiscalização e controle na detecção dos crimes de colarinho branco. *Revista do TCU*, v. 149, p. 28-54, 2022.

CARVALHO, Camyla Figueiredo de. Tutela da confiança nas relações administrativas: incidência de boa-fé objetiva na atuação da administração pública. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 1, n. 10, p. 39-67, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madri: Trotta, S.A., 2011.

GUIMARÃES, Daniel de Carvalho. A declaração de inidoneidade e os tribunais de contas. *Controle em Foco*: Revista MPC-MG 1, n. 3, p. 16-20, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. São Paulo: RT — Revista dos Tribunais, 2023.

MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di et al. *Manual de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. cap. 8, p. 495-549.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. [S.l.]: Atlas, 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madri: Civitas, 2008. t. I.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*. 4. ed. [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2023. v. 1.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). MS 20.869/DF, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Og Fernandes. Primeira Seção. *DJe*, 2 ago. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa. Acesso em: 7 ago. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). MS 26.210/DF. Plenário. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. *DJe*, 4 set. 2008. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2430142. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AI 819135/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. *DJe*, 28 maio 2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3958546. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AgR no RE 601707. Segunda Turma. Relator ministro Dias Toffoli. *DJe*, 29/10/2013. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2692153. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ARE 772852/DF. Primeira Turma. Relatora ministra Cármen Lúcia. *DJe*, 11 mar. 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4466867. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 669.069/MG. Tese: é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Plenário. Relator ministro Teori Zavascki. *DJe*, 3 fev. 2016. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4189164. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 852.475/SP. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. *DJe*, 8 ago. 2018. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950. Acesso em: 28 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 636.886/AL. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. *DJe*, 20 abr. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531. Acesso em: 7 ago. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADI 5509/CE. Plenário. Relator Ministro Edson Fachin. *DJe*, 11 nov. 2021. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972868. Acesso em: 28 jul. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Acórdão 1441/2016-Plenário*. Relator ministro Benjamin Zymler. Disponível em: https://pesquisa.apps.

tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1593667. Acesso em: 7 ago. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Resolução TCU 344/2022*. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-21624. Acesso em: 7 ago. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Resolução TCU 367/2024*. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/NORMA-26885. Acesso em: 12 ago. 2024.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Processo do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.