

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Felipe Araújo de Sousa

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU
CONTRATO COM A NOVA LEI N.º 14.133/2021**

**Taubaté - SP
2022**

Felipe Araújo de Sousa

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU
CONTRATO COM A NOVA LEI N.º 14.133/2021**

Monografia apresentada para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Penal e Administrativo.

Orientador: Prof. Rodrigo Romeiro.

**Taubaté - SP
2022**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

S725t Sousa, Felipe Araújo de
A tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato com a nova lei N.º 14.133/2021 / Felipe Araújo de Sousa. -- 2022
63f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2022.
Orientação: Prof. Me. Rodrigo Ribas Branco Romeiro,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Licitação pública. 2. Contrato. 3. Fraude. 4. Sanção administrativa.
5. Crime. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 342.9:351.712.2.028

FELIPE ARAÚJO DE SOUSA

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO COM A
NOVA LEI N.º 14.133/2021**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____ Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof.: _____ Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof.: _____ Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família e amigos, por me ajudarem a conquistar meu grande sonho da graduação.

Ainda, quero dedicar este trabalho ao meu orientador, Professor Rodrigo Romeiro, ao qual sou muito grato pela dedicação e paciência, pois serviram como pilares de sustentação para o estudo.

RESUMO

O presente trabalho objetiva realizar estudo comparativo e sistemático do crime de fraude em licitação ou contrato, incorporado pela Lei n. 14.133/21 ao Código Penal. As alterações trazidas pela nova legislação alcançam agentes executores e todos os responsáveis pelas contratações públicas. O estudo estruturou-se em três capítulos, sendo abordados: aspectos conceituais e a base principiológica; a tipificação do revogado art. 96 da Lei n. 8.666/93; e o estudo pormenorizado do crime de fraude em licitação ou contrato, em consonância com os aspectos processuais. A partir da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, concluiu-se que as alterações promovidas foram de grande valia quanto à especificação dos meios executórios e ao maior alcance na persecução de condutas ilegais. Contudo, a falta de previsão quanto aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, entre outras questões, apontam para a incompletude do tipo penal. Ainda, a severidade da nova pena cominada remete a um Direito Administrativo sancionador que almeja mitigar as fraudes nos processos licitatórios e contratos por um caminho apenas repressivo.

Palavras-chave: licitação; contrato; fraude; sanção; crime.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a comparative and systematic study of the crime of fraud in bidding or contract, incorporated by Law no. 14.133/21 to the Penal Code. The changes brought by the new legislation reach executing agents and all those responsible for public contracts. The study was structured in three chapters, being approached: conceptual aspects and the principiological basis; the typification of the revoked art. 96 of Law no. 8,666/93; and the detailed study of the crime of fraud in bidding or contract, in line with procedural aspects. From the legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, it was concluded that the changes promoted were of great value in terms of specifying the enforcement means and the greater scope in the pursuit of illegal conduct. However, the lack of provision regarding the cases of waiver and unenforceability of bidding, between others questions, point to the incompleteness of the criminal type. Still, the severity of the new sentence imposed refers to a sanctioning Administrative Law that aims to mitigate fraud in bidding processes and contracts through a repressive path only.

Keywords: bidding; contract; fraud; sanction; crime.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO PENAL DAS LICITAÇÕES.....	10
2.1	PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO.....	11
2.1.1	Princípio da legalidade.....	11
2.1.2	Princípio da impessoalidade.....	12
2.1.3	Princípio da moralidade.....	12
2.1.4	Princípio da publicidade e transparência.....	13
2.1.5	Princípio da eficiência.....	14
2.2	PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A TIPIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS..	15
2.2.1	Princípio da tipicidade.....	16
2.2.2	Princípio da codificação.....	17
3	A FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO NA LEI N. 8.666/93.....	21
3.1	LICITAÇÃO.....	21
3.2	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	23
3.3	A FRAUDE.....	25
3.4	O ART. 96 DA LEI N. 8.666/93.....	27
3.4.1	Considerações iniciais e a questão da pena mínima.....	28
3.4.2	O bem jurídico tutelado.....	29
3.4.3	Objeto material.....	30
3.4.4	Sujeitos do crime.....	31
3.4.5	Os meios executórios.....	33
3.4.6	Elemento subjetivo.....	36
3.4.7	Consumação e classificação doutrinária.....	37
4	A FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO SEGUNDO O ART. 337-L DO CÓDIGO PENAL.....	40
4.1	A CONVIVÊNCIA LEGAL ENTRE A LEI N. 8.666/93 E A LEI N. 14.133/21.....	40
4.2	<i>ABOLITIO CRIMINIS E NOVATIO LEGIS IN PEJUS.....</i>	41

4.3	EXPOSIÇÃO DO TIPO, SUJEITO PASSIVO E APLICABILIDADE.....	43
4.3.1	A fraude no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação.....	44
4.4	OS MEIOS EXECUTÓRIOS.....	47
4.4.1	Entrega de mercadoria ou prestação de serviços.....	47
4.4.1.1	<i>A inovação legislativa quanto à prestação de serviços.....</i>	48
4.4.2	Mercadoria falsificada, deteriorada, inservível ou fora do prazo de validade.....	48
4.4.3	Entrega de uma mercadoria por outra.....	49
4.4.4	Alteração da substância da mercadoria ou serviço.....	50
4.4.5	Outros meios fraudulentos.....	50
4.5	A MODIFICAÇÃO DA PENA NO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO E CONTRATO E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL.....	51
4.5.1	A previsão do regime de reclusão e o <i>quantum</i> sancionador.....	52
4.5.2	A ação penal nos crimes em licitações e contratos administrativos.....	53
4.5.3	A suspensão condicional do processo, da pena e a transação penal na fraude em licitação ou contrato.....	54
4.5.4	A (in)aplicabilidade do acordo de não persecução penal no crime de fraude em licitação ou contrato.....	55
5	CONCLUSÃO.....	58
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O processo licitatório é o instrumento utilizado para identificar a viabilidade da contratação pela Administração Pública, devendo os envolvidos zelarem pelos valores éticos e morais que a cercam. Diante do exposto, a transcrição do crime de fraude em licitação ou contrato, através da Lei n.º 14.133/21, trouxe algumas mudanças que podem amoldar o *modus operandi* do agente público.

O presente estudo visa analisar como o crime de fraude em licitação ou contrato, previsto atualmente no art. 337-L do Código Penal, está tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, observando os pontos relevantes trazidos pela Lei n. 14.133/21. Pretende, também, realizar estudo comparativo com o disposto na Lei n. 8.666/93, cujas sanções estipuladas foram revogadas. Ademais, almeja investigar se a nova lei de licitações e contratações administrativas, no que tange ao crime proposto, viabiliza uma repressão mais eficaz com relação aos aspectos processuais.

O referente para a pesquisa será a progressiva necessidade de transparência nos processos licitatórios e contratos administrativos decorrentes, onde a categorização de atos dos agentes públicos é essencial para coibir as diversas ilegalidades. Nesse ínterim, a transição legislativa da Lei n. 8.666/93 para a Lei n. 14.133/21 ansia por estudos colacionados sobre os novos tipos penais incluídos no Código Penal Brasileiro.

O tema será abordado sobre a ótica legislativa, doutrinária e jurisprudencial, onde colocar-se-à em confronto o dispositivo revogado e a nova tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato. Importante realizar o estudo sistemático e comparativo, pois garante-se uma real compreensão das alterações, além de apontar as suas consequências.

A publicação da nova lei de licitações e contratos é um passo importante na evolução legislativa brasileira. No entanto, devido aos diversos meios especializados de fraudes e a falta de medidas de proteção e repressão dos órgãos de controle, o Poder Judiciário encontra dificuldades em aplicar, de maneira profícua, as normas penais relacionadas. Sendo o crime de fraude em licitação ou contrato um dos crimes mais recorrentes no âmbito das contratações públicas, entender a sua estrutura é mister para os agentes executores e fiscalizadores.

O trabalho estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro os princípios da Administração Pública e os conceitos iniciais sobre o Direito Penal nas licitações. No segundo capítulo, abordaremos o crime definido no art. 96 da Lei n. 8.666/93, revogado pela Lei n. 14.133 e embrião do atual art. 337-L do Código Penal. Já no terceiro capítulo, a pesquisa tratará, propriamente, da tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato no Código Penal, realizando uma abordagem material e processual. Objetiva-se, assim, enumerar as condutas ilegais e entender o caminho da persecução penal, em estudo comparativo com a legislação superada.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO PENAL DAS LICITAÇÕES

É mister, antes de iniciar o estudo propriamente dito dos crimes em licitações e contratos administrativos, com enfoque no novo art. 337-L do Código Penal (BRASIL, 1940), analisar a base principiológica que ampara e orienta os tipos penais.

A cada revisão legislativa, as razões e finalidades devem permanecer coadunadas a princípios que, no caso em questão, permeiam o Direito Administrativo e o Direito Penal. Ou seja, “o desenvolvimento dos princípios administrativos e da ideia de supremacia do interesse público até a respectiva constitucionalização impôs ao legislador a regulação da matéria e a tipificação de infrações administrativas e, em seguida, penais.” (ARAUJO, 2012, p. 82).

No escopo dos princípios gerais, o art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é claro em descrever a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência como norteadores da administração pública direta e indireta dos entes federativos.

Em complemento, o art. 5º da Lei n. 14.133/21 (BRASIL, 2021) apresenta vários princípios também a serem observados:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Alguns doutrinadores alertam sobre a real necessidade dessa sistemática, haja vista que

a multiplicação de princípios reduz a segurança jurídica. A potencial contradição de soluções propiciadas por múltiplos e diversos princípios implica o risco de interpretações distintas e conflitantes entre os órgãos administrativos e as instituições de controle. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 94).

Estima-se, com a dada linha de pensamento, que a legislação especial sobre licitações e contratos deveria ser eminentemente composta por regras, evitando prevalecer alguma interpretação que reflita concepções subjetivas.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sendo o Direito Administrativo pautado na legalidade e na supremacia do interesse público, justo expor os pressupostos básicos que orientam os executores, gestores e órgãos de controle na consecução da Administração Pública.

Alguns princípios fazem parte do próprio modelo de Estado de Direito, determinados pela própria Constituição Federal em seu art. 37. Outros, por sua vez, estão especificamente ligados a processos no âmbito da Administração.

2.1.1 Princípio da legalidade

A legalidade corresponde a uma das principais garantias do Estado de Direito, onde a lei estabelece os limites de atuação dos individuais perante os interesse coletivos. Com este princípio, a Administração Pública só está autorizada a agir dentro do que a lei permite.

Esta premissa difere-se das relações entre particulares, que encontra na autonomia da vontade o cerne de suas ações, permitindo-lhes agir desde que a lei não proíba. Em consequência, “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.” (DI PIETRO, 2020, p. 220).

No Direito Penal, o princípio da legalidade (reserva legal) constitui uma limitação do poder estatal punitivo. De acordo com o preceito *nullum crime, nulla poena sine lege*, não há persecução penal de conduta não tipificada (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal). Como bem explica Bitencourt (2021, p. 80): “O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça”.

Sobre a aplicação do princípio da legalidade com a Lei n. 14.133/21, há necessidade de examinar, no caso concreto, qual disposição será aplicada,

invocando-se o brocardo *tempus regit actum*. Acontece que a nova legislação revogou os crimes antes previstos na Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 1993), que passaram a integrar a Parte Especial do Código Penal. Com isso, eventuais retroatividades e irretroatividades devem ser relatadas, haja vista que somente a lei menos gravosa pode retroagir para beneficiar o infrator.

Ainda, como o novo diploma concedeu à Lei n. 8.666/93 a vigência por mais dois anos, referente às cláusulas não penais, a Administração Pública poderá optar pelo uso da lei anterior, gerando consequências penais e discussões acerca da aplicação do princípio da legalidade.

2.1.2 Princípio da impessoalidade

Com relação ao princípio da impessoalidade, pode-se dizer que está ligado à própria finalidade da Administração Pública. Como bem elenca Di Pietro (2020, p. 225), “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”. Dessarte, a definição de Justen Filho (2021, p. 115) é de grande valia quanto ao novo diploma das licitações e contratos:

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos sujeitos privados que participam de qualquer atividade administrativa relacionada com a licitação e a contratação administrativa, ressalvadas eventuais exceções compatíveis com o direito.

O desvio de finalidade do objeto licitado, em consonância com a satisfação de interesses privados, circunda vários dispositivos penais trazidos pela Lei n. 14.133/21. Nesse contexto, o próprio art. 337-L do Código Penal incrimina condutas que vão em contramão do interesse coletivo, levando prejuízo à Administração através de fraudes e benefícios direcionados a particulares.

2.1.3 Princípio da moralidade

Em consonância com a legalidade está o princípio da moralidade. Está estritamente ligado à probidade, cuja matéria é tratada na Lei n. 14.230/21 (nova lei

sobre improbidade administrativa) (BRASIL, 2021), diploma atual e contextualizado com a Lei n. 14.133/21.

Dada a ausência de especificidade, a moral deve ser entendida no âmbito das licitações e contratos como a atuação do agente público pautada pela honestidade e seriedade. Desse modo, vários dispositivos de natureza penal condenam a prática da imoralidade, sendo esta o “oportunismo, na acepção de obtenção de benefícios indevidos, aproveitando-se de circunstâncias que impedem ou dificultam o controle externo.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 137).

A moralidade compõe o próprio bem jurídico tutelado pelo crime do art. 337-L do Código Penal, haja vista que há proibição, através da fraude, de um interesse particular sobrepor o interesse coletivo.

A jurisprudência recorre usualmente ao princípio da moralidade, permeando os órgãos de controle externo e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A título de exemplo, o Tribunal de Contas da União (TCU) condena a participação de empresas geridas por pessoas com relações de parentesco em processos licitatórios, sendo elas únicas no certame. Tal vedação, por não haver previsão legal, foi orientada pelo respeito à moralidade e probidade administrativa.

2.1.4 Princípio da publicidade e da transparência

Ligado a atividade dos órgãos de controle está o princípio da publicidade. Em claro conceito, refere-se à divulgação dos “atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade.” (DI PIETRO, 2020, p. 784).

Não havendo restrição do acesso de informações imprescindíveis à segurança do bem coletivo, a Lei n. 12.257/11 (BRASIL, 2011) consagrou a garantia constitucional de informações, prevendo, ainda, sanções incidentes nos casos de infração ao dever de informar.

Importante destacar que alguns procedimentos licitatórios são abarcados pelo sigilo, onde a divulgação, de maneira equivocada, é tema de norma penal. O art. 337-J do Código Penal, também com redação disposta pela lei de licitações, condena o ato de devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório

ou proporcionar a terceiro que o faça. Aqui, o sigilo é tido como essencial para assegurar a competição e a igualdade durante o certame licitatório.

Nesse sentido, “a proteção do sigilo das propostas apresentadas no procedimento licitatório é condição fundamental para o sucesso de tal empreendimento, tanto no interesse da Administração Pública quanto dos próprios concorrentes.” (BITENCOURT, 2021. p. 286).

A Lei n. 14.133/21 trouxe várias regras específicas que coadunam com a publicidade dos atos da Administração Pública, corroborando com a atividade fiscalizatória e repressiva tanto do órgãos de controle quanto da própria sociedade. Como exemplo, as normas sobre divulgação de editais, registros cadastrais, sistema de registro de preços e credenciamentos reforçam a preocupação do legislador em dar acesso à informação

Intimamente ligado à publicidade está o princípio da transparência, que se refere à identificação dos atos praticados pela Administração Pública. Prima-se pela explicação de Justen Filho (2021, p. 127):

Pode-se reputar que a transparência constitui-se em impedimento a práticas que impeçam ou dificultem a identificação de ações administrativas e de seu conteúdo. Em muitos casos, a ausência de transparência compromete a publicidade, eis que é difícil, senão impossível, o conhecimento quanto à existência de certa conduta.

2.1.5 Princípio da eficiência

A partir da Emenda Constitucional n. 19/98 o princípio da eficiência foi explicitamente disposto no art. 37 da Carta Magna. Na exposição de motivos, o legislador procurou incorporar à Administração Pública a dimensão da eficiência, a fim de gerar mais benefícios com a relação Estado, prestação de serviços e recursos disponíveis.

Não há como dissociar os conceitos de eficiência, eficácia e economicidade. Como bem elucida Justen Filho (2021, p. 143),

o princípio da eficácia envolve uma análise das alternativas disponíveis para a ação da Administração Pública, tomando em vista os recursos e outras possibilidades. A máxima eficácia corresponde ao melhor aproveitamento possível desse potencial. Por exemplo, viola o princípio da eficácia a aquisição, ainda que pelo menor preço, de um produto destituído de aptidão para satisfazer as necessidades existentes.

Os procedimentos licitatórios, regulamentados desde a Lei n. 8.666/93, já tratavam sobre a eficiência dos atos administrativos. A obtenção da contratação mais vantajosa possível é o cerne do processo de aquisição, onde a manipulação dos recursos escassos deve buscar a solução contratual economicamente mais viável sem, contudo, divergir do objeto preterido.

Nesse íterim, o art. 337-L, V do Código Penal, ao condenar qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato, é consonante ao princípio da eficiência, tipificando a conduta do agente que traga prejuízo econômico aos cofres públicos.

Os princípios acima mencionados estão objetivamente dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o que não esgota todo o arcabouço principiológico estruturante das licitações e contratos.

O art. 5º da Lei n. 14.133/21, já dimensionado, enumera vários outros princípios que atingem procedimentos especiais e orientam o agente público. Dentre eles, a segregação das funções, que reflete a vedação à concentração de atribuições a um único agente e a limitação do poder pelo próprio poder; a vinculação ao edital, sendo este a “lei” do processo licitatório, definindo o real objeto da aquisição; o desenvolvimento sustentável, onde os objetos de licitação devem estar de acordo com a legislação ambiental e seguir regras de produção e manufatura sustentáveis, dentre outros.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A TIPIIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS

Para melhor correspondência e entendimento acerca da nova tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato, além dos princípios gerais da Administração constitucionalmente definidos, faz-se preponderante esclarecer outras diretrizes valorativas.

Estas, por sua vez, são pressupostos que norteiam o Direito Penal das licitações, definindo quais condutas devem ser coibidas, o poder sancionador do Direito Administrativo e os motivos da incorporação dos crimes em licitações e contratos administrativos na Parte Especial do Código Penal.

2.2.1 Princípio da tipicidade

Antes do conceito de tipificação, considerações sobre a responsabilidade administrativa e penal merecem enfoque. Haja vista que tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo preveem normas de natureza sancionadora, importante distinguir sobre quais sujeitos e condutas a lei pretende atingir.

A responsabilidade administrativa é a submissão do sujeito que atuou em desconformidade aos deveres na esfera administrativa. Por efeito, as sanções administrativas não podem afetar questões externas à esfera administrativa. Nesse contexto, a imposição de sanções administrativas possuem uma função punitiva, que submetem o infrator a um sofrimento equivalente ao produzido por sua conduta; uma função de desincentivo, submetendo o agente a atuar conforme a regulamentação; e uma função preventiva, vedando o sujeito a uma reincidência (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.594).

Já a responsabilidade penal, operacionalizada pelo Poder Judiciário e premeditando um devido processo penal, impõe penas que atingem aspectos pessoais do sujeito. Pode gerar efeitos em vários planos existenciais como, por exemplo, no direito fundamental à liberdade.

Nesse contexto,

uma mesma conduta pode configurar violação nas duas ordens, o que conduzirá à aplicação tanto da sanção de direito administrativo como daquela de direito penal. Quanto mais grave a infração administrativa, tanto mais provável é a configuração também de um ilícito penal. Sob outro prisma, muitas condutas são consideradas como penalmente irrelevantes, mas podem comportar sanção administrativa grave (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.595).

Dada a complexidade das relações jurídico-administrativas atuais, não se pode analisar de maneira estanque a responsabilidade penal e a administrativa. Inequivocamente, a Lei n. 14.133/21 adere aos princípios fundamentais do Direito Penal, com a perspectiva de adequar às peculiaridades inerentes às atividades administrativas. O art. 156, §1º enumera as condições observadas no dimensionamento das sanções administrativas, em consonância com pressupostos penais:

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Nesse sentido, importante seria um equilíbrio entre os dois ramos do Direito, que “não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional.” (BITENCOURT, 2021, p. 97).

Entender a responsabilidade administrativa e penal é relevante quando se discorre sobre os dispositivos da Lei n. 8.666/93 referentes às sanções administrativas e os crimes nela antes previstos. Mesmo com a edição da Lei n. 14.133/21, há questionamentos sobre a tipicidade das infrações penais e administrativas e a devida correspondência com as sanções.

O princípio da tipicidade deriva do mesmo art. 37 da Constituição Federal, além de outros dispositivos que exponham o respeito à legalidade. Tipificar é

conferir ao cidadão a possibilidade de escolher entre o certo e o errado, bem como informá-lo sobre as consequências de suas opções. Assim, somente poderão ser consideradas infrações aqueles comportamentos anteriormente previstos na norma como tais. Trata-se da exigência de *lex previa*. Outra decorrência do princípio da tipicidade é a obrigação de definir ou descrever de forma satisfatória a conduta infracional e a sanção respectiva. (GUEDES, 2013).

A existência de direitos e garantias fundamentais perpassa pela previsão anterior do que vem a ser uma conduta ilícita e a sua sanção correspondente. Ademais, “tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a tornar possível a todo sujeito escolher entre o lícito e o ilícito.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.597).

A indeterminação do cabimento das sanções era uma grande crítica à Lei n. 8.666/93, que descrevia as espécies, mas não explicitava adequadamente a conduta ilícita associada.

Alguns doutrinadores alertam quanto a relação complexa estabelecida entre sujeito e Administração, chamando-a de sujeição especial. Com essa corrente, admite-se que há uma relação estatutária, de execução contínua e que se prolonga no tempo. Desse modo, há impossibilidade de adoção do princípio da tipicidade, que dificultaria o sancionamento à infrações relevantes (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1599).

Em contrapartida, há quem enuncie que a falta de correspondência entre sanções e infrações, durante toda a vigência da Lei n. 8.666/93, poderia esvaziar a persecução penal administrativa. O art. 87 dessa lei prevê as sanções de advertência, multa, suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar e declaração de inidoneidade, sem, todavia, explicitar o *quantum* a cada infração. Nesse sentido, “no tocante à estipulação do núcleo essencial do comportamento proibido e de sua valoração, o legislador poderia ter se esforçado mais no sentido de dar-lhes maior concretude.” (GUEDES, 2013).

Diante de tal cenário, a lei de licitações trouxe em seu art. 156 dispositivos mais objetivos e adequados, visando superar as insuficiências da lei anterior. Em uma visão integradora dos princípios do Direito Penal com o Direito Administrativo, procurou-se dirimir algumas incertezas jurídicas, direcionando a espécie de sanção à infração.

Como será tratado posteriormente, a desvinculação dos crimes em licitações e contratos da legislação especial, incorporando, atualmente, o próprio Código Penal, traz uma série de consequências jurídicas. Nesse diapasão, a tipicidade torna-se a primeira análise a ser realizada, a fim de evitar uma incorreta conformidade entre conduta ilegal e sanção prevista.

2.2.2 Princípio da codificação

Seguindo a concepção sistemática de uniformizar as infrações, parte-se para o estudo do princípio da codificação. Para o desenvolvimento, considera-se lei penal não somente aquelas contidas no Código, mas também todo o arcabouço legal especial que prevê o binômio tipo e sanção.

O Código Penal, estruturalmente, é composto pela Parte Geral, que define regras genéricas à lei, perpassando pela teoria do crime e da pena; e pela Parte Especial, que tipifica, por afinidade de bem jurídico atingido, as condutas reprováveis e suas respectivas penas.

Em complemento, a legislação extravagante, que contém normas de natureza penal, acaba sendo uma saída à falta de celeridade do processo legislativo. Isso acontece porque os novos comportamentos anti-sociais são mais facilmente tipificados pela lei comum do que por alguma alteração no Código Penal. No

entanto, “a legislação extravagante deveria limitar-se a tratar de questões relevantes e merecedoras de regras específicas de caráter penal, que seriam acrescidas em normas de conteúdo extralegal.” (REIS, 2010).

Tal entendimento vai de acordo com o art. 89 a 99 da Lei n. 8.666/93, que previa os crimes e as penas para as condutas reprováveis no exercício das licitações e contratos.

Com a disposição da Lei n. 14.133/21, que em seu art. 178 altera o Código Penal, acrescentando o Capítulo II-B (Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos), os crimes da lei passaram a compor a mesma organização sistemática disposta no Código. Nesse sentido, “não se trata de uma alteração simplesmente formal. A dimensão sistemática da questão é relevante. O influxo do subsistema normativo penal afeta a compreensão de normas produzidas por dispositivos legais com redação similar.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.722).

O princípio da codificação ampara esse movimento legislativo, na medida que exprime uma organização adotada por vários ramos do Direito. A própria expressão “codificação” diz respeito à reunião, em um só corpo, de normas jurídicas relativas a um campo.

A Constituição Federal, no art. 59, parágrafo único, outorga a necessidade de Lei Complementar dispor sobre a “consolidação” das leis. Com isso, o art. 13 da Lei Complementar n. 95 diz: “As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal”. (BRASIL, 1998).

Ainda, importante diferenciação deve ser exposta:

A “consolidação” também consiste na reunião de leis esparsas em um único corpo legislativo, dispostas numa ordem uniforme. Entretanto, enquanto a consolidação se preocupa simplesmente com a organização de textos normativos, a codificação tem por objetivo a sistematização de princípios e regras necessárias para a interpretação e aplicação das leis relativas a um ramo do Direito.” (REIS, 2010).

Percebe-se que o legislador brasileiro prima por uma organização sistêmica e harmoniosa das normas jurídicas, inclusive penais. Em concordância, “a falta de legislação codificada e, em especial, a revisão periódica dos códigos, permite tipos penais com penas absurdamente desproporcionais frente a outros bens jurídicos

mais relevantes.” (MORAES, 2013). Em outras palavras, a codificação é um instrumento preponderante para a segurança jurídica do ordenamento.

A lei de licitações, ao levar crimes para o Código Penal, insere-os em ambiente interpretativo consubstanciado, afetando a própria persecução penal. Ou seja, “não havia, porém, um tratamento amplo e sistemático destinado a reprimir as possíveis e reprováveis condutas praticadas no âmbito de licitação. De igual modo, não havia regramento específico visando repressão penal no âmbito da execução dos contratos administrativos.” (JUSTEN FILHO, 2021).

Por outro lado, a codificação exacerbada de leis penais pode gerar uma rigidez que não acompanha as modificações sociais. Como dito, o processo legislativo carece de celeridade, onde os Códigos não conseguem acompanhar as novas condutas anti-sociais. Fica-se com a conclusão de Reis (2010):

A codificação das normas penais acarreta vantagens e desvantagens. O Código Penal unifica a legislação criminal do Estado, estabelecendo, em todo o território brasileiro, a vigência de um estatuto único. Favorece, ainda, a análise e compreensão do Direito Penal. Propicia uma compatibilidade lógica entre suas regras, dispostas de forma harmônica e despida de contradições. Por outro lado, apresenta-se como uma das desvantagens da codificação a dificuldade de adaptação dos Códigos às modificações que se operam na sociedade e às novas descobertas na área tecnológica.

3 ESTUDO DO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO NA LEI N. 8.666/93

Inicialmente, propôs-se esclarecer qual arcabouço valorativo, baseado nos princípios da Administração Pública, que ampara as infrações penais da lei de licitações e contratos. Parte-se, agora, para o estudo comparativo e concatenado do crime de fraude em licitação ou contrato.

Conceitos iniciais sobre o tipo penal serão apresentados, esclarecendo o que vem a ser “fraude”, no escopo das licitações e contratos, e em quais circunstâncias a sanção será aplicada. Ademais, expor-se-á a conduta tipificada e revogada do art. 96 da Lei n. 8.666/93.

3.1 LICITAÇÃO

Seguindo o descrito no próprio *caput* do art. 96 da Lei n. 8.666/93 e do art. 337-L do Código Penal, mister esclarecer alguns aspectos: o processo licitatório, o contrato dele decorrente e o que é fraude.

Em explicação clara, licitação é

o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2020).

Com outro conceito, “trata-se de um procedimento administrativo por meio do qual o Poder Público procura selecionar a proposta mais vantajosa para os interesses da coletividade nos termos expressamente previstos no edital.” (SPITZCOVSKY, 2019, p. 511).

Percebe-se que a atuação do ente público é o cerne da natureza licitatória. Nesse diapasão, os atos procedimentais formam um processo administrativo, garantindo à licitação “uma sucessão de atos jurídicos, ordenados de maneira lógica e visando a seleção da proposta mais vantajosa.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 256).

Como dispõe o art. 1º, §1º da Lei n. 14.133/21, em relação aos seus destinatários, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias não são abrangidas por esta lei. Contudo, em matéria penal, o próprio

dispositivo expressa como exceção, onde a repressão aos crimes em licitações e contratos administrativos também são aplicáveis às sociedades estatais.

Sem embargo, cumpre registrar que a Lei n. 13.303/2016 (BRASIL, 2016), que trata sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Havendo algum enfrentamento de mérito, os destinatários da lei de licitações poderão ser alterados.

Por ser um processo administrativo, entende-se que há um conjunto de atos preparatórios ligados a um objetivo final. O instrumento convocatório, materializado principalmente pela figura do edital, é o documento formal que indica quais as condições do processo licitatório. É a própria lei da licitação. Já o objetivo é a própria celebração do contrato, que criará o arcabouço de direitos e deveres entre Administração Pública e o contratado.

A concepção que deve ficar é que “a licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades (...) Ou seja, realizar uma licitação somente merece aplausos quanto atingido o resultado pretendido.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 257). Isso acontece porque há inúmeros encargos econômicos e não econômicos ligados a uma licitação, abrangendo pessoal e meios garantidores da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

O art. 11 da Lei n. 14.133/21 alude aos objetivos da licitação. Com uma terminologia diferente, porém já consagrada na Lei n. 8.666/93 em seu art. 3º, estabelece os resultados cumulativos ligados à vantajosidade para a Administração:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

O inciso I trata da seleção da proposta mais vantajosa, não devendo esta ser confundida com a de menor preço. Ademais, reafirma a preocupação com o ciclo de vida do objeto, que remete a todas as etapas de produção.

O inciso II é ligado ao princípio da isonomia, já mencionado no estudo, que se refere à justa competição entre os licitantes, corroborando para a repressão dos cartéis e para a seleção da melhor proposta.

Já o objetivo expresso inciso III está intimamente ligado às normas penais. A economicidade, a coibição de práticas abusivas e repressivas e o respeito à moralidade pública são questões inerentes ao estudo dos crimes em licitações e contratos.

Com relação à competência para legislar sobre licitação, o art. 22 da Constituição Federal atribui para a União a edição de normas gerais, ficando para os Estados, Distrito Federal e Municípios a competência para normas específicas. Obviamente, cada ente federativo realiza a abertura de processos licitatórios dentro de sua esfera de atuação.

O tema geral sobre licitações é de ampla complexidade, gerando um estudo cuidadoso sobre suas modalidades e procedimentos. O contrato acaba sendo o resultado desse processo, formalizando e tutelando os interesses da coletividade.

3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A definição de contrato administrativo deve perpassar por sua diferenciação ao contrato privado. Enquanto neste prevalece a autonomia da vontade, típica do Direito Civil, naquele prima-se pelo interesse da coletividade, expresso pela Administração Pública. Nesse contexto, adota-se a corrente de que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato. Em suma,

enquanto no direito privado prevalecem os atos jurídicos bilaterais – os contratos –, a Administração Pública utiliza-se essencialmente de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum, tais como as prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo. (DI PIETRO, 2020, p. 567).

Em conceito básico, os contratos administrativos são “todos aqueles ajustes celebrados pela Administração Pública por meio de regras previamente estipuladas

por ela, sob um regime de direito público, visando à preservação dos interesses da coletividade.” (SPITZCOVSKY, 2019, p. 593).

A fim de facilitar a compreensão, Di Pietro (2020, p. 569) enumera as características básicas dos contratos gerais: acordo voluntário de vontades; interesses e finalidades contraditórios e opostos; e produção de efeitos jurídicos recíprocos. Ainda, traz os aspectos estritos e próprios dos contratos administrativos: presença da Administração Pública como Poder Público; finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusula exorbitantes; e mutabilidade.

Vale destacar que as cláusulas exorbitantes referem-se àquelas que seriam ilegais em contratos entre particulares, garantindo a supremacia do interesse público. É a exigência de garantia, a possibilidade de rescisão e alteração unilateral, a fiscalização, a aplicação de cláusulas penais, dentre outras.

Em consonância, dotado de imperatividade, o contrato administrativo impõe, de forma unilateral, as cláusulas a serem obedecidas. “Aos olhos dos particulares, os contratos administrativos surgem como ajustes de adesão, visto que não podem eles interferir de maneira alguma quando de sua elaboração.” (SPITZCOVSKY, 2019, p. 593).

O art. 89 da Lei n. 14.133/21 inicia os dispositivos sobre contratos no novo diploma:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. § 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

A hermenêutica do *caput* indica que há aplicação automática das normas legais de direito público, aplicando, de forma supletiva, disposições legais do direito privado. Contudo, a doutrina moderna procura adotar um entendimento sistemático dos dispositivos contratuais, onde “a tese tradicional não se afigura como a mais

compatível com a Lei 14.133/21. A estrutura sistemática do diploma é orientada a promover a consagração da autonomia da Administração para formular as soluções mais satisfatórias.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.209).

Nesse íterim, a aplicação supletiva de normas contratuais do direito privado dependem do caso concreto. Ademais, a edição da Lei n. 14.133/21 traz pressupostos importantes sobre a prevalência das cláusulas de contrato, não sendo “cabível invocar, depois de concluída a licitação e formalizada a avença, a incompatibilidade da disciplina concretamente adotada em face da lei.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.210).

Importante frisar que mesmo quando o contrato não for precedido de processo licitatório, deverá vincular-se aos procedimentos estabelecidos no art. 89. As condicionantes da Administração Pública e as propostas dos particulares, nas contratações diretas, continuam abrangidas pelos instrumentos convocatórios e normais gerais.

Com relação às infrações e sanções administrativas, o art. 155 da Lei n. 14.133/21 responsabiliza aquele que dá causa à inexecução parcial ou total do contrato. Tal comportamento terá reflexo na esfera administrativa, ensejando as sanções já comentadas do art. 156, e na esfera penal, que alude aos novos crimes em licitações e contratos.

A concentração proporcionada pelo Capítulo II-B do Código Penal, interligando as licitações com os seus resultados contratuais, indica que o legislador não pretende analisar os atos administrativos ilegais de maneira estanque. Os tipos penais descrevem os procedimentos licitatórios como preponderantes, ensejando responsabilização desde logo.

Com isso, compreender os objetivos da licitação e as consequências de um contrato vicioso, torna-se relevante no estudo das diversas condutas fraudulentas que circundam a realidade fática do Direito Administrativo e Penal brasileiro.

3.3 A FRAUDE

Inaugurando a análise estrita do tipo penal, mister entender o que vem a ser a fraude, principalmente, quando ligada ao processo licitatório e à celebração dos contratos administrativos.

É sabido que tanto nas negociações particulares como naquelas em que figuram a Administração Pública a prática comercial é envolvida por artifícios de mercado, a fim de que o lucro ou a proposta mais vantajosa sejam expostas. A grande questão é decifrar quando a prática comercial atinge o moralmente aceito, ultrapassando a legalidade e configurando a ilicitude.

Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 144), “a ilicitude começa quando se extrapolam os limites da ‘malícia’ e se utilizam o engano e o induzimento a erro para a obtenção de vantagem, em prejuízo de alguém”. Com essa ação, identifica-se a fraude.

Em definição concreta, baseada na análise do próprio tipo penal do art. 337-L do Código Penal, Justen Filho (2021, p. 1.747) afirma que

a fraude consiste na prática artilosa, por meio da qual o sujeito oculta ou tenta impedir a revelação de que a prestação por ele executada não corresponde àquela prevista contratualmente, visando a obter proveito em virtude da apropriação de ganhos decorrentes do inadimplemento.

Em outra definição, porém concomitante, “fraudar” é

usar ou utilizar manobra artilosa, astuciosa, isto é, realizada com emprego de artifício. Fraude, em outros termos, é a utilização de artifício, de estratagemas, de engodo ou artil para vencer a vigilância da vítima ou responsável pela vigilância. (BITENCOURT, 2012, p. 147).

Questionamentos acerca do alcance da fraude e suas espécies permeiam a doutrina e jurisprudência. Nesse ínterim, a fim de dirimir possíveis dúvidas, entende-se que “fraude é fraude em qualquer espécie de ilicitude - civil ou penal - repousando eventual diferença entre ambas tão somente em seu grau de intensidade.” (BITENCOURT, 2012, p. 145).

Na execução dos procedimentos licitatórios, diversos tipos de fraudes podem ser relacionados. Destaca-se o superfaturamento, quando o preço praticado está injustificadamente superior ao do mercado; o acordo antecipado entre os licitantes e o agente público responsável pela licitação; e o direcionamento da licitação. Este último, consiste “na exigência de qualificações técnicas muito detalhadas e específicas para prestação de serviço ou compra de produto, geralmente beneficiando apenas um dos concorrentes.” (MAREZI, 2018, p. 12).

Com esse contexto, poderiam ser expostos diversos meios fraudulentos que a tecnologia e o advento do pregão eletrônico trouxeram. Para que o estudo permaneça focado na esfera penal, com análise estrita aos crimes em que a fraude se apresenta, opta-se pela simples menção.

No capítulo II-B do Código Penal, vários foram os delitos que admitiram o núcleo “fraudar”. Está presente no art. 337-F (Frustração do caráter competitivo de licitação); no art. 337-I (Perturbação de processo licitatório); no art. 337-K (Afastamento de licitante); e no art. 337-L (Fraude em licitação ou contrato), objeto do presente estudo.

Desse modo, fica claro que os diplomas legais estão incisivos quanto ao combate à fraude. Trata-se de conduta ilícita rotineira, incorporando os mais diversos processos licitatórios e contratos firmados pela Administração Pública. Para exemplificar, Pinheiro (2021, p. 10) bem apresenta:

Nem mesmo a situação de pandemia casada pela COVID-19 (que só no Brasil matou, por ora, mais de 408.000 pessoas) foi capaz de frear essa rotina ordinária da corrupção nas contratações públicas, em que o lema “salvar vidas” foi entoado para justificar a construção de hospitais de campanha com inequívoco sobrepreço, bem como para a compra de respiradores também com valores demasiadamente superiores aos praticados pelo mercado no período da pandemia, o que ocorrem, em vários casos, por meio de empresas de fachada, que, além de não entregarem o prometido, pagavam propina para muitos dos agentes públicos responsáveis pelas contratações.

Indispensável é, para a correta denúncia do crime do art. 337-L, descrever em que consiste a fraude. A partir da análise dos incisos, permite-se demonstrar que, neste ilícito,

a conduta de fraudar pode ser executada ‘elevando os preços’, ‘vendendo’ mercadorias inadequadas, ‘entregando’ uma mercadoria por outra, ‘alterando’ a essência da mercadoria fornecida ou ‘tornando’, injustamente, a proposta ou contrato mais oneroso. (BITENCOURT, 2012, p. 412).

Importante ressaltar que a fraude não estipula caráter taxativo para sua configuração, como bem descreve o inciso V do artigo em comento.

3.4 O ART. 96 DA LEI N. 8.666/93

Em prossecução ao estudo da fraude em licitação ou contrato, desenvolver-se-á pesquisa sobre o revogado art. 96 da Lei n. 8.666/93. Far-se-á um exame do núcleo do tipo e dos incisos, da classificação doutrinária, do bem jurídico tutelado, dos sujeitos envolvidos e da jurisprudência correlata.

Todo esse aparato tem por objetivo garantir uma justa análise do art. 337-L do Código Penal, que possui como antecedente a norma penal em comento.

3.4.1 Considerações iniciais e a questão da pena mínima

Traz o art. 96 da Lei n. 8.666/93:

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.

O núcleo do tipo é facilmente identificado pelo verbo “fraudar”, já comentado em tópico anterior. Em seguida, o legislador expõe o sujeito passivo “Fazenda Pública” e o objeto material da ação fraudulenta “licitação instaurada” ou “contrato dela decorrente”. Posteriormente, nos incisos, descreve os meios executórios de que dispõe o sujeito ativo.

Em uma primeira leitura, chama-se a atenção para o *quantum* sancionador. Trata-se do crime da Lei n. 8.666/93, que estabelece normas penais do art. 89 ao 99, com a punição mais grave, onde a pena mínima é de 3 (três) anos de detenção.

A fixação da pena mínima traz uma série de consequências processuais que influem na pena-base. Esta, por sua vez, é instruída pelas circunstâncias judiciais, que englobam a culpabilidade, os antecedentes, os motivos e outros quesitos ligados tanto ao contexto fático do crime quanto ao sujeito ativo. Como dispõe Nucci (2020, p. 612):

Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível. Propomos a adoção de um sistema de pesos, redundando em pontos para o fim de nortear o juiz na escolha do montante da pena-base. É evidente poder o magistrado, baseando-se nos pesos dos

elementos do art. 59 do Código Penal, pender para maior quantidade de pena ou seguir para a fixação próxima ao mínimo.

Nesse íterim, entende-se que a pena mínima cominada ao crime do art. 96 da Lei n. 8666/93 é exagerada, na medida que vincula o magistrado, durante a fixação da pena-base, a um *quantum* inicial de 3 (três) anos. É perceptível que, em alguns casos, dada a personalidade do agente, os antecedentes, os motivos e o prejuízo mínimo, há uma discrepância nesse limite inferior. Em consonância, apresenta Bitencourt (2012, p. 403):

Quer nos parecer que seria suficientemente reprimida a conduta aqui tipificada com a previsão do limite máximo um pouco mais elevado, e, conseqüentemente, com o mínimo em um piso inferior. Assim, com limites mais elásticos, permitiria ao julgador melhores condições para dosar melhor a pena e adequá-la a condutas menos graves, com prejuízos acanhados, sem a obrigação de impor uma pena superior a dois anos (no caso, no mínimo, de três).

Ressalta-se ainda que, além da pena de 3 (três) a 6 (seis) anos de detenção, aplica-se, cumulativamente, multa. Com isso, na aplicação da pena pecuniária, o magistrado deve observar o preceito do art. 60 do Código Penal, que trata da observância da situação econômica do réu para a fixação do valor.

Os reflexos processuais penais ligados à sanção do crime serão abordados em tópico específico sobre o art. 337-L do Código Penal.

3.4.2 O bem jurídico tutelado

Para elucidar, bem jurídico “é o bem escolhido pelo ordenamento jurídico para ser tutelado e amparado. Quando se constituir em bem jurídico deveras relevante, passa ao âmbito de proteção penal, permitindo a formação de tipos incriminadores.” (NUCCI, 2020, p. 81).

A partir dessa definição, fica claro que a norma penal incriminadora visa impedir ações e omissões lesivas a bens juridicamente definidos como indispensáveis. No âmbito da Administração Pública esse cenário é amplamente discutido, haja vista que os interesses são coletivos e difusos.

Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 404), os crimes anteriormente previstos na Lei n. 8.666/93 ensejavam proteção, de maneira igualitária, à dignidade da função pública, à probidade administrativa, à moralidade e à integridade dos

procedimentos em licitação e contratos. Esses pressupostos formam o bem jurídico tutelado, em âmbito geral, pelas normas penais da lei especial.

Em complemento, dada a multiplicidade de condutas lesivas que atingem os processos licitatórios e os contratos decorrentes, há necessidade de tutela específica em cada caso. Destarte,

a criminalização constante do art. 96 objetiva, enfim, proibir a adoção de procedimento fraudulento, procrastinatório ou desleal, que cause prejuízo à Fazenda Pública. Objetiva, ao mesmo tempo, evitar a contribuição ou participação de algum funcionário, desvirtuando a finalidade e regularidade do procedimento licitatório. (BITENCOURT, 2012, p. 404).

Não somente o dano material causado à Fazenda Pública deve ser objeto de tutela jurídica. Os próprios princípios da Administração Pública são diretamente afetados, criando uma dicotomia a ser protegida: moralidade e materialidade.

Com isso, deve-se afastar a premissa de que os crimes em licitações e contratos são de perigo, onde a mera probabilidade o dano já basta para a consumação. O crime de fraude em licitação ou contrato se consuma com a efetiva lesão (dano) ao bem jurídico, pois “não se esgotam na ofensa ao patrimônio dos entes públicos. Aperfeiçoam-se independentemente disso, com o dano aos valores éticos e morais que envolvem a Administração Pública.” (MASSON, 2021, p. 8).

3.4.3 Objeto material

Definido de maneira pragmática, não há o que se falar nesse tipo fraude fora do processo licitatório ou do contrato dela decorrente. Acontece que, mesmo com tal clareza, algumas nuances merecem reconhecimento.

A fraude identificada em procedimento anterior à licitação não está tipificada no art. 96 da Lei n. 8.666/93. Por exemplo, durante a delimitação do objeto na seção requisitante, que constitui fase preliminar da contratação, ainda não se instaurou a licitação. É indispensável, portanto, que o processo licitatório seja formalizado pela autoridade competente para, então, ocorrer o pressuposto do tipo penal.

O crime também só se configura nos contratos advindos de licitação. Tal fato é de extrema relevância, haja vista as hipóteses legais previstas para a contratação direta por meio de inexigibilidade e dispensa de licitação. Nesses casos, os

contratos administrativos não advém de licitação instaurada e, sob o prisma do princípio da tipicidade estrita (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal), afasta-se a conduta fraudulenta do art. 96 da Lei n. 8.666/93.

O art. 62 da lei regente estabelece “outros documentos hábeis” que substituem os contratos. A nota de empenho, a carta-contrato e a ordem de execução de serviço exemplificam esses casos. Conforme Bitencourt (2012, p. 406),

quando o artigo mencionado faculta substituir o “instrumento de contrato” por outros “instrumentos hábeis” está reconhecendo que são instrumentos diferentes, isto é, que não tem a mesma estrutura formal e nem a mesma força e confiabilidade jurídica, tanto que os destina a situações menos importantes e menos formais, como são as outras modalidades de certames licitatórios.

De tal maneira, o objeto material “contrato dela decorrente” deve ser estritamente compreendido como o instrumento formal advindo de licitação instaurada.

3.4.4 Sujeitos do crime

Acerca dos envolvidos na conduta ilegal de fraude em licitação ou contrato, mister destacar os dois pólos: o sujeito ativo que age com prática arditosa, visando obter vantagem; e o sujeito passivo, a Fazenda Pública.

Duas correntes surgem sobre os possíveis agentes. A primeira disserta ser crime próprio o disposto no art. 96 da Lei n. 8.666/93, pois “somente pode ser cometido pelo funcionário público ou pelo particular (licitante ou contratado) que venha a fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente.” (MASSON, 2021, p. 77).

Em contrapartida, há aqueles que defendem ser crime comum, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa, envolvida ou não nos procedimentos licitatórios. Nesse contexto, traz Bitencourt (2012, p. 407):

Aparentemente pode dar a impressão que se trata de crime próprio e que só poderia ser praticado pelo licitante ou “contratado”, mas não é o caso, embora seja a regra. Trata-se, na realidade, de crime comum, podendo, como já afirmamos, ser praticado por qualquer indivíduo, licitante ou não, inclusive funcionário público.

Diante das duas correntes, prefere-se aquela que trata o crime como comum. Acontece que a leitura estrita do tipo penal não proporciona definir como próprio o crime, tendo em vista que somente o objeto material (licitação ou contrato dela decorrente) e o sujeito passivo, Fazenda Pública, são expressos.

Dando prosseguimento, importante definir o que vem a ser “Fazenda Pública”. Para isso, deve-se colocar em pauta a sua menor abrangência quando comparada ao termo “Poder Público”.

Seguindo o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, procura-se enumerar todos os órgãos e entidades que compõem o Poder Público:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, conforme o art. 85 do mesmo diploma:

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

Em suma, o Poder Público abarca não somente as entidades de direito público, mas também as de direito privado que são atingidas pela lei de licitações e contratos, sendo elas: as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas, além de outras sob controle direto ou indireto dos entes federativos.

Já a expressão “Fazenda Pública” está definida no art. 1º da Lei n. 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública: “Art. 1º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.” (BRASIL, 1980).

Ora, o art. 96 da Lei n. 8.666/93, ao tratar do crime de fraude em licitação ou contrato, usa a expressão “em prejuízo da Fazenda Pública”, gerando, portanto, dúvida acerca do sujeito passivo a quem cabe a tutela.

Apesar de alguns juristas preterirem entendimento diverso, aceita-se a aplicação pragmática do princípio da tipicidade estrita, conforme estabelece Bitencourt (2012, p. 411):

Pois bem, nesse aparente conflito de normas, é inadmissível que se pense em solução utilizando-se uma interpretação extensiva de “Fazenda Pública”, para abranger o patrimônio de todos os entes relacionados no art. 85 da lei de regência, por se tratar de norma penal material incriminadora.

Desse modo, havendo prejuízo às sociedades de economia mista ou empresas públicas ou fundações públicas, outra norma penal, que não o art. 96 da Lei n. 8.666/93, deveria ser aplicada.

Tais questionamentos foram suprimidos com a Lei n. 14.133/21, que reestruturou a conduta de fraude em licitação ou contrato no art. 337-L do Código Penal. Considerações sobre o tema ainda serão feitas no presente estudo.

Da análise do *caput* do art. 96 da Lei n. 8.666/93, extrai-se, ainda, que só se configura o delito a partir de um dano necessário e evidente à Fazenda Pública. Tal entendimento é possível com a classificação de crime material, que impõe o resultado naturalístico. Nesse sentido, segue julgado:

[...] 2. O tipo penal do art. 96 da Lei 8.666/93, por se tratar de delito material, exige a ocorrência do resultado naturalístico, com descrito prejuízo à Fazenda Pública. (...) 6. A ausência de descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei 8.666/93, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel, e da demonstração do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei 8.137/90, impõe o restabelecimento da decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1683839/SP, Min. Nefi Cordeiro, em 19.12.2017).

3.4.5 Os meios executórios

Parte-se para o estudo dos instrumentos executórios dispostos no crime do art. 96 da Lei n. 8.666/93. São estes enumerados nos incisos de I a V e propiciam a conduta fraudulenta em licitação ou contrato.

O inciso I prevê a fraude com a elevação arbitrária dos preços de bens ou mercadorias. Em primeiro lugar, deve-se compreender que não é qualquer elevação dos preços, sendo necessária uma alta de caráter infundado, arbitrário e fora dos

padrões de mercado. Sem essa configuração, não há o que se falar em infração penal.

Faz-se necessário verificar as questões sazonais e geográficas que atingem a maior parte dos produtos. Elas são preponderantes na fixação dos preços e responsáveis pela instabilidade de alguns setores de fornecimento. Com isso, afasta-se a criminalização daquele que eleva o preço do produto para readequação contábil ao mercado, baseando-se na livre concorrência e na função social da empresa.

Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 418), há flagrante inconstitucionalidade no art. 96, I da Lei n. 8.666/93, pois há violação ao princípio da livre concorrência, consagrado no art. 170, IV da Constituição Federal:

Essa criminalização é, fazendo um trocadilho, elevadamente arbitrária, abusiva, desproporcional e inadequada, sendo injustificável a pretensão do legislador em criminalizar uma atividade absolutamente legal, livre e, mais que isso, duplamente assegurada pela Constituição Federal: em primeiro lugar, essa previsão do art. 96, I, da lei viola a garantia constitucional da livre concorrência, assegurada pelo inciso IV do art. 170 de nossa Carta Magna.

Ainda, conforme prerrogativa que celebra o processo licitatório, a Administração Pública, ao perceber elevação demasiada dos preços ofertados, tem a opção de não contratar. Invoca-se, novamente, que para a tipificação da conduta de fraude deve haver materialidade e efetivo dano à Fazenda Pública.

Já o inciso II dispõe sobre a venda de mercadoria falsificada ou deteriorada como verdadeira ou íntegra. É nítida a similaridade com o art. 175 do Código Penal, que trata da “Fraude no comércio”:

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II - entregando uma mercadoria por outra: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Dada essa semelhança, o tratamento jurídico é próximo, respeitando-se as elementares do tipo (licitação ou contrato).

A “mercadoria” deve ser entendida como sendo coisa móvel ou semovente, integrando um ato de “venda”. Importante esta última consideração, porque exclui-se do tipo a permuta, dação ou entrega de mercadoria.

Outrossim, para elucidar os conceitos do inciso II, adota-se a definição de Bitencourt (2012, p. 420): “Falsificada é a mercadoria adulterada a que o sujeito ativo dá a aparência de legítima ou genuína. Deteriorada é a mercadoria estragada, total ou parcialmente”.

O inciso III trata da entrega de mercadoria por outra. Nesse caso, a Administração adquire um mercadoria e o fornecedor, agindo com elemento ludibriador, ardiloso e enganador, entrega coisa diversa do licitado.

Nota-se que a falta de individualização da mercadoria torna a conduta atípica, pois o fornecedor acaba desvinculado das características do produto. Ainda, conforme Costa Jr. (2004, p. 58, apud, BITENCOURT, 2012, p. 421): “Sem dúvida, a mercadoria haverá de ser substituída por outra, de qualidade inferior. Se a substituição se fizer in *melius* não há que falar em crime, em razão da ausência de prejuízo por parte da Fazenda Pública”.

O inciso IV diz respeito às alterações na substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida. Deve-se, portanto, fazer uma ponderação quanto a matéria ou essência (substância), a dimensão ou medida (quantidade) e a espécie (qualidade) do bem adquirido pela Administração.

Mais uma vez, chama-se a atenção para o efetivo prejuízo à Fazenda Pública, pois, conforme Bitencourt (2012, p. 422), “a simples falta de qualidade (deficiente, insuficiente ou diferente) e até mesmo de quantidade (que pode facilmente ser suprida) não configura a infração penal aqui prevista”.

Por fim, o inciso V possui um caráter demasiadamente espesso, haja vista que estabelece qualquer meio executório capaz de tornar, “por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato”.

Nesse último inciso, o art. 96 deixa evidente a não observação ao princípio da legalidade e da taxatividade, sendo estes preponderantes na análise de qualquer conduta ilegal. Ao utilizar-se de expressões difusas (“qualquer modo”) e ambíguas, o legislador não corrobora com a justa tipicidade, abrangendo questões abstratas e descontextualizadas.

Assim, a falta de descrição específica de ações ou omissões, que podem tornar “mais onerosa” a proposta ou contrato, gera insegurança jurídica e principia uma inconstitucionalidade. A proposta onerosa, para atingir materialmente a

Fazenda Pública, deve ser a vencedora, não cabendo interpretação extensiva que permeie outros tipos de fraudes.

Entende-se que somente na execução do contrato há aplicabilidade do inciso V, pois o licitante vencedor pode injustamente e desproporcionalmente onerar a sua oferta. Com isso, “essa oneração desproporcional e injusta da execução do contrato, comparada à proposta que o originou, pode, seguramente, configurar o crime que se pretende, sem se revestir do vício de inconstitucionalidade que apontamos.” (BITENCOURT, 2012, p. 428).

3.4.6 Elemento subjetivo

Não havendo previsão legal de modalidade culposa, o crime do art. 96 da Lei n. 8.666/93 possui como elemento subjetivo somente o dolo. Já dispõe o art. 18, parágrafo único do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Com isso, a combinação entre “consciência” e “vontade” faz-se necessariamente presente na tipificação da conduta.

Importante elucidar as disparidades entre dolo genérico e o dolo específico e sua preponderância na tipificação dos crimes em licitações. Nucci (2020, p. 305) bem coloca:

A doutrina tradicional costuma fazer diferença entre o dolo genérico, que seria a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial, e o dolo específico, que seria a mesma vontade, embora adicionada de uma especial finalidade.

Acontece que o dolo específico, englobando um “especial fim de agir”, somente amplia o elemento subjetivo do tipo penal, sendo uma classificação superada pela doutrina moderna. De forma objetiva, a conduta que visa obter especificamente determinado resultado é parte elementar do tipo, sendo considerada independente da existência ou não do dolo. De maneira clara, diz Bitencourt (2012, p. 435):

Na realidade, o especial fim ou motivo de agir, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o dolo esgota-se com a consciência e a vontade de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na

assunção do risco de produzi-lo. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo especial do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo.

Em suma, ao considerar o art. 96 da Lei n. 8.666/93, a expressão “em prejuízo da Fazenda Pública” deve ser entendida como o pólo passivo necessário da conduta criminosa, não se falando em “dolo específico”. A ausência de prejuízo material, conforme já exposto, faz com que o agente não responda pelo crime do art. 96, podendo ser enquadrado em outra norma penal.

Em julgado, o Superior Tribunal de Justiça edificou que os crimes da Lei n. 8.666/93 só admitem a modalidade dolosa, trazendo ainda a especial finalidade que o agente deve ter em sua conduta:

[...] Os crimes tipificados pela Lei 8.666/1993 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrito no tipo subjetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação; essa intenção foi remotamente considerada como dolo específico, hoje inexistente [...]. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Ação Penal n. 226 - 2002/0165317-8/SP, Min. Luiz Fux, em 08.10.2007).

3.4.7 Consumação e classificação doutrinária

Com o resultado naturalístico necessário para a existência do crime do art. 96 da Lei n. 8.666/93 (dano efetivo à Fazenda Pública), este é tido como crime material. Diante disso, questões acerca da consumação e tentativa merecem ser levantadas.

A partir do art. 14, I, do Código Penal, define-se crime consumado como aquele que reúne todos os elementos de sua previsão legal. Nisso, o crime de fraude em licitação ou contrato aperfeiçoa-se com o engano efetivo do sujeito passivo, a partir de uma licitação instaurada, ocorrendo prejuízo material. A mera intenção do agente em fraudar, portanto, é insuficiente para a justa tipificação.

Nesse contexto, duas considerações devem ser suscitadas. A primeira delas refere-se à fase interna do processo licitatório, onde ocorrem os planejamentos para aquisição de bens ou serviços por parte da Administração. Nesse momento, já comentado quando do estudo sobre o objeto material do crime, não há o que se falar em consumação do art. 96, mesmo que o agente haja de forma fraudulenta e

propicie prejuízo à Fazenda Pública. Como bem expresso pelo tipo, há necessidade de “licitação instaurada”:

Em outros termos, a existência de “licitação instaurada” é pressuposto fundamental da ocorrência deste crime, significando que eventual conduta fraudulenta, por qualquer meio, praticada antes da instauração da licitação, não encontra correspondência típica neste dispositivo legal.” (BITENCOURT, 2012, p. 429).

Ainda, nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, formas alternativas de aquisição por parte da Administração Pública, não há o que se falar em cometimento da infração do art. 96.

A segunda observação diz respeito à execução do contrato, que não pode ser confundida com a sua formação. O crime do art. 96 da Lei n. 8.666/93 conclui-se quando ocorre o desvirtuamento daquilo que foi previamente compactuado, e não durante a consecução do instrumento formal.

Sobre as infrações penais tentadas, o art. 14, II, do Código Penal diz-se “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Sobre isso, importante mentalizar a linha do tempo da conduta ilegal, compartimentando cada momento desde a cogitação até a consumação. É o que a doutrina elenca como *inter criminis*.

Dividido em várias fases, o percurso para o crime é finalizado somente na consumação (art. 14, I, CP). Em fases anteriores, deve-se verificar se o agente já se encontrava nos atos executórios e, por circunstâncias alheias a sua vontade, não atingiu as elementares do tipo. Neste caso, o crime será apenas tentado:

“Execução” é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor. (NUCCI, 2020, p. 436).

No disposto pelo art. 96 da Lei n. 8.666/93, a tentativa pode ser exemplificada pelo licitante que, antes da efetiva entrega de mercadoria falsificada (inciso II), foi impedido por órgão fiscalizador.

Além de material, o crime é tido pela doutrina como de dano, por exigir o real prejuízo à Fazenda Pública. É plurissubsistente por exigir vários atos, componentes

de uma ação. É, ainda, unissubjetivo, podendo ser praticado por somente uma pessoa, admitindo-se o concurso eventual de agentes.

4 A FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO SEGUNDO O ART. 337-L DO CÓDIGO PENAL

Após a leitura objetiva do art. 96 da Lei n. 8.666/93, embrião do atual art. 337-L do Código Penal, parte-se para a análise deste. Configura-se o crime de fraude em licitação ou contrato a partir de uma concentração e codificação, onde o legislador preteriu afastar a normal penal incriminadora da Lei n. 14.133/21, deixando-a focada nos procedimentos licitatórios e contratuais.

4.1 A CONVIVÊNCIA LEGAL ENTRE A LEI N. 8.666/93 E A LEI N. 14.133/21

A vigência concomitante entre as duas normas, mesmo por período determinado, é ponto relevante no estudo. Alguns dispositivos são de escolha unilateral da Administração, postergando a aplicação da norma substituída. Tem-se com o art. 191 da Lei n. 14.133/21:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do *caput* do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Menciona-se, ainda, o art. 193 do mesmo diploma:

Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Com a leitura do art. 191, admite-se a alternativa de uso entre a lei anterior e a Lei n. 14.133/21 para os processos licitatórios e contratações. O art. 193 da nova lei, por sua vez, limita em 2 (dois) anos a vigência da Lei n. 8.666/93, a contar da publicação da nova norma. O termo final, portanto, recai em 4 de abril de 2023, quando também cessa a opção de escolha.

Alguns pontos merecem ser comentados, a fim de dirimir as dúvidas acerca da aplicabilidade das duas leis. Primeiramente, ressalta-se que não é admitido conjugar os procedimentos de uma lei com os de outra. Assim, veda-se processo licitatório com regulações da lei anterior e o contrato decorrente baseado em lei nova, e vice-versa.

Outro ponto diz respeito à obrigatoriedade de indicação expressa de qual diploma legal abrange o processo. Com isso, “caberá à Administração tornar clara e inquestionável a sua escolha. Em todos os atos relacionados à convocação da licitação ou a outras comunicações, deverá contar a legislação que disciplinará o processo licitatório e a contratação.” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1770).

Frisa-se que alguns dispositivos da Lei n. 14.133/21 são autoaplicáveis e outros dependem de regulamentação. No primeiro grupo, encontram-se as disposições sobre governança pública, organização da atividade administrativa e, preponderante para o presente estudo, as normas penais. Nesse sentido, consonante ao art. 193, I da Lei n. 14.133/21, os crimes antes dispostos nos arts. 89 a 108 da Lei n. 8.666/93 foram revogados de imediato.

Feitas essas considerações, analisar o art. 337-L do Código Penal, no contexto dos crimes em licitações contratos, é de grande valia, dada a sua atual aplicabilidade, os efeitos processuais e a necessidade de repressão.

4.2 ABOLITIO CRIMINIS E NOVATIO LEGIS IN PEJUS

Com a aplicação simultânea das duas leis sobre licitações e contratos, até abril de 2023, surge o debate sobre a aplicação da lei penal no tempo. Há, portanto, regulamentos jurídicos diferentes pairando sobre as condutas ilegais da fraude em comento.

A regra geral é a aplicação da lei penal vigente à data do crime, ainda que posteriormente venha a ser aplicada a sentença. É o preceito enunciado pela expressão em latim *tempus regit actum*.

Como dispõe o art. 2º do Código Penal, preserva-se a lei mais benéfica ao réu, evocando-se o preceito da retroatividade:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer

modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Nesse sentido, ou aplica-se a regra geral (*tempus regit actum*) ou a lei penal posterior, sendo esta mais benéfica. Frisa-se que, havendo aumento de pena ou outras circunstâncias piores ao réu com a nova legislação, a lei penal revogada é atingida pela ultratividade, gerando efeitos mesmo após a sua revogação.

Em suma, “entre o fato e a extinção da punibilidade, portanto, durante a investigação policial, processo ou execução da pena, toda e qualquer lei penal favorável, desde que possível a sua aplicação, deve ser utilizada em prol do réu.” (NUCCI, 2020, p. 138).

Prosseguindo nos comentários sobre a aplicação da lei penal no tempo, deve-se mencionar o evento onde o crime deixa de existir. Nesse caso, trata-se de *abolitio criminis*, quando a conduta antes considerada ilegal perde a sua cogente punibilidade. Já dispõe o art. 107 do Código Penal: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso (...)”.

Nesse contexto, importante entender a figura da *novatio legis in pejus*. Em clara definição, segue Nucci (2020, p. 140):

Há hipóteses em que o legislador, sem abolir a figura delituosa, mas com a aparência de tê-lo feito, apenas transfere a outro tipo incriminador a mesma conduta, por vezes aumentando a pena. Sem dúvida, em alguns casos, não se trata de uma singela transferência, porém há alguma modificação na descrição do preceito primário.

Ora, estamos diante do que aconteceu com a revogação do art. 96 da Lei n. 8.666/93 e o surgimento do art. 337-L do Código Penal. Aqui, dado o aumento considerável da pena para fraude em licitação ou contrato, materializa-se uma lei penal posterior mais prejudicial ao réu. Em consequência, para crimes cometidos antes da revogação, aplica-se o disposto no art. 96 da Lei n. 8.666/93, porém, para as condutas após 04 de abril de 2021, prima-se pelo art. 337-L do Código Penal.

No entanto, a conjuntura judicial já presenciou alegações sobre a abolição do crime de fraude em licitação ou contrato, o que não é razoável. Em recente julgado, tem-se:

EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CRIMINAL: HC CORPUS. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ART. 90 E 96, I, DA LEI 8666. ABOLITIO CRIMINIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO FORMULADO PERANTE A AUTORIDADE COATORA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. CONDUITA TÍPICA. AFASTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. DENEGAÇÃO. 1. O trancamento da ação penal é medida excepcional que apenas se justifica quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inexistência de indícios de autoria ou materialidade; circunstâncias não evidenciadas pela análise dos autos. 2. Verifica-se que os pacientes foram denunciados como incurso no art. 90 e 96, inciso I da Lei 8.666/93 em razão da realização de procedimentos licitatórios na modalidade de pregão público presencial, entre os anos de 2010 e 2013, portanto em período anterior à Lei 14.133/2021. (...) 4. Ao cotejarmos o art. 337-F e o artigo 337-L com os arts. 90 e 96 da Lei 8.666/93, verifica-se uma continuidade normativo-típica, pois o caráter criminoso do fato foi mantido, mas apenas em outro dispositivo penal. 5. Ademais, há a superveniência de novatio legis in pejus, uma vez que as penas cominadas foram agravadas com a nova lei, pois o preceito secundário dos arts. 90 e 96 eram mais benéficos aos pacientes, já que previam pena de detenção, em oposição à pena de reclusão agora cominada. 6. Desta sorte não é possível acolher a alegação de que a conduta imputada aos pacientes seria atípica. 7. Ordem denegada. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), HCCrim n. 50297422820214030000-SP, Relator: Desembargador Federal Paulo Gustavo Guedes Fontes, em 18/02/2022).

O que se expõe, portanto, é a continuidade normativa do crime de fraude em licitação ou contrato. Houve apenas a concentração da conduta ilegal no Código Penal, mantendo-se a tipicidade da conduta e alterando-se o *quantum* sancionador.

4.3 EXPOSIÇÃO DO TIPO, SUJEITO PASSIVO E APLICABILIDADE

Já para elucidar o confronto entre o art. 96 da Lei n. 8.666/93 com o recente art. 337-L do Código Penal, tem-se:

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.

Em uma primeira vista, percebe-se que o tipo manteve similaridades com o diploma anterior, cuja substância e especificação de condutas foram, de certa forma, preservadas. Contudo, alerta-se para o sujeito passivo, o agravamento da pena, os

meios executórios e outros pontos relevantes, que permitem expandir o alcance da norma penal.

Com a leitura do *caput* identifica-se a substituição do termo “Fazenda Pública” por “Administração Pública”. Conforme já dito anteriormente, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações públicas, ao sofrerem condutas tipificadas como fraude em licitação ou contrato, não eram abrangidas pela tutela do art. 96 da Lei n. 8.666/93. Tal entendimento foi superado com a edição do novo diploma.

Em clara explicação diz Bitencourt (2021, p. 323):

Ou seja, com a identificação da Administração Pública abrange-se os órgãos integrantes de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, de direito público e de direito privado, *além de quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto*. Essa, enfim, é a abrangência, neste contexto licitatório, de Administração Pública, que engloba não apenas as entidades de *direito público*, mas também as de *direito privado* que são obrigadas a licitar.

Legitimando tal entendimento, tem-se na própria Lei n. 14.133/21:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] III - Administração Pública: administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas [...].

Com efeito, o legislador preferiu não restringir o alcance do destinatário, eliminando a expressão “Fazenda Pública” do tipo e ampliando a tutela jurisdicional.

4.3.1. A fraude no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação

Antes de debater sobre estes institutos em confronto com o art. 337-L do Código Penal, primordial definir e situar os casos possíveis de aplicação.

Utilizando o preceito de Justen Filho (2021, p. 1005), “a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a lei reconhece a incompatibilidade entre a licitação e os valores norteadores da atividade administrativa, sob um prisma de proporcionalidade.”

Devido aos custos econômicos existentes na configuração de um processo licitatório, além de situações de ausência de benefício, dano temporal e outros fins

buscados pelo Estado, a lei permite que haja contratação direta em algumas hipóteses. O art. 75 da Lei n. 14.133/21 elenca um rol de situações que autorizam a dispensa de licitação, tanto para a contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, quanto para outros serviços e compras.

Inegável a grande quantidade de contratações oriundas deste instituto, que promove a consecução de outros interesses da Administração Pública, que não a proposta mais vantajosa. Nesse sentido,

embora pudesse propiciar benefícios econômicos significativos e não envolver problemas insuportáveis no tocante ao tempo, a licitação comprometeria a realização satisfatória de outros valores legitimamente perseguidos pela Administração. Há casos em que a licitação impediria o sigilo indispensável à preservação de interesses nacionais. Existem outras situações em que a contratação administrativa é utilizada não apenas para a satisfação direta das necessidades administrativas. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.006).

Por outro lado, não havendo os procedimentos inerentes à licitação, ampliam-se as possibilidades fraudulentas na contratação pública, permitindo que a corrupção emergja. Com isso, os órgãos de controle externo e interno devem atuar no combate às dispensas de licitação não autorizadas pela lei, sendo estas divergentes do interesse público e do juízo de proporcionalidade.

A inexigibilidade de licitação, por sua vez, assemelha-se com a dispensa, mas com esta não pode ser confundida. Nas palavras de Justen Filho (2021, p. 959):

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Nesse caminho, o art. 74 da Lei n. 14.133/21 elenca em seus incisos os casos previstos para a inexigibilidade, sendo eles: a aquisição de materiais ou contratação de serviços que só podem ser fornecidos de forma exclusiva, a contratação de profissional do setor artístico e a contratação de serviços técnicos especializados.

Com essas definições não se pode negar a alta demanda existente nos diversos setores da Administração Pública que ensejam ou dispensa ou

inexigibilidade de licitação. A repressão penal a condutas não permitidas legalmente, com uso desses institutos, deve ser eficaz. Nesse ínterim, discute-se o *caput* do art. 337-L do Código Penal que utiliza a expressão “licitação ou contrato dela decorrente”.

Conforme já estudado no capítulo anterior, o legislador optou por restringir a tipicidade aos processos licitatórios e contratos advindos, não prevendo a fraude em dispensa ou inexigibilidade de licitação no art. 96 da Lei n. 8.666/93. O importante é conhecer a manutenção dessa ausência com a nova lei.

Tem-se com o art. 95 da Lei n. 14.133/21:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: I - dispensa de licitação em razão de valor; II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. § 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Com o disposto, surge corrente defensora de uma interpretação abrangente, onde o conceito de contrato, para fins da aplicação do art. 337-L do Código Penal, também deve englobar “outro instrumento hábil”. Como elenca Masson (2021, p. 75):

Para nós, também será possível o crime de fraude em licitação nas situações descritas no art. 95 da Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nas quais o instrumento de contrato é substituído por outro instrumento hábil, a exemplo da carta-contrato, da nota de empenho de despesa, da autorização de compra ou ordem de execução de serviço. [...] é preciso distinguir o contrato, em essência, do instrumento de contrato, consistente em sua formalização. Em todos os casos existe, independentemente das formalidades, um contrato administrativo [...].

Por outro lado, sob pena de flagrante embate ao princípio da reserva legal e da tipicidade, compreender de maneira analógica o contrato advindo de licitação com outros instrumentos formais parece não razoável. Utilizar de interpretação *in malam partem* para o art. 337-L no Código Penal poderá abrir precedentes a uma punibilidade não criteriosa. Nesse sentido:

A existência de licitação instaurada, mais que uma elementar do tipo, é pressuposto da ocorrência da conduta fraudulenta, a qual, sem a instauração da licitação, não pode acontecer, na licitação nem no contrato. Qualquer fraude verificada antes dessa instauração não se adequa a este tipo penal. A elementar “contrato dela decorrente”, por sua vez, não abrange todo e qualquer contrato, mas tão somente aquele que decorra diretamente de licitação instaurada. (BITENCOURT, 2021, p. 324).

Em suma, o art. 337-L do Código Penal manteve o disposto no art. 96 da Lei n. 8.666/93, omitindo as hipóteses de aplicação do tipo penal aos institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação. Caberá ao Judiciário aplicar outro dispositivo para coibir a conduta fraudulenta identificada nessas hipóteses, sob pena de afrontar o princípio da tipicidade.

4.4 OS MEIOS EXECUTÓRIOS

Segue-se com a análise dos incisos dispostos no art. 337-L do Código Penal, que dissertam sobre os meios executórios da fraude em licitação ou contrato. Atenta-se que o crime em questão contém o preceito normativo primário mais extenso do Capítulo II-B, enumerando nos incisos de I a V as formas ou modos que a conduta ilegal pode configurar-se.

Ainda, com o intuito de diferenciar “instrumentos executórios” da própria conduta de “fraudar”, dispõe Bitencourt (2021, p. 329):

Os cinco incisos elencados junto ao *caput*, com verbos no gerúndio, identificam somente os *meios, modos ou formas* de realizar o único verbo nuclear desse artigo, “fraudar”, que simbolizam simples instrumentos de execução da ação fraudulenta, mas a conduta nuclear do tipo é uma só, ou seja, *fraudar* licitação instaurada ou contrato dela decorrente.

4.4.1 Entrega de mercadoria ou prestação de serviços

Diferentemente do inciso I do revogado art. 96 da Lei n. 8.666/93, que tratava da elevação arbitrária de preços, o legislador atual preferiu pormenorizar a entrega de mercadorias ou prestação de serviços em desacordo com o edital e contratos realizados.

Trata-se da falta de compromisso contratual, onde o fornecedor entrega bem ou presta serviço diferentemente do acordado.

Conforme já mencionado e de acordo com o *caput*, há necessidade de “prejuízo à Administração Pública”, sendo este o preceito regente da conduta ilegal.

4.4.1.1 A inovação legislativa quanto à prestação de serviços

Ponto de extrema relevância diz respeito à previsão legal de fraude na execução de serviços. Superou-se o entendimento restritivo do art. 96 da Lei n. 8.666/93 que tratava somente de “aquisição ou venda de bens ou mercadorias”.

Consolidava-se que em prestação de serviços, englobando as obras de engenharia, não havia adequação típica da conduta fraudulenta. Em razão do princípio da taxatividade e da impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar o réu, quem fraudava licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de serviços, não cometia a infração do art. 96 da Lei n. 8.666/93.

O julgador, por sua vez, deveria enquadrar a fraude em outro dispositivo da Lei n. 8.666/93. Exemplifica-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ART. 96 DA LEI N. 8.666/1993. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDUTA NÃO PREVISTA NO TIPO PENAL. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM PREJUÍZO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I. O art. 96 da Lei n. 8.666/93 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entra as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. 2. Considerando-se que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não pode haver interpretação extensiva de determinado tipo penal em prejuízo do réu. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp n. 1.407.255-SC, 5ª Turma do STJ. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, em 21/08/2018).

A Lei n. 14.133/21, ao levar os crimes em licitações e contratos para o Código Penal, incorporou ao tipo do art. 337-L, precisamente no inciso I, a possibilidade de adequação típica de fraude em prestação de serviços. Tal inovação propiciou um avanço considerável na repressão de condutas fraudulentas, principalmente, na consecução de obras de engenharia.

Vê-se, portanto, uma ampliação do tipo penal, com a finalidade de alcançar condutas antes não previstas.

4.4.2 Mercadoria falsificada, deteriorada, inservível ou fora do prazo de validade

O inciso II prescreve o fornecimento de mercadoria tratada como verdadeira ou perfeita, mas que dispõe de vício ou é inservível. Algumas características específicas desse inciso merecem destaque.

Primeiramente, define-se como objeto material a “mercadoria” fornecida, excluindo-se, portanto, outros bens. Ainda, com as palavras de Bitencourt (2021, p. 330):

Falsificada é a mercadoria adulterada a que o sujeito ativo dá a aparência de legítima ou genuína. *Deteriorada* é a mercadoria estragada, total ou parcialmente. A *fraude* requerida pelo tipo penal em exame consiste exatamente em apresentá-la como *perfeita* ou *verdadeira*, enganando o adquirente de boa-fé e causando-lhe, conseqüentemente, prejuízo.

Em suma, a mercadoria entregue possui a especificação proferida no edital de convocação, em quantidade e qualidade determinada. Contudo, é acometida de inferioridade ou imprestabilidade.

4.4.3 Entrega de uma mercadoria por outra

Com o inciso III, a fraude reside na entrega de mercadoria, à princípio, de valor inferior ao disposto contratualmente. Presume-se que há uma individualização da mercadoria, não podendo ser entregue outra em seu lugar.

Entende-se que, havendo falta de uma descrição detalhada do item, a conduta é atípica. Ou seja, “mesmo que seja falsificada, se o ofendido, isto é, o adquirente não foi enganado, sabendo que a mercadoria não é verdadeira, a conduta é atípica, por faltar precisamente esse elemento de ludibriador, enganador e ardiloso.” (BITENCOURT, 2021, p. 330).

Ressalta-se que grande parte dos agentes públicos, que lidam com processos licitatórios, sofrem com o recebimento de mercadorias de qualidade baixa, justamente pela negligência da seção requisitante em detalhar o objeto preterido.

É ainda discutível pela doutrina se a mercadoria fornecida, com qualidade superior àquela determinada e individualizada, configura o crime em questão, dada a ausência de prejuízo à Administração Pública. Nesse sentido, há uma disparidade entre o princípio da vinculação instrumento convocatório, que trata do fornecimento de mercadoria exatamente como estipulada no edital ou instrumento hábil, com o princípio da economicidade.

Em complemento, segue acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca do tema:

2. É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração. [...] Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada. (BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU), Acórdão n. 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0. Relator: Min. Raimundo Carreiro, em 06/03/2013).

4.4.4 Alteração da substância da mercadoria ou serviço

O inciso IV trata de alteração referente à substância (essência natural do objeto), qualidade (características específicas) ou quantidade (dimensão) da mercadoria ou mesmo do serviço prestado.

Há entendimento de que a obrigação contratual, decorrente de processo licitatório, esteja sempre vinculada ao instrumento convocatório. Ocorrendo alteração no objeto a ser fornecido, suficientemente capaz de causar prejuízo à Administração Pública, fala-se em conduta típica.

Contudo, a fim de garantir objetividade aos propósitos do ente público e do contratado, há mecanismos administrativos e cíveis que podem dirimir uma possível judicialização penal de um fornecimento inadequado. A finalidade de ludibriar a Administração Pública, obtendo vantagem ilícita, deve sempre ser pressuposto para o enquadramento penal.

A fim de exemplificar, tem-se com Masson (2021, p. 77):

O agente fraudulentamente modifica a mercadoria ou serviço fornecido. A alteração pode envolver a substância (exemplo: utilização de granito no lugar de mármore, na reforma dos banheiros do hospital), a qualidade (exemplo: utilização de pneus de qualidade inferior nas revisões das viaturas do hospital) ou quantidade (exemplo: a empresa contratada troca somente três pneus de cada viatura, utilizando o estepe original no lugar do quarto pneu).

4.4.5 Outros meios fraudulentos

O inciso V estabelece: “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”. Ora, o legislador claramente perdeu a oportunidade de evitar o caráter vago e espesso do revogado art. 96, V da Lei n. 8.666/93, pois manteve, substancialmente, a generalidade já apontada.

Após elencar uma descrição específica nos incisos anteriores, o tipo abre precedente para infinitas condutas que, utilizando-se da fraude em licitação ou contrato, podem onerar a Administração Pública. Nesse sentido,

o legislador valeu-se da interpretação analógica (ou *intra legem*), apresentando uma fórmula genérica depois de ter catalogado, nos incisos precedentes, fórmulas casuísticas. Esse inciso deve ser compreendido em sintonia com os anteriores, ou seja, é imprescindível a fraude, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento capaz de proporcionar maior custo à Administração Pública, tanto na fase licitatória, em face da divergência da realidade com a proposta apresentada, como na execução do contrato. (MASSON, 2021, p. 77).

Conforme já mencionado no estudo do art. 96 da Lei n. 8.666/93, a legislação penal pretere de uma definição objetiva e clara da conduta ilegal tipificada. O respeito ao princípio da legalidade e da tipicidade deve permanecer pairando sobre a aplicação da norma sancionadora, a fim de evitar interpretações equivocadas e inconstitucionais. Ainda, ao mencionar procedimentos administrativos, a lei penal deve clamar por uma precisão técnica que substancie a ilicitude. Com isso,

tratar penalmente questões que são oriundas de procedimentos administrativos deveria exigir não só a já mencionada precisão nas definições legais, bem como o claro entendimento dos procedimentos empresariais em si. Não se pode tratar como criminoso qualquer empresário que tenha participado de *certames licitatórios*, meramente por “deduções” acusatórias. (BITENCOURT, 2021, p. 333).

Em suma, o inciso V do art. 337-L do Código Penal está eivado de insegurança jurídica por permitir interpretação extensiva de aplicabilidade penal. Expressões como “mais onerosa” leva em consideração um cenário anterior, que será determinado somente diante do caso concreto. O que se deve levantar sempre é o prejuízo efetivo à Administração Pública e a afronta às cláusulas editalícias.

4.5 A MODIFICAÇÃO DA PENA NO CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO E CONTRATO E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

Parte-se, agora, para as considerações sobre a alteração, em prejuízo do réu, do *quantum* sancionador da fraude em licitação ou contrato. Elenca-se as relevantes consequências para o processo penal, que possui particularidades quanto aos crimes que lesam a Administração Pública.

4.5.1 A previsão do regime de reclusão e o *quantum* sancionador

Com a vigência da Lei n. 14.133/21, que inseriu os tipos penais sobre licitações e contratos no Código Penal, houve um agravamento generalizado das penas cominadas. Nesse sentido, infere-se que a avaliação dessas condutas passou por uma revisão mais severa, aumentando-se o grau de reprovação social. Já diz Justen Filho (2021, p. 1.722):

Houve um sensível agravamento das penas cominadas aos crimes. Isso reflete a avaliação da gravidade das infrações cometidas. No entanto, essa alteração também se insere num enfoque tradicional de que a severidade da pena seria suficiente para reduzir a criminalidade - entendimento que não se configura como necessariamente correto.

A nova legislação apresentou uma dimensão mais gravosa às condutas que atacam a Administração Pública, mesmo diante de circunstâncias similares na legislação comum. É o que se vê, por exemplo, no art. 335 do Código Penal, que comina pena de detenção de seis meses a dois anos, além de multa e da pena correspondente à violência, para aquele que “afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem”.

Ora, com o art. 337-K, incorporado ao Código Penal pela Lei n. 14.133/21, comina-se pena de reclusão de três a cinco anos, além da multa e pena atrelada à violência, para a mesma conduta descrita no art. 335.

Diante desse quadro, atenta-se pela dificuldade que os órgãos de controle, o Ministério Público e o Poder Judiciário enfrentarão para garantir a justa tutela durante a persecução penal e o processo penal.

O art. 337-L do Código Penal, por sua vez, prevê pena de reclusão de quatro a oito anos, mais multa. Trata-se da sanção mais grave dentre os crimes em licitações e contratos administrativos inseridos pela Lei n. 14.133/21. O revogado art.

96 da Lei n. 8.666/93, relembra-se, previa pena de detenção de três a seis anos, mais multa.

Dado esse comparativo, o prenúncio da reclusão irá permear todo o processo penal decorrente, onde o regime fechado será o inicialmente cumprido (art. 33 do Código Penal).

Com a alteração, a pena mínima e máxima do art. 337-L do Código Penal também retirou vários benefícios do réu, materializando o acirramento da sanção. Vários institutos, como a suspensão condicional da pena e o atual acordo de não persecução penal não terão aplicabilidade.

4.5.2 A ação penal nos crimes em licitações e contratos administrativos

Não houve alteração sobre o tipo de ação penal destinada à fraude em licitação ou contrato. Mantém-se, portanto, o disposto no revogado art. 100 da Lei n. 8.666/93, que reservava à ação pública incondicionada a apuração do delito do art. 96 da mesma lei. Essa é a regra geral do sistema penal brasileiro, cabendo ao Ministério Público, por meio da denúncia, iniciar o processo penal.

Sendo o bem jurídico tutelado pelo art. 337-L do Código Penal a moralidade administrativa, a integridade, a regularidade do processo licitatório e o futuro contrato, não poderia ser diferente a modalidade de ação penal, haja vista os interesses coletivos envolvidos. No entanto, cabe ressaltar que há previsão legal de ação penal privada subsidiária da pública em alguns casos.

Com o art. 103 da Lei n. 8.666/93, admitia-se a ação penal privada subsidiária da pública, seguindo os passos do art. 29 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Lembra-se que essa ação tem como pressuposto a desídia ou omissão do Ministério Público, que permanecerá como titular da ação, inclusive, podendo aditá-la, reformá-la ou substituí-la por uma denúncia.

No entanto, o art. 193 da Lei n. 14.133/21 expressamente revogou o art. 103 da Lei n. 8.666/93 no movimento de inserção dos crimes em licitações e contratos no Código Penal. Pairou-se dúvida acerca do ainda possível uso da ação penal privada subsidiária da pública nos crimes licitatórios. A fim de dirimir o questionamento, ensina Pinheiro (2021, p. 69):

Parece-me que a resposta, indubitavelmente, é no sentido de que tal mecanismo continua sendo apto e legítimo para os casos de desídia ou omissão do Ministério Público, pois estamos diante de um direito fundamental previsto no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 (inciso LIX), voltado a conferir maior participação da sociedade na persecução dos delitos em geral e que, no caso concreto, serve para a tutela do direito fundamental anticorrupção.

4.5.3 A suspensão condicional do processo, da pena e a transação penal na fraude em licitação ou contrato

O art. 89 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995), que trata dos juizados especiais criminais e orienta quanto alguns institutos *pro reu* no curso do processo penal, dispõe sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo.

O artigo menciona que, nos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, o Ministério Público poderá, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão condicional do processo, presentes os requisitos estabelecidos na norma.

A suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), por sua vez, é uma medida criminal alternativa que substitui a aplicação de pena privativa de liberdade por outro tipo de pena, sendo preenchidos os requisitos legais.

A norma penal é clara ao determinar a possibilidade de aplicação dessa suspensão nas penas não inferiores a 2 (dois) anos. Contudo, o art. 77, § 2º do Código Penal possibilita a aplicação da suspensão para pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se o condenado for maior de setenta anos de idade, ou as razões de saúde justifiquem a suspensão.

Dado que o art. 337-L do Código Penal já comina pena mínima de 4 (quatro) anos de reclusão para a fraude em licitação ou contrato, claramente o legislador retirou a possibilidade da suspensão condicional do processo e, também, da pena. Excetua-se, como dito, o caso do art. 77, § 2º do Código Penal.

Com relação a transação penal, não há outro entendimento. Sendo instituto que confere o cumprimento antecipado de pena (multa ou restritiva de direitos), onde o processo pode ser arquivado, não há possibilidade de contemplar o agente que comete crime de fraude em licitação ou contrato. Decorre que o cabimento é para acusação de crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

Tal conjuntura corrobora com a reprovação social preterida pela lei quando são lesados os valores da Administração Pública. Mais uma vez, percebe-se o movimento de endurecimento da norma penal com a vigência da Lei n. 14.133/21.

4.5.4 A (in)aplicabilidade do acordo de não persecução penal no crime de fraude em licitação ou contrato

Em 2019 entrou em vigor a Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”. As alterações atingiram o Código Penal e o Código de Processo Penal e objetivavam, dentre outros: soluções alternativas para o processo penal; redução dos efeitos prejudiciais da pena; e a revisão, agravando ou abrandando, de normas penais.

Nesse ínterim, o acordo de não persecução penal, disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal, trouxe mais uma possibilidade de evitar a persecução penal ineficaz. Com maestria, define Lima (2020, p. 274):

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

O art. 337-L do Código Penal, ao cominar pena mínima de 4 (quatro) anos de reclusão, foi de encontro ao acordo de não persecução penal, impossibilitando a aplicabilidade do mesmo. Isso acontece porque o *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal é expreso quanto a necessidade do crime propenso ter pena mínima “inferior” a 4 (quatro) anos, excluindo, portanto, a possibilidade de ter pena “igual” ao *quantum*.

Destaca-se alguns pontos do art. 28-A do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde

que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto [...].

Com a análise dos incisos, atenta-se para os requisitos necessários para a formalização do acordo de não persecução penal, dentre os quais: reparação do dano, prestação de serviço à comunidade e, principalmente, a confissão do investigado.

Ponto relevante trouxe o § 1º, que impõe a consideração das causas de aumento e diminuição, aplicáveis ao caso concreto, para a aferição da pena cominada a que se refere o *caput*.

Para melhor compreensão, as causas de aumento e diminuição são divididas em especiais, atreladas ao tipo penal específico, e gerais, constantes na Parte Geral do Código Penal. Como exemplo destas, tem-se a tentativa (art. 14, II do Código Penal), que diminui a pena mínima em abstrato de um a dois terços.

Nesse contexto, é de suma importância analisar se o crime, após a incidência da causa de diminuição, atinge o limite estabelecido pelo acordo de não persecução penal. Ou seja, o agente que pratica a fraude em licitação ou contrato, em sua modalidade tentada, fará jus ao acordo de não persecução penal, sendo esta uma exceção à regra do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

Uma questão decorrente diz respeito à fração da causa de aumento ou de diminuição que irá incidir quando esta for variável. No caso da tentativa do crime de fraude em licitação ou contrato não importará, para efeitos do acordo de não persecução penal, se a redução será de um terço ou dois terços, pois, de qualquer modo, atinge-se o *quantum* necessário. Trata-se de tema não consensual no ordenamento brasileiro, dada a sua iminente vigência.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência já disserta sobre aplicação analógica com a suspensão condicional do processo, aplicando-se, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir. Tem-se o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 4. Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano [...]. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC n. 505.156, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, em 15 de outubro de 2019).

Dessarte, percebe-se que para o crime de fraude em licitação ou contrato, além de outros crimes definidos pela Lei n. 14.133/21, a opção do legislador foi de majorar a pena mínima e máxima e agravar o tipo de pena privativa de liberdade. A consequência imediata foi afastar a aplicação de institutos garantidores, que materializam a intenção moderna de uma persecução penal mais eficiente.

5 CONCLUSÃO

A estrutura normativa dos crimes em licitações e contratos ainda carece de bons estudos que possam auxiliar na justa persecução penal e na defesa dos valores constituintes da Administração Pública. Nesse sentido, optamos por analisar, dentre os tipos penais incorporados ao Código Penal pela Lei n. 14.133/21, o crime de fraude em licitação ou contrato (art. 337-L, CP), dada a sua recorrência e peculiaridades.

Em um primeiro momento, enumeramos os princípios constitucionais que circundam a Administração Pública. O foco era o entendimento dos caminhos rígidos que balizam os agentes públicos, onde a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são conceitos preponderantes. Ainda, com o objetivo de direcionar o tema, verificou-se como o princípio da tipicidade e da codificação são importantes na aplicabilidade do Direito Administrativo sancionador.

Com a concentração dos crimes em licitações e contratos no Código Penal, percebemos uma grande evolução normativa. A padronização de procedimentos, a especificação das condutas ilegais, antes espessas com a Lei n. 8.666/93, e a desvinculação de normais penais da Lei n. 14.133/21 corrobora com a consulta e o emprego da norma.

No capítulo seguinte, realizamos estudo sobre o crime do art. 96 da Lei n. 8.666/93, já revogado. Trata-se do embrião do art. 337-L do Código Penal, que acompanhou em vários dispositivos a redação anterior, alterando, porém, o alcance, o regime inicial de cumprimento de pena e outras questões processuais.

Frisamos que o estudo comparativo dos crimes é de grande valia para entender o processo legislativo. A fonte formal deve acompanhar os anseios sociais, incorporando em seus dispositivos as questões fáticas. Nesse sentido, o exame pormenorizado do art. 337-L do Código Penal propiciou o entendimento dos conceitos de fraude, processo licitatório, contrato administrativo, aquisição de bens, obras e serviços, dentre outros.

Entendemos até onde a norma penal possui gerência, explicitando julgados de tribunais superiores e aspectos doutrinários. Percebemos que apesar de alterações substanciais no tipo penal, como por exemplo, na previsão de fraude na contratação de serviços, há ainda um caminho a ser percorrido. A falta de

adequação típica do crime de fraude em licitação ou contrato, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, deixa uma lacuna, obrigando o julgador a buscar outra norma penal para esses casos.

A convivência legal entre as duas leis pode gerar dúvidas e procuramos explicitar a vigência, desde logo, dos crimes do Código Penal. Ainda, entendemos como a lei penal se aperfeiçoa no tempo, sendo o crime de fraude em licitação ou contrato um exemplo de continuidade normativa típica. Em outras palavras, não houve *abolitio criminis* e sim *novatio legis in pejus* (crime posterior com pena cominada mais gravosa).

Por conseguinte, levantamos os aspectos processuais penais mais relevantes. Abordamos institutos consagrados, como a não aplicação da suspensão condicional do processo e da pena, em paralelo a novos procedimentos, como o acordo de não persecução penal. Nesse ínterim, alertamos que a opção legislativa foi de enrijecimento da sanção, pois a cominação de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa afastou diversas benesses processuais ao acusado.

Enfim, podemos dissertar que houve bons avanços na tipificação do crime de fraude em licitação ou contrato, principalmente, na definição específica dos meios executórios e na sua abrangência. Contudo, o movimento de severidade da sanção diverge da concepção atual do Direito Administrativo sancionador. A prevenção deve ser colocada à frente da repressão, sendo aquela materializada pelo aperfeiçoamento técnico dos agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios e pelo convencimento dos valores coletivos da Administração Pública. O aumento do *quantum* penal deve vir acompanhado de políticas de desenvolvimento profissional, a fim de garantir melhores condições aos agentes executores do processo licitatório e aos órgãos de controle, tudo em prol de uma contratação mais eficiente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes. **Intervenção penal nas licitações**. 2012. 307 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5904#preview-link0>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União, Brasília,

DF, 26 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Ação Penal n. 226 - 2002/0165317-8/SP**. Ação Penal Originária. Construção do TRT de São Paulo. Delitos previstos nos arts. 315 e 319 do Código Penal atingidos pela prescrição da pretensão punitiva. Persecução penal voltada para o art. 92 da Lei 8.666/93. Preliminares afastadas. Denúncia que não logrou provar o dolo no elemento subjetivo do tipo, necessário à configuração de crime licitatório. Conduta visando tão-somente a conclusão do empreendimento. Improcedência da pretensão punitiva estatal. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de outubro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8865806/acao-penal-apn-226-sp-2002-0165317-8/inteiro-teor-13959572>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0**. É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do certame e o preço obtido revelar-se vantajoso para a administração. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 06 de março de 2013. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:eo5ohdGVKYYJ:https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A14DB4AFB3014DBB2E02123B01&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial n. 1683839/SP**. Processual Penal e Penal. Recurso Especial. Art. 90 da Lei 8.666/93. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Art. 96 da Lei 8.666/93. Crime material. Resultado naturalístico. Não demonstração do prejuízo à Fazenda Pública. Art. 4º, II, da Lei 8.137/93. Cartel. Ausência de descrição da concentração do poder econômico. Extinção da punibilidade reconhecida, de ofício. Prejudicado, no ponto, o recurso. Provimento para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial n. 1.407.255-SC**. Recurso Especial. Penal e Processual Penal. Fraude em licitação. Art. 96 da Lei

n. 8.666/93. Prestação de serviços. Conduta não prevista no tipo penal. Princípio da taxatividade. Interpretação extensiva em prejuízo do réu. Impossibilidade. Recurso Especial desprovido. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 505.156**. Habeas Corpus. Contrabando. Momento consumativo. Tentativa. Configuração. Redução da pena mínima em abstrato pela fração máxima prevista no art. 14, parágrafo único, do CP. Pena abaixo de 1 ano. Possibilidade de proposta da suspensão condicional do processo. Ordem concedida. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 de outubro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859709417/habeas-corporus-hc-505156-sp-2019-0111147-1>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3). **Habeas Corpus Criminal n. 50297422820214030000-SP**. Penal Processual penal. Habeas corpus. Trancamento ação penal. Medida excepcional. Art. 90 e 96, I, da Lei 8666. Abolitio criminis. Ausência de pedido formulado perante a autoridade coatora. Questão de ordem pública. Conduta típica. Afastada inépcia da denúncia. Denegação. Relator: Desembargador Federal Paulo Gustavo Guedes Fontes, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em 30 jun. 2022.

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

GUEDES, Francisco Augusto Zardo. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. 2013. 181 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30103/R%20-%20D%20-%20FRANCISCO%20AUGUSTO%20ZARDO%20GUEDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 fev. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAREZI, Thales. **O combate às fraudes em licitações na modalidade do pregão eletrônico**. 2018. Disponível em: <https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/3187/1/THALES%20LEONARDO%20MAREZI.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MASSON, Cleber. **Crimes em Licitações e Contratos Administrativos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **O Princípio da Codificação e a Adequada Proteção dos Bens Jurídicos**. 2013. Disponível em: <https://momentum.emnuvens.com.br/momentum/article/download/40/35>. Acesso em: 10 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Crimes licitatórios**. São Paulo: Mizuno, 2021.

REIS, Adriana Tenorio Antunes. **Mandados de criminalização e princípio da codificação**. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14937/mandados-de-criminalizacao-e-principio-da-codificacao/2>. Acesso em 10 mar. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.