DOS CRIMES EM LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por meio da Lei nº 14.133/2021, o legislador revogou expressamente a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), criando no Código Penal vigente o Capítulo II-B, trazendo em seu bojo onze tipos penais, descritos nos artigos 337-E a 337-O, que passaram a regulamentar as condutas criminosas decorrentes de processos licitatórios e contratos administrativos.

Antes de fazermos a efetiva análise doutrinária de cada um dos crimes, trazemos à baila algumas informações relevantes que podem ser alvo de questionamento nos certames públicos, conforme segue:

Das penas privativas de liberdade: * Na vigência da lei antiga todos os crimes nela descritos eram apenados com detenção, impedindo, portanto, o cumprimento da pena no regime inicial fechado. Agora apenas os artigos 337-I (perturbação de processo licitatório) e 337-J (violação de sigilo em licitação) são apenados com detenção, ao passo que todos os demais passam a ser apenas com reclusão. Notamos assim, um recrudescimento nas penas, que, ao nosso ver, se coaduna com a gravidade dos crimes em estudo, pois embora em regra não sejam perpetrados com emprego de violência ou grave ameaça, na maioria das vezes causam prejuízos milionários à Administração Pública, atingindo o erário, o que afeta diretamente a coletividade, que acaba se vendo privada de usufruir da prestação de serviços públicos por falta de verba orçamentária.

Lembramos que em razão de ser uma *novatio legis in pejus,* a lei penal mais gravosa somente se aplica aos delitos praticados após o início da vigência da lei em estudo.

Neste aspecto, o legislador andou bem, pois não raras vezes, o caráter brando das penas, a complexidade das investigações e a morosidade da instrução criminal propiciavam a extinção da punibilidade dos envolvidos por força da prescrição, o que era lamentável.

Por fim, ressaltamos que agora os crimes em licitação e contratos administrativos estão inseridos no Título XI do Código Penal, onde se alocam os crimes contra a Administração Pública, motivo pelo qual não há que se cogitar a incidência do princípio da insignificância, nos termos da Súmula nº 599 do STJ: *"O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública".*

Das penas de multa: * Note-se que todos os crimes licitatórios são apenados com pena privativa de liberdade cumulada com pena de multa e nesse aspecto a nova lei também trouxe alterações, pois sob a égide da Lei nº 8.666/1993, seu artigo 99 previa que a pena de multa deveria ser calculada em índices percentuais que variavam de 2% a 5% do valor do contrato. A nova lei, contudo, inseriu ao Código Penal o artigo 337-P, prevendo que para a aplicação da pena de multa deverá ser adotada a metodologia de cálculo prevista como regra geral, ou seja, de acordo com o artigo 49 do Estatuto Repressor, que prevê o cálculo em dias-multa, o qual será de no mínimo, de 10 (dez) e, no

máximo, de 360 (trezentos e sessenta) e cujo valor será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Notemos que o artigo 337-P nos traz uma ressalva, estabelecendo que a pena de multa não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

* Outra alteração consiste na destinação dos valores arrecadados, pois o artigo 99, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 determinava que o produto da arrecadação da multa deveria ser revertido, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal. Agora devemos seguir a regra geral, aplicando o artigo 49 do Código Penal, devendo a pena de multa ser sempre revertida ao Fundo Penitenciário.

Da progressão de regime: * Em razão dos crimes licitatórios estarem previstos em lei especial, havia corrente doutrinária defendendo que a eles não se aplicava a regra insculpida no artigo 33, § 4º, do Código Penal, que exige a reparação do dano ou a devolução do produto do crime como condição para a progressão de regime, nos casos de crimes praticados contra a Administração Pública. Aludida celeuma, contudo, não subsiste, vez que agora os delitos licitatórios estão dentro desta categoria, exigindo, portanto, tal condição para que ocorra a progressão.

Da competência: * A regra é que a competência para julgamento dos crimes em licitação e contratos administrativos é da Justiça Estadual, ocorrendo excepcionalmente o deslocamento para a Justiça Federal quando o delito for praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal.

Da análise dos tipos penais:

Art. 89 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-E do Código Penal
Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades 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.	**Contratação Direta Ilegal** Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Cediço que no âmbito da Administração Pública direta ou indireta a regra é a do processo licitatório, o qual tem por objetivos assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, propiciar um tratamento isonômico entre os licitantes, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, bem como, incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável, conforme descrito no artigo 11 da Lei nº 14.133/2021.

Contudo, o artigo 37, XXI, da Constituição Federal permite que a legislação preveja casos em que a licitação é dispensada ou inexigível, cabendo ao administrador, contudo, agir de acordo com a lei, que impõe regras para que seja desencadeado um processo de contratação direta, cuja inobservância configura o delito em estudo.

Objeto jurídico: É a Administração Pública, no que tange à prevalência do interesse público nos contratos celebrados, sendo protegidos ainda os princípios gerais da administração, quais sejam, o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, que devem nortear todas as hipóteses de contratação.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado pelo agente público incumbido de analisar se é caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, cuja função geralmente é atribuída ao ordenador de despesas ou em alguns casos, ao agente político respectivo, tais como prefeitos, governadores e o Presidente da República.

Vale ressaltar que a atual redação não reproduziu o parágrafo único do revogado artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, que previa a punição de todos que concorreram para a consumação da ilegalidade. Tal omissão legislativa, contudo, em nada alterou o cenário, pois neste caso nos socorremos da regra geral descrita no artigo 29 do Código Penal, de forma que todos os que concorrerem para o crime respondam nas penas a ele cominada na medida de sua culpabilidade. Admite-se a participação do particular, devendo a condição do servidor a ele se comunicar, nos termos do artigo 30 do mesmo *codex*.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo prejudicada pela contratação direta ilegal.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de inexigir licitação fora dos casos permitidos em lei, não tendo que se falar em dolo específico voltado a causar prejuízo ao erário, pois o que se pune é a contratação em desacordo com a previsão legal e não eventual dano à Administração Pública. Vale ressaltar, contudo, que o STJ já decidiu no sentido de que o especial fim de agir se faz necessário (HC nº 588.359/PE. J. 8-9-2020). Não admite modalidade culposa.

Conduta: Os núcleos do tipo consistem em três condutas, sendo elas admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses legais. **Admitir** é anuir, concordar, aceitar. **Possibilitar** consiste em criar meio, viabilizar. **Dar causa** significa ensejar, propiciar.

Consumação: Considerando que a lei anterior trazia como condutas dispensar e inexigir, a corrente majoritária defendia que a consumação do delito ocorria apenas no ato da celebração do contrato. Porém, sob a nova rubrica podemos imaginar que o delito se consume antes da efetiva contratação direta, como ocorre por exemplo, quando o funcionário admite (autorizando ou concordando) ou dá causa (inicia o processo) ao processo de contratação ilegal. A tentativa é admissível por se tratar de um crime plurissubsistente, embora de difícil configuração.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 90 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-F do Código Penal
Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.	**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.

Objeto jurídico: É a Administração Pública, no que tange ao caráter competitivo da licitação, cuja intenção do legislador é garantir que o processo licitatório cumpra uma de suas finalidades especiais, consistente em assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes.

Sujeito ativo: Trata-se de crime comum, pois tanto o servidor público quanto o particular podem praticar condutas que frustrem ou acabem fraudando o caráter competitivo da licitação.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo prejudicada pela manobra que frustrou ou fraudou o caráter competitivo do certame.

Elemento subjetivo: É o dolo específico consistente na vontade de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Não admite modalidade culposa.

Conduta: Os núcleos do tipo consistem em duas condutas, sendo elas frustrar e fraudar. **Frustrar** é prejudicar, embaraçar. **Fraudar** é ludibriar, burlar. Vale lembrar que a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, em seu artigo 5º, IV, *a*, considera ato lesivo à Administração Pública a conduta de frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

Consumação: Trata-se de crime formal, pois a consumação se dá com a prática da manobra voltada a frustrar ou fraudar a licitação, ainda que o agente não obtenha a vantagem almejada, não se exigindo ainda que a Administração Pública suporte qualquer prejuízo. Sob a égide da Lei nº 8.666/1993 o STJ já havia sedimentado esse entendimento por meio da Súmula nº 645: "O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem". A tentativa é admissível por se tratar de um crime plurissubsistente, embora de difícil configuração.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 91 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-G do Código Penal
Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	**Patrocínio de contratação indevida** Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Objeto jurídico: É a Administração Pública, no que tange à moralidade e probidade administrativas, cujo objetivo do legislador é evitar que servidores se valham da sua condição funcional para servir interesses privados em detrimento do interesse coletivo.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado pelo servidor público que, se valendo das facilidades que lhe propiciam o cargo, busca patrocinar interesse privado perante a Administração Pública. Admite-se a participação do particular, devendo a condição do servidor a ele se comunicar, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo preterida na contratação porque indevidamente prevaleceram os interesses do funcionário público.

Elemento subjetivo: É o dolo específico consistente em dar causa a instauração de licitação ou à celebração de contrato administrativo, por meio de um patrocínio ilegal do funcionário público, que coloca os interesses privados acima do interesse da coletividade. Não admite modalidade culposa.

Conduta: O núcleo do tipo consiste em **patrocinar**, que consiste em advogar, pleitear, amparar. Aqui pune-se a conduta de quem defende um interesse privado perante a Administração Pública se valendo da sua função. O patrocínio será direto, quando levado a efeito pelo próprio funcionário público e será indireto quando o servidor se valer de um intermediário para levar a efeito seu pleito. E o interesse pode ser **legítimo ou ilegítimo,** sendo que neste último caso não se constitui uma circunstância qualificadora, como ocorre no artigo 321 do Código Penal.

Consumação: Trata-se de crime material, pois a consumação somente se verifica quando efetivamente se instaura o procedimento licitatório ou com a celebração do contrato, havendo ainda necessidade de que a licitação ou o contrato sejam invalidados pelo Poder Judiciário para configuração do delito, o que constitui condição objetiva de punibilidade. Assim, incabível a tentativa.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 92 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-H do Código Penal
Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.	**Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo** Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Objeto jurídico: É a Administração Pública, no que tange à moralidade e probidade administrativas, bem como, a impessoalidade na execução dos atos contratuais, cujo objetivo do legislador é proteger a igualdade entre os credores e manter o equilíbrio econômico entre as partes.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado pelo servidor público dotado de poder para admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação, vantagem ou prorrogação de contrato sem autorização legal. Vale ressaltar que a atual redação não reproduziu o parágrafo único do revogado artigo 92 da Lei nº 8.666/1993, que previa a punição de todos que concorreram para a consumação da ilegalidade. Tal omissão legislativa, contudo, em nada alterou o cenário, pois neste caso nos socorremos da regra geral descrita no artigo 29 do Código Penal, de forma que todos os que concorrerem para o crime respondam nas penas a ele cominada na medida de sua culpabilidade.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica credora que acabou sendo preterida na ordem cronológica de pagamento.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente em admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação, vantagem ou prorrogação contratual em favor do contratado, ou pagar fatura preterindo determinadas pessoas em detrimento de outras. Não se exige dolo específico. Vale ressaltar, contudo, que o STJ já decidiu no sentido de que o especial fim de agir se faz necessário (AgRg Resp nº 1.883.931. J 22-9-2020). Não admite modalidade culposa.

Conduta: Na primeira parte do artigo em comento, os núcleos do tipo consistem em três condutas, sendo elas admitir, possibilitar ou dar causa, ilegalmente, à modificação ou prorrogação do contrato, ou a alguma vantagem do contratado. **Admitir** é anuir, concordar, aceitar. **Possibilitar** consiste em criar meio, viabilizar. **Dar causa** significa

ensejar, propiciar. Na segunda parte do tipo penal, por sua vez, a conduta consiste em pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade. **Pagar** significa quitar, saldar, liquidar a dívida, sendo vedado, contudo, que o pagamento seja feito com inobservância a ordem cronológica estabelecida no artigo 141 da Lei nº 14.133/2021.

Consumação: Na primeira parte se trata de crime formal, cuja consumação se dá com a assinatura do aditamento ou da prorrogação contratual em favor do contratado. Na segunda parte, contudo, a consumação ocorre com o efetivo pagamento antecipado com preterição da ordem cronológica, tratando-se, portanto, de crime material. A tentativa é admissível por se tratar de um crime plurissubsistente, embora de difícil configuração no que tange as condutas incriminadas na primeira parte do artigo em comento.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 93 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-I do Código Penal
Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	**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.

Objeto jurídico: É a lisura e regularidade dos atos que compõe o processo licitatório, cujo objetivo do legislador é evitar que eventual desordem na consecução dos atos afete a igualdade dos concorrentes ou o erário.

Sujeito ativo: Trata-se de crime comum, pois tanto o servidor público quanto o particular podem praticar condutas que impeçam, perturbem ou fraudem atos do procedimento licitatório. Ressalte-se que o servidor público não precisa necessariamente estar ligado ao órgão responsável pelo processo licitatório.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica prejudicada pelo impedimento, perturbação ou fraude do ato atinente ao processo licitatório.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do processo de licitação. Não se exige dolo específico e não admite modalidade culposa.

Conduta: Os núcleos do tipo consistem em três condutas que afetam as etapas componentes do processo de licitação, descritas no artigo 17 da Lei nº 14.133/2021. São elas impedir, perturbar e fraudar. **Impedir** é obstruir, elidir. **Perturbar** é tumultuar, atrapalhar. **Fraudar** é ludibriar, burlar. Vale lembrar que a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, em seu artigo 5º, IV, *b*, considera ato lesivo à Administração Pública a conduta de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público.

Consumação: Na modalidade impedir o crime somente se consuma se o procedimento licitatório efetivamente deixar de ser praticado, tratando-se, portanto, de crime material. Na modalidade fraudar, a consumação se dá no momento em que o agente pratica a ação fraudulenta e no que tange à perturbação ocorre a consumação no momento em que o agente perturba de alguma forma o ato do processo licitatório, seja dificultando, importunando ou por qualquer outro meio, sendo que nestes casos estamos diante de um crime formal, em que a consumação prescinde de prejuízo para os atos de licitação.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 94 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-J do Código Penal
Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.	**Violação de sigilo em licitação** Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

Objeto jurídico: É a lisura do procedimento licitatório sob o aspecto do sigilo exigido por lei, nas modalidades de disputa fechada, consoante artigo 56, II, da Lei nº 14.133/2021, que regulamente as hipóteses em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

Sujeito ativo: Trata-se de crime comum, pois tanto o servidor público quanto o particular podem praticar condutas que propiciem devassa na proposta apresentada no processo licitatório.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica prejudicada pela devassa ilícita na sua proposta.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de devassar ou propiciar a terceiro o ensejo de devassar proposta de concorrência. Não se exige dolo específico e não admite a modalidade culposa.

Conduta: Os núcleos do tipo consistem em duas condutas que afetam o sigilo das propostas apresentadas no processo licitatório. São elas devassar e proporcionar a terceiro o ensejo de devassar. **Devassar** é violar, invadir. **Proporcionar** é propiciar meios, dar oportunidade para que terceira pessoa devasse o conteúdo da proposta sigilosa. Vale lembrar que se tratando de licitação na modalidade concorrência, havendo interesse da administração militar, aplica-se o artigo 327 do Código Penal Militar, cuja pena é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Se a violação do sigilo for perpetrada por funcionário público em razão de recebimento de vantagem indevida, deve responder pelo delito em estudo em concurso material com crime de corrupção passiva do art. 317 do CP.

Consumação: Na modalidade devassar estamos diante de um crime material, em que a consumação se dá no momento em que ocorre a efetiva devassa, ou seja, quando o agente tem acesso ao conteúdo sigiloso. A segunda modalidade, contudo, se consuma com o ato de proporcionar a terceiro a oportunidade violar o sigilo, ainda que não ocorra, tratando-se, portanto, de crime formal.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 95 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-K do Código Penal
Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.	**Afastamento de licitante** Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – reclusão, de 3 (três) 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.

Objeto jurídico: É a Administração Pública, sob o aspecto da regularidade do procedimento licitatório e seu caráter competitivo, além de se tutelar também o respeito à integridade dos concorrentes.

Sujeito ativo: Trata-se de crime comum, pois tanto o servidor público quanto o particular podem praticar condutas que afastem ou tentem afastar algum dos licitantes.

Sujeito passivo: O Estado e secundariamente a pessoa física ou jurídica prejudicada pelo afastamento ou tentativa de afastamento do licitante.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de afastar ou tentar afastar o licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Não se exige dolo específico e não admite modalidade culposa.

Conduta: O núcleo do tipo consiste em **afastar,** que significa fazer o licitante abandonar, desistir ou retirar-se do processo licitatório. O crime pode ser praticado mediante emprego de: (I) violência (*vis* absoluta), que consiste no emprego de força física; (II) grave ameaça (*vis* compulsiva), que consiste numa promessa de mal injusto e grave, iminente e exequível; (III) fraude, que consiste num artifício (fraude material) ou ardil (fraude moral) e (IV) oferecimento de vantagem, que consiste numa oferta de benefício de qualquer natureza. Estamos diante de um crime de atentado ou de empreendimento, pois o tipo penal traz em seu bojo as modalidades consumada e tentada, punindo ambas da mesma forma.

No parágrafo único temos uma modalidade de conduta por equiparação, em que se pune o agente que se abstém (crime omissivo próprio) ou desiste (crime comissivo em que o agente pratica um ato através do qual abandona a licitação) de licitar em razão

da vantagem recebida, criminalizando-se assim a corrupção passiva privada. Vale lembrar que a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, em seu artigo 5º, IV, *c*, considera ato lesivo à Administração Pública a conduta de afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Conforme se verifica nas penas impostas pelo legislador, caso haja emprego de violência, o agente deve responder pelo crime de licitação em concurso material com o crime de lesão corporal ou tentativa de homicídio, a depender do caso. Se a violência consistir apenas em vias de fato a contravenção restará absorvida em razão do princípio da consunção.

Consumação: Nas hipóteses descritas no *caput* temos um crime formal, cuja consumação se dá com a prática da conduta que afasta ou tenta afastar o licitante. Por sua vez, o parágrafo único traz hipótese de crime material, cuja consumação se dá apenas com a efetiva abstenção ou desistência do licitante.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 96 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-L do Código Penal
Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I – elevando arbitrariamente os preços; II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III – entregando uma mercadoria por outra; IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.	**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.

Objeto jurídico: É Administração Pública, sob o aspecto da regularidade do procedimento licitatório e do contrato administrativo dele decorrente, além de se tutelar também o patrimônio público.

Obs.: Sob a égide do artigo 96 da Lei nº 8.666/1993, grande parte da doutrina entendia que a fraude recaísse sobre a contratação de serviços o fato era atípico, vez

que o tipo penal falava expressamente em licitação para aquisição ou vende de bens e de mercadorias. O novo tipo penal, contudo, criminalizou genericamente a conduta de fraudar a licitação ou o contrato dela decorrente, não especificando mais o objeto do contrato. A prestação de serviços, inclusive, é mencionada expressamente nos incisos I e IV do artigo 337-L.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado pelo funcionário público ou pelo particular que ocupe a posição de licitante ou contratado que fraude a licitação ou o contrato dela decorrente, em prejuízo da Administração Pública. Há corrente minoritária sustentando que se trata de crime comum.

Sujeito passivo: A Administração Pública.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de fraudar a licitação mediante a prática das condutas descritas no tipo penal. Não admite modalidade culposa.

Aqui discute-se na doutrina se há exigência de um dolo específico consistente na vontade de causa prejuízo à Administração Pública, com o que não concordamos, pois o intuito do agente é obter vantagem, o que, por via de consequência, acaba causando prejuízo ao erário.

Conduta: O núcleo do tipo é **fraudar,** que significa ludibriar, burlar, tratando-se de crime similar ao estelionato, motivo pelo qual, a doutrina o nomina de estelionato licitatório. Ocorre que a fraude não pode ser empregada por qualquer meio, tendo o legislador especificado as condutas através das quais a fraude pode ser realizada, tratando-se de crime de forma vinculada. Vejamos cada um dos incisos: (I) Aqui a fraude recai sobre a qualidade ou quantidade previstas no edital ou no instrumento contratual. Ocorre por exemplo, quando a Administração Pública celebra contrato para que uma escola pública receba mensalmente duas toneladas de arroz de um determinado tipo. O contratado, contudo, entrega duas toneladas de arroz de um tipo inferior ou entrega o tipo efetivamente contratado mas em quantidade menor; (II) Aqui o objeto é entregue na quantidade contratada, cuja fraude recai, contudo, na mercadoria, que é inadequada, seja em razão de ser falsificada (contém aspecto de original mas é produzida com material de qualidade inferior), seja em razão de ser imprópria para o consumo por que é deteriorada (mercadoria autêntica mas que restou danificada por algum motivo, por exemplo, falta de refrigeração) ou porque está fora do prazo de validade (presumidamente prejudicial à saúde ou que não atende sua finalidade); (III) Aqui a fraude recai sobre a mercadoria, o que se verifica quando o contratado entrega uma pela outra, como por exemplo, quando a Administração Pública adquire uma determina espécie de carne e recebe outra. Mas vale lembrar que o *caput* exige a incidência de prejuízo para a Administração Pública, motivo pelo qual, o crime somente se verifica quando a mercadoria entregue for de qualidade inferior à que deveria ter sido entregue, pois embora haja a troca de mercadoria, inexistindo prejuízo, não há que se falar em crime; (IV) Neste caso a

fraude também recai sobre a mercadoria ou serviço, que sofrem alteração de suas substâncias, qualidade ou quantidade, o que nos parece já ter sido tratado pelo legislador no primeiro inciso deste artigo, que pune a conduta do contratado que **entrega** a mercadoria ou presta o serviço com qualidade ou quantidade diversa da prevista no edital ou nos instrumentos contratuais. Aqui, entretanto, nos parece que o legislador previu uma hipótese em que o próprio contratado pratica a alteração; (V) Aqui o legislador se valeu da interpretação analógica, apresentando uma fórmula genérica após ter citado alguns exemplos de conduta, permitindo assim, que sejam abrangidas outras situações fraudulentas que não tenham sido especificadas nos incisos anteriores, sempre lembrando que em todos os casos a conduta deve acarretar prejuízo para a Administração Pública, não se exigindo, entretanto, que o agente tenha vantagem. Tal cenário é de difícil constatação, porém, factível, como por exemplo, um contratado que não tem mais uma determinada mercadoria em estoque e entrega outra diversa, porém, de mesmo valor, apenas com o fim de cumprir os prazos avençados.

Vale lembrar que a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, em seu artigo 5º, IV, *d*, considera ato lesivo à Administração Pública a conduta de fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

Consumação: Trata-se de crime material, cuja consumação se dá no ato em que ocorre o efetivo prejuízo à Administração Pública.

Ação penal: Pública incondicionada.

Art. 97 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-M do Código Penal
Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	**Impedimento indevido** Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Incide na mesma pena do *caput* deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

Objeto jurídico: É Administração Pública, sob o aspecto da regularidade do procedimento licitatório e do contrato administrativo dele decorrente, além de se tutelar também a moralidade administrativa, que seria afetada diante de uma contratação de uma empresa ou de um profissional inidôneos.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio em todas as suas modalidades, pois as condutas descritas no *caput* e no § 1º, só podem ser praticadas pelo funcionário público que respectivamente tenha competência para admitir o licitante ou celebrar o contrato com parte inidônea. No § 2º, por sua vez, temos como sujeito ativo somente o representante da empresa ou o profissional que tenham sido declarados inidôneos.

Sujeito passivo: A Administração Pública e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo prejudicada pela admissão ou celebração do contrato com parte inidônea.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional que sejam inidôneos. Não se exige dolo específico e nem admite modalidade culposa.

Conduta: O núcleo do *caput* é **admitir** que significa anuir, concordar, aceitar, ao passo que o § 1º prevê a conduta de **celebrar** que significa que significa promover, efetiva.

No § 2º temos figuras equiparadas, em que o legislador pune a conduta daquele que foi declarado inidôneo, prevendo sanções diferentes a depender do momento em que a conduta foi praticada. Se o inidôneo participa da licitação a pena é a do *caput* (reclusão de 1 a 3 anos). Porém, se o inidôneo efetivamente contratar com a Administração Pública a pena passa a ser a do § 1º (reclusão de 3 a 6 anos), vez que havendo a efetiva celebração do contrato a conduta tem maior reprovabilidade.

Consumação: Na figura descrita no *caput* a consumação se dá no momento em que a empresa ou o profissional inidôneo é admitido no processo licitatório e no § 1º a consumação se dá no ato da celebração do contrato, não se exigindo que haja adjudicação do objeto do contrato ao licitante inidôneo nem tampouco que haja prejuízo ao erário.

Ação penal: Pública incondicionada.

Estamos diante de uma norma penal em branco, pois o crime somente se perfaz após a declaração de inidoneidade do licitante, que é uma sanção administrativa declarada em outros dispositivos, tais como artigo 33, V, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), artigo 73, III, da Lei nº 13.019/2014 (Regime Jurídico de Parceiras entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil), artigo 46 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) e o artigo 156, IV da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contrato Administrativos). Vale ressaltar que a declaração de inidoneidade dever ter sido aplicada em processo administrativo com decisão definitiva, podendo o licitante participar de processo licitatório se ainda pender recurso administrativo que busca reverter o *decisum.*

Havendo aplicação de sanção de inidoneidade por qualquer órgão, ela deve incidir em todas as esferas da Administração Pública (federal, estaduais, distrital e munici-

pal) e não ficar restrita àquela que efetuou a punição. Esse, aliás, é o entendimento do STJ. (Resp. nº 520.553/RJ. J. 3-11-2009).

Art. 98 da Lei nº 8.666/1993	Art. 337-N do Código Penal
Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Objeto jurídico: É Administração Pública, sob o aspecto da regularidade do procedimento licitatório, além de se tutelar também a moralidade administrativa, que seria afetada caso restasse prejudicada a competitividade entre os licitantes.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado pelo funcionário público, pois somente este é quem pode obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou ainda, promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.

Sujeito passivo: A Administração Pública e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo prejudicada pela conduta criminosa.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de prejudicar o interessado nos registros cadastrais, por meio da prática de qualquer uma das condutas descrita no tipo penal. Não se exige dolo específico e não admite modalidade culposa.

Conduta: Na primeira parte do tipo temos três núcleos: **obstar,** que significa inibir, embaraçar, **impedir,** que significa inviabilizar, impossibilitar e **dificultar,** que significa complicar, tornar mais dificultoso. Já na segunda parte temos o núcleo **promover**, que significa propiciar, possibilitar. Vale lembrar que o tipo penal em comento traz em seu bojo elementos normativos. Assim, as condutas de obstar, impedir ou dificultar só configuram crime quando praticadas **injustamente**, ou seja, sem justa causa. Por sua vez, a conduta consistente em promover alteração, suspensão ou cancelamento do registro do inscrito, deve ser praticada **indevidamente,** ou seja, de forma ilícita, contrária à lei.

Consumação: Na primeira parte a consumação se dá no momento em que o agente obsta, impede ou dificulta a inscrição do interessado nos registros cadastrais, estando o crime consumado ainda que ele venha a se inscrever posteriormente por força de recurso, por exemplo. Na segunda parte a consumação se dá no momento em que o servidor promove a alteração, suspensão ou cancelamento do registro do inscrito, ainda que ele venha a regularizar sua situação posteriormente. Assim, em qualquer dos casos, estamos diante de um crime formal.

Ação penal: Pública incondicionada.

Lei nº 8.666/1993	Art. 337-O do Código Penal
Não havia tipo penal correspondente na lei revogada.	**Omissão grave de dado ou de informação por projetista** Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. § 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos. § 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

Objeto jurídico: É Administração Pública, sob o aspecto da integridade do procedimento licitatório, além de se tutelar também a moralidade administrativa, que seria afetada caso não fosse selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sujeito ativo: Trata-se de crime próprio, pois só pode ser praticado pelo projetista, considerado como tal o profissional responsável por elaborar o levantamento cadastral ou a condição de contorno, motivo pelo qual só ele pode omitir ou modificar seu conteúdo. No que tange a conduta de entregar entendemos tratar-se de crime comum, desde que o agente atue com dolo.

Sujeito passivo: A Administração Pública e secundariamente a pessoa física ou jurídica que acabou sendo prejudicada pela conduta criminosa.

Elemento subjetivo: É o dolo consistente na vontade de omitir, modificar ou entregar à Administração Pública o levantamento cadastral ou a condição de contorno em desacordo com os ditames legais. Não se exige dolo específico, pois ao mencionar "em frustração ao caráter competitivo da licitação e "em detrimento da seleção da proposta

mais vantajosa" o legislador condições objetivas e não especial fim de agir. Não admite modalidade culposa.

Conduta: O tipo penal traz em seu bojo as condutas de **omitir,** que consiste numa modalidade de crime omissivo próprio e significa ocultar, esconder, **modificar,** que significa alterar e **entregar,** que significa dar, confiar. Vale ressaltar que as condutas devem recair sobre o levantamento cadastral, que se refere ao levantamento topográfico e cadastral que servem de elemento para embasar o anteprojeto e o projeto básico de obras ou serviços, conforme artigo 6º, Incisos XXIV, *h* e XXV, *a*, da Lei nº 14.133/2021. Condição de contorno, por sua vez, é definida no § 1º do próprio tipo penal.

Consumação: Na primeira parte a consumação se dá no momento em que o agente formaliza a documentação afeta ao projeto e ao anteprojeto omitindo o levantamento cadastral ou a condição de contorno. No que tange à modificação a consumação se dá no ato em que o agente altera alguma condição do levantamento cadastral ou da condição de contorno e por fim, no que pertine a conduta de entregar, a consumação se dá no momento em que a Administração Pública recebe formalmente os documentos em dissonância com a realidade.

Ação penal: Pública incondicionada.