

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
ALISON VINICIUS DE OLIVEIRA FIUZA FERREIRA

CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:
Alterações produzidas pela Lei N° 14.133/21

São Paulo
2023

ALISON VINICIUS DE OLIVEIRA FIUZA FERREIRA

CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:
Alterações produzidas pela Lei Nº 14.133/21

Monografia submetida ao Programa de Bacharelado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisição parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Evandro Capano

São Paulo
2023

ALISON VINICIUS DE OLIVEIRA FIUZA FERREIRA

CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:
Alterações produzidas pela Lei Nº 14.133/21

Monografia submetida ao Programa de Bacharelado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisição parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

Aprovado(a) em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Evandro Fabiani Capano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^a. Dr^a. Nome Completo do(a) Examinador(a) Interno(a)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Nome Completo do(a) Examinador(a) Externo(a)
Nome Completo da Universidade/Instituição



DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho em gratidão à toda minha ancestralidade que me fez chegar até aqui e à Esù que sempre esteve ao meu lado.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais que estiveram comigo ao longo desses cinco longos e infindáveis anos, que mesmo distantes seus pensamentos positivos me incentivaram a não parar, agradeço aos meus avós que em oração se fizeram, incansavelmente, presentes ajudando-me nos momentos mais críticos. Agradeço aos mestres que me conduziram intelectualmente nesse processo que sem a sua benevolência em ensinar o que sabem, não estaríamos aonde nos encontramos agora. Agradeço a vasta experiência que essa caminhada me trouxe e agradeço pelos frutos que colherei num futuro não tão distante, graças à semente que plantei já nem me lembro quando.

RESUMO

O presente trabalho visa trazer à tona a análise dos crimes em licitações e contratos públicos e as mudanças promovidas pela Lei Nº 14.133/21 que migrou os crimes em licitações antes previstos na Lei Nº 8.666/93 para o Código Penal, não se limitando somente a essa alteração topográfica, houveram certas alterações quanto ao tipo penal de alguns artigos, havendo supressão, bem como inovação legislativa desse rol. Analisa-se, também, a aplicabilidade de determinados institutos penais como a Suspensão Condicional do Processo, Acordo de Não Persecução Penal a esses crimes em específico, além de analisar os aspectos práticos que essas alterações trouxeram. Não obstante, buscou-se desenvolver singelo esclarecimento acerca de cada um dos crimes em comento. Sem esgotar o tema, visto que ainda fomenta vivamente nas mesas de debate de órgãos públicos os impactos práticos e desafiadores dessa não tão nova lei, buscamos tratar dessas alterações que prometem agitar bastante as Bolsas Eletrônicas de Compras.

Palavras-chave: Crime. Licitações. Lei.

ABSTRACT

The present work aims to bring to light the analysis of crimes in public bids and contracts and the changes promoted by Law 14.133/21 that migrated crimes in bids previously provided for in Law 8.666/93 to the Penal Code, not limited to this topographical change, there were certain changes in the criminal type of some articles, with suppression, as well as legislative innovation of this list. It also analyzes the applicability of certain criminal institutions such as the Conditional Suspension of the Process, Agreement of Non-Discussion to these crimes in particular, and analyze the practical aspects that these changes brought. Nevertheless, we sought to develop simple clarification about each of the crimes in question. Without exhausting the theme, since it still strongly encourages the discussion tables of public agencies the practical and challenging impacts of this not so new law, we seek to deal with these changes that promise to shake up the Electronic Shopping Bags.

Keywords: Crimes. Bidding. Law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Principais etapas da Fase Preparatória de um pregão eletrônico.....	20
Figura 2 - Diagrama com os exatos termos do artigo 337-P	63

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Perturbação de processo licitatório	19
Quadro 2 - Contratação direta ilegal	Error! Bookmark not defined.
Quadro 3 - Frustração do caráter competitivo de licitação	30
Quadro 4 - Patrocínio de contratação indevida	32
Quadro 5 - Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo	34
Quadro 6 - Perturbação de processo licitatório	36
Quadro 7 - Violação de sigilo em licitação	38
Quadro 8 - Afastamento de licitante	41
Quadro 9 - Impedimento indevido	44
Quadro 10 - Contratação direta ilegal	46
Quadro 11 - Comparativo entre o termo servidor público e agente público	47
Quadro 12 - Fraude em licitação ou contrato	50
Quadro 13 - Contratação inidônea	52
Quadro 14 - Omissão grave de dado ou de informação por projetista	56
Quadro 15 - Comparação quanto ao regimento das penalidades	62

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI Nº 14.133/21)	14
2.1. OBJETIVOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	14
2.2. PRINCÍPIOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	15
2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO PENAL	16
2.4. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E O ILÍCITO PENAL	17
2.5. DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO	18
2.5.1. Impactos dessa distinção para a análise dos crimes em licitações e contratos	18
3 INSTITUTOS PENAIS RELEVANTES À APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	24
3.1.1. <i>Abolitio criminis</i>	24
3.1.2. <i>Novatio legis in pejus</i>	25
3.1.3. <i>Vacatio legis</i>	26
3.1.4. Acordo De Não Persecução Penal (ANPP)	27
3.1.5. Suspensão condicional do processo	28
3.1.6. Transação penal	29
3.2. ALTERAÇÃO QUANTO À REDAÇÃO DOS TIPOS PENAIS	30
3.2.1. Artigos cujas condutas permaneceram inalteradas	30
3.2.2. Artigos que tiveram sua redação alterada	46
3.2.3. Novo tipo penal inaugurado pelo Art. 337-O	55
3.2.4. Lei Nº 14.133/21 e a interceptação telefônica	58
3.3.1. Pena privativa de liberdade ou pena privativa de direitos	60
3.3.2. Análise do Art. 337-P e Penalidade de Multa	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Para que cheguemos ao tema central do presente trabalho, faz-se necessário que se desenvolva um raciocínio estrutural, de modo a solidificarmos os motivos que levaram à criação do referido ordenamento, seus objetivos e por fim o seu impacto no tocante às condutas criminosas contempladas por essa nova lei de licitações e contratos, sendo uma evolução se comparada à sua antecessora, a Lei Nº 8.666/93.

Isto posto, ao analisarmos o trâmite legislativo, este se iniciou em meados de 2013 dentro do Senado Federal, quando por deliberação do presidente do Senado, montou-se a “Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos”, ou seja, o Senado verifica que a aplicabilidade da Lei, então vigente, necessita ser modernizada de modo a tornar mais eficiente sua aplicação e nesse sentido nasce o PLS Nº 559/2013, sob o escopo de “debater e apresentar propostas de atualização e modernização da Lei Nº 8.666/93”.

O supracitado PLS foi exaustivamente debatido e analisado pela Comissão Constituição e Justiça (CCJ), Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) e Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), prova de que o trabalho foi árduo que o PLS Nº 559/13 foi, no ano de 2016, finalmente, encaminhado para Câmara dos Deputados após ter recebido 56 emendas, tamanho o interesse social e econômico acerca das regras que iriam direcionar o funcionamento do aparato estatal no tocante às contratações.

Na Câmara dos Deputados novas Comissões Especiais foram formadas, tamanha a complexidade dos assuntos a serem discutidos, nesse momento a PLS transforma-se em na PL Nº 6.814/17 que mais à frente juntou-se ao PL Nº 1.292/95, pois tratavam de matérias conexas ou correlatas e esta sendo mais antiga apensou aquela. Seguindo a inexorável marcha do tempo e do nosso sistema legislativo, após infindáveis audiências públicas e formação de comissões, bem como a apresentação de mais 117 emendas, aporta, finalmente, em sessão e tem sua redação final enviada ao Senado Federal em 10/10/2019 para reanálise dos membros e após emissão do Parecer Nº 10/2021, bem como vistas e interlocução de técnicos do Ministério da Economia a redação final do, agora, PL Nº 4.253/20 foi encaminhado para sanção do Presidente da República.

Na oportunidade o Presidente da República sancionou o PL Nº 4.2453/20, com veto de 28 dispositivos, dando origem à Lei Nº 14.133/21, que retornou ao Congresso

Nacional e por maioria absoluta derrubou o veto presidencial, tendo publicado em 01 de abril de 2021 a referida lei em sua integralidade.

Assim, nasceu a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, após obedecer todo o rito legislativo, bem como passar pelo controle dos três poderes, estando em plena vigência.

2. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI Nº 14.133/21)

2.1. OBJETIVOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Decorreram 18 anos até que fosse concluída a nova lei de licitações e contratos, percebe-se que nesse lapso temporal mudanças no contexto social e econômico foram significativas e a Lei Nº 8.666/93 já se demonstrava não ajustada ao dinamismo e crescimento econômico do Estado.

O novo ordenamento trouxe ajustes peculiares como supressão de algumas das modalidades de licitações, visando trazer mais praticidade e tornar mais familiar ao servidor público que em muitos casos não possui conhecimento técnico necessário para instruir esses feitos, mas por questões administrativas acaba por ficar encarregado dessa tarefa de extrema responsabilidade, é nesse sentido que vemos uma simplificação, ao menos, no tocante às modalidades licitatórias, levando à Administração Pública licitar e praticar mais aquele determinado rito que outro, por exemplo, o pregão eletrônico.

Na antiga lei (Lei Nº 8.666/93), estavam previstos as seguintes modalidades licitatórias, a saber através da observância do Art. 22 do referido dispositivo:

Art. 22. São modalidades de licitação:
I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão. (BRASIL, 1993).

Observa-se que a distinção entre essas modalidades é estabelecida pelo valor do objeto a ser contratado, conforme estabelecido no Art. 23 da Lei Nº 8.666/93, atualizada pelo Decreto Nº 9.412/18:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:
I - para obras e serviços de engenharia:
a) na modalidade **convite** - até **R\$ 330.000,00** (trezentos e trinta mil reais);
b) na modalidade **tomada de preços** - até **R\$ 3.300.000,00** (três milhões e trezentos mil reais); e
c) na modalidade **concorrência** - **acima de R\$ 3.300.000,00** (três milhões e trezentos mil reais); e
II - para **compras e serviços** não incluídos no inciso I:
a) na modalidade **convite** - até **R\$ 176.000,00** (cento e setenta e seis mil reais);
b) na modalidade **tomada de preços** - até **R\$ 1.430.000,00** (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade **concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00** (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais). (BRASIL, 2018).

Todavia, com a vigência do novo ordenamento houve a redução quantitativa das modalidades de licitações à disposição do servidor público para orquestrar as contratações junto ao seu ente, observa-se o disposto no Art. 28 da Lei Nº 14.133/21:

Art. 28. São modalidades de licitação:
I - pregão;
II - concorrência;
III - concurso;
IV - leilão;
V - diálogo competitivo. (BRASIL, 2021)

Percebe-se que fora incluído o Pregão, antes disciplinado pela Lei Nº 10.520/02, bem como a inovação de nova modalidade licitatória, o Diálogo Competitivo, sendo suprimidas as modalidades de Tomada de Preço e Convite (amplamente utilizada para aquisição de materiais de consumo e permanentes). Quanto aos requisitos para seleção da modalidade mais adequada, deverá o servidor público obedecer aos requisitos legais mais apropriados àquela contratação em específico e não mais se basear, única e exclusivamente, no valor referencial do objeto contratual.

Outro ponto relevante, trazido pela Nova Lei, e neste ponto está o tema central de nosso estudo, foi a realocação de determinados dispositivos a fim de torná-los melhor disciplinados em ordenamento mais compatível, esse, talvez, seja o grande destaque e expertise desta lei. Assim, a seção dos crimes e sanções que compreendia do Art. 89 ao Art. 109 da Lei 8.666/93 foi incorporada, por completo, com algumas modificações, ao Código Penal no Capítulo II-B que trata dos Crimes Contra à Administração Pública.

2.2. PRINCÍPIOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Para que entendamos os meandros da Lei Nº 14.133/21, devemos conhecer seus princípios de modo a se nortear por eles ao encarar seus 194 dispositivos, nesse sentido observemos o conteúdo do Art. 5º da referida lei:

“Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da **impeccabilidade**, 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 **juízo 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). (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Observa-se que quando comparado ao Art. 3º da Lei Nº 8.666/93 (Redação dada pela Lei Nº 12.349/10) houve ampliação do rol de princípios a serem observados de modo a elevar o nível de responsabilidade a que os aplicadores desta lei devem observar, sob pena de incorrer em suas penalidades, agora, dispostas no Código Penal.

Assim, destacamos que o servidor público deverá observar, além dos princípios já conhecidos, o princípio da eficiência, do interesse público, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade, ou seja, 13 novos princípios basilares a serem obedecidos.

Nesse sentido, reforçamos nosso entendimento de que o legislador buscou direcionar e “agravar” as responsabilidades gerais daqueles que instruem ou desejam participar do aparato estatal, seja operacionalizando, seja fornecendo ao Estado os elementos necessários para o seu progresso. Ao tratar de contratações para com o Estado, não se trata de mero contrato entre partes, mas literalmente de progresso, orquestrado e direcionado no interesse coletivo, por isso seus agentes devem ser rigidamente conduzidos pela lei e esta deve estar adequada ao estado em que se encontra a famigerada “máquina pública”.

2.3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO PENAL

Dentre os onze princípios constitucionais que regem o código penal, a saber: princípio da taxatividade, princípio da ofensividade, princípio da culpabilidade, princípio, princípio da intervenção mínima, **princípio da fragmentariedade, princípio da subsidiariedade**, princípio da adequação social, princípio da humanidade, princípio do no bis in idem, princípio da proibição da analogia da lei penal em malam partem, princípio da intranscendência. Destacamos dois deles que se afeiçoam à transmutação dos crimes em licitações e contratos administrativos para o Código Penal, por meio da Lei Nº 14.133/21.

Nesse sentido, utilizando dos ensinamentos objetivos e profundos do Professor Guaracy Moreira Filho, temos que:

- e) Princípio da fragmentariedade: É aquele que reconhece o **direito penal** como parte de um todo, um fragmento do ordenamento jurídico e dessa forma deve ser visto como a **ultima ratio**, isto é, somente deve ocupar-se das condutas graves, limitando-se a **tutela dos bens jurídicos mais relevantes**;
- f) Princípio da subsidiariedade: estabelece que o direito penal somente poderá atuar quando outros ramos do direito se revelarem ineficazes no controle de conflitos gerados no meio social. (MOREIRA FILHO, 2019, p. 57, grifo nosso).

Denota-se, portanto, que o Direito Penal é a última alternativa coercitiva (*ultima ratio*) para que se consiga manter protegidos os bens jurídicos, socialmente considerados, mais relevantes e a sua aplicabilidade, por lógica, dar-se-á quando se mostrarem ineficazes os demais meios e alternativas de controle de tais condutas ofensivas.

Percebe-se, que a alteração legislativa promovida pela lei Nº 14.133/21 a qual teve o condão de deslocar as condutas ilícitas previstas na Lei Nº 8.666/93 e inseri-las no Capítulo II-B do Código Penal, de modo a tornar essas condutas sujeitas aos princípios e demais mecanismos de interpretação do Código Penal.

2.4. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E O ILÍCITO PENAL

Conceito de ilícito. Ou seja, trata-se de violação a preceito normativo do qual decorre a ilicitude, nesse sentido é necessário verificar se prepondera significativa distinção entre ilícito administrativo e ilícito penal. Nesse sentido observamos o raciocínio sistêmico proposto por Nelson Hungria, com citação de Goldschmidt:

(...) existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo" ("*Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hütte*"). A disparidade entre um e outro - repita-se - é apenas quantitativa. Qual outra diferença, senão de grau, v. g., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a prevaricação, entre uma infração sanitária é um crime contra a saúde pública, entre uma infração fiscal e o descaminho, entre violações de posturas municipais e contravenções penais? (GOLDSCHMIDT *apud* HUNGRIA, 1945).

Interessante trazer para o nosso estudo em específico essa concepção evolutiva da norma, que nasce no bojo do ordenamento administrativo, o qual visa proteger e zelar pela administração pública e seu funcionamento e culmina num ordenamento penal o qual preza pelo estabelecimento da ordem, combatendo toda lesão e/ou ameaça de lesão a bem jurídico. Enquanto esta trata do “direito penal subjetivo da justiça” aquela sanciona um direito penal subjetivo da administração.

Posto isso, observamos exatamente esse comportamento jurídico normativo à tipificação dos crimes em licitações e contratos que originariamente foram descritas na Lei Nº 8.666/93 entre os Art. 89 ao Art. 99, passam a compor o Capítulo II-B DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, especificamente entre os Art. 337-E ao 337-O. Dessa forma, distinguindo-se, senão pelo agravamento de determinados preceitos, elevando o grau como disse Goldschmidt.

2.5. DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

2.5.1. Impactos dessa distinção para a análise dos crimes em licitações e contratos

É imperioso destacar essas duas palavras, que embora parecidas e, no senso comum, sejam consideradas como tal, em verdade, não o são e trazem consigo considerações que impactam, profundamente, em nossa análise, uma vez que importam para distinguir dentro das licitações fases em que se encontram o certame.

Processo¹, *lato sensu*, pode ser entendido como o caminho, dotado de etapas pré-estabelecidas, que leva ao resultado esperado. Já a palavra procedimento², em mesmo sentido, diz respeito às etapas, qual sequência ordenada de ações para se chegar ao resultado.

Posto isso, devemos contextualizar tais vocábulos em nossa proposta de estudo; assim trataremos dessas significativas distinções na esfera administrativa e para tanto, ensina-nos Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. (PIETRO, 1997.p. 397).

¹ Sequência contínua de fatos ou operações que apresentam certa unidade ou que se reproduzem com certa regularidade; andamento, desenvolvimento, marcha. (OXFORD LANGUAGES, 2023)

² Modo de fazer (algo); técnica, processo, método. (OXFORD LANGUAGES, 2023)

Com o advento da Nova Lei, em comento, verifica-se a materialização dessa distinção ao ser previsto no Art. 17 da Lei 14.133/21 as fases ou procedimentos que compõem o processo de licitação, a saber:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
 I - **preparatória**;
 II - de divulgação do edital de licitação;
 III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
 IV - de julgamento;
 V - de habilitação;
 VI - recursal;
 VII - de homologação. (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Destaca-se nesse dispositivo que ao ser comparado à antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), que houve a inclusão da Fase Preparatória no processo de licitação, além disso na descrição das condutas ilícitas que antes tratava dos procedimentos licitatórios com a nova redação, diz agora processo, logo compreendendo todas as fases elencadas no retro mencionado artigo.

Quadro 1 - Perturbação de processo licitatório

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133
Art. 93 Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:	Perturbação de processo licitatório Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:
Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.	Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

Ademais, observa-se que a Fase Preparatória decorre do que anteriormente se chamava de fase interna, pela nova redação essa fase ganha maior relevância e a ela está atrelado o Princípio do Planejamento, o qual preza, literalmente, por um planejamento da Administração Pública, analisando-se desde a real fundamentação do pedido pleiteado, junto ao Dirigente, até a elaboração e publicação do Edital. Como exemplo, segue o fluxograma passo a passo das principais etapas da Fase Preparatória de um pregão eletrônico, advertindo que a depender da complexidade do objeto contratado pode haver mudanças.

Figura 1 - Principais etapas da Fase Preparatória de um pregão eletrônico



Fonte - O autor (2023).

Portanto, é possível compreender o porquê da preocupação do legislador com a inclusão dessa fase dentro do processo e, por conseguinte, tipificar a conduta ilícita atrelada ao processo licitatório. A Fase Preparatória é dotada de complexidade e etapas, como observado no fluxograma, e em cada uma delas pode ocorrer uma conduta ilícita do agente público capaz de corromper, imediata ou mediamente, o curso do certame, nesse momento do processo.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, pode haver violação do princípio da isonomia no ato convocatório ou no próprio curso do certame:

(...) o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais." (JUSTEN FILHO, 2012 p. 60).

Pode haver ausência de necessidade de se formular o pedido, mas mesmo assim o fazer de modo a direcionar inicialmente o que se deseja adquirir, inventando uma motivação ou, ainda, um mal planejamento proposital de modo a necessitar várias contratações do mesmo objeto dentro do mesmo ano orçamentário.

Outra constatação evidente, verifica-se na elaboração tendenciosa da planilha de orçamentos e custos, uma vez que esta servirá de parâmetro para o valor referencial, poderá ter seu valor superfaturado, por meio de pesquisas descontextualizadas do valor real de mercado, prática, popularmente, conhecida como “jogo de planilhas”. Para que seja evitado esse joguete deverá a planilha passar por controle e saneamento, sendo especificado, documentalmente, a fonte de pesquisa utilizada, CNPJ da empresa que pratica o preço utilizado, data/hora da pesquisa etc.

A próxima etapa dessa fase preparatória é a elaboração do projeto básico e do termo de referência, para tanto devemos conhecer o conceito legal de tais instrumentos trazidos pela Lei N° 14.133:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...)

XXVI - projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes. (BRASIL, 2021).

A elaboração do Projeto Básico ou Termo de Referência é um dos momentos cruciais para o sucesso de uma licitação, pois com base nele é que será confeccionado o Edital, o qual pode ser compreendido como uma espécie de contrato que será celebrado com o licitante vencedor do processo licitatório. Assim, deve-se adotar cautela nessa elaboração de modo a atender à necessidade da Administração, bem como garantir a isonomia e o caráter competitivo do processo. Verifica-se inconformidades quando são inseridas cláusulas inúteis capazes de inviabilizar a concorrência, exigência de qualificação técnica não condizente com o que se deseja contratar levando a beneficiar uns em detrimentos de outros, descrição detalhada do objeto com a finalidade de direcionar a contratação etc. A seguir alguns exemplos reais identificados pelo Tribunal de Contas do Estado, extraído da apostila Fraudes em Licitações e Contratos Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social – CAO-PP, volume 1:

a) exigência de cláusulas que impõem a identificação e a mobilização prévia, por todos os licitantes, de seus veículos, funcionários e instalações, já para a sessão pública, eis que referem-se a ferramentas para a produção de serviços ao longo do contrato (TCE/SP Pleno – Sessão: 8/10/2014 M00200004358/989/14-3, 00004393/989/14-0, 00004402/989/14-9, 00004415/989/14-4 e 00004417/989/14-2 - Acórdão - Relatório e voto). Constata-se uma exigência desmedida que acaba por reduzir o caráter competitivo dos licitantes, visto que somente aquele que já possui planilhada tais informações no ato da sessão pública é que poderá licitar, quando em verdade esses dados devem ser controlados e trazidos ao conhecimento da Administração Pública, via Gestor Contratual, durante a execução do escopo contratual pelo vencedor da licitação.

b) exigência de prova da propriedade dos veículos necessários a execução dos serviços, bem como especificação do ano de fabricação (TC-041897/026/09, TC- 042208/026/09 - Acórdão - Relatório e voto e TC 2806.989.14-1, em sessão de 20/08/2014)

Verifica-se exigência desprovida de razoabilidade, uma vez que o referido Tribunal concluiu e decidiu que a empresa deveria entregar os carros em condições de prestar os serviços, podendo tê-los em sua posse por meio de contratos de locação ou leasing e não necessariamente demonstrar ser proprietários.

c) exigência de apresentação de amostras na fase de habilitação (TCE/SP (TRIBUNAL PLENO SESSÃO: 20/02/13, EXAME PRÉVIO DE EDITAL TC-000033/989/13-8 - Acórdão - Relatório e voto, SEÇÃO MUNICIPAL)

O Tribunal decidiu neste caso que a apresentação das amostras deveriam se dar única e exclusivamente pelo licitante classificado como o primeiro colocado na disputa por lances. Sendo desarrazoável e ferindo o caráter competitivo fazer tal exigência antecipadamente na fase de habilitação das propostas.

d) previsão de possibilidade de participação de empresas nas quais acionistas com participação minoritária sejam servidores da Prefeitura (TCE/SP TRIBUNAL PLENO SESSÃO: 20/02/13, EXAME PRÉVIO DE EDITAL TC-000033/989/13-8 - Acórdão - Relatório e voto, SEÇÃO MUNICIPAL)

Clara e escancarada cláusula ilegal, uma vez que fere o Art. 9º tanto da Lei 8.666/93 como o atual Art. 9º do Lei 14.133/21, em que servidor com vínculo junto à Administração Pública não pode figurar como licitante concorrente dos demais, sob pena de haver favorecimentos ou facilidades que frustrem a isonomia entre os licitantes.

e) aglutinação de objetos distintos em um único lote (TCE/SP TRIBUNAL PLENO SESSÃO: 20/02/13, EXAME PRÉVIO DE EDITAL TC-000033/989/13-8 - Acórdão - Relatório e voto, SEÇÃO MUNICIPAL)

Manobra para excluir os concorrentes da licitação de modo a vincular objetos que não possuem correlação entre si e que deveriam ser licitados em separados, mas que são colocados no mesmo escopo contratual de modo a excluir aquele que não possui unicamente todos os objetos pretendidos à ser contratado.

g) estabelecimento de especificações técnicas idênticas às ofertadas por determinado fabricante, com a exclusão de todas as outras marcas do bem pretendido, sem qualquer justificativa consistente (Acórdão n.º 1.861/2012-Primeira Câmara, TC 029.022/2009-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.4.2012). (CAO-PP, [20-?]).

Outra manobra muito comum, que visa direcionar e fraudar o caráter competitivo entre os licitantes, uma vez que trazem para o escopo contratual especificações técnicas restritivas e direcionadas a um único fornecedor.

Estes são apenas alguns exemplos da importância orquestrada pela Lei Nº 14.133/21 ao substituir procedimento por processo e, além disso, trazer a Fase Preparatória para dentro do processo licitatório, bem como das condutas criminosas passíveis de ocorrer nessa etapa.

3 INSTITUTOS PENAIS RELEVANTES À APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

3.1.1. *Abolitio criminis*

Abolitio criminis é um instituto jurídico observado na parte geral do Código Penal o qual determina que ninguém poderá ser punido diante de uma conduta que passou a ser atípica por força de lei, ou seja, um fato que antes era considerado típico deixa de o ser em virtude de lei, assim observamos o disposto no Art. 2º do CP:

Lei penal no tempo

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. (Redação dada pela Lei Nº 7.209, de 11.7.1984)
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. (BRASIL, 1940).

Assim, observando também o preceito constitucional presente no Art. 5º da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988).

Faz-se importante este instituto para o nosso estudo, uma vez que com o advento da Lei 14.133/21, mantiveram-se as condutas tipificadas entre o Art. 90 ao Art.99 da Lei Nº 8.666/93, ou seja, foram transportadas para o Código Penal estando descritas entre os Art.337-F ao Art. 337-N. A pergunta que fica é: “Então nada mudou?”, não é tão simples assim, houveram alterações, todavia, não no sentido de suprimir, mas, sim, visando a ampliação de condutas que passaram a ser consideradas típicas. Dessa forma, podemos dizer que não houve o *abolitio criminis* nesse contexto.

Imperioso destacar que o *abolitio criminis* somente encontra guarida em relação ao Art. 89 da Lei Nº 8.666/93 em que, segundo a nova redação, suprimiu o trecho "(...) ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (...)", tornando essa conduta atípica e sendo possível a retroatividade para se beneficiar o réu que tenha incorrido nesse crime à época de sua vigência.

3.1.2. *Novatio legis in pejus*

Novatio Legis é o instituto jurídico que trata da Anterioridade da Lei estando presente no Art. 1º do CP, o qual determina que ninguém será incriminado senão por lei já escrita, tampouco, aplicar-se-á pena sem que se tenha sua cominação legal: “**Anterioridade da Lei** Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei Nº 7.209, de 11.7.1984) ”.

Assim a *Novatio Legis* ou Nova Lei pode ser analisada sob duas óticas distintas, as novas leis que trouxeram alguma espécie de benefício àquele que pratica conduta delituosas (*Novatio Legis in Mellius*) ou tais ordenamentos implicaram em alguma espécie de prejuízo ao criminoso (*Novatio Legis in Pejus*).

As *Novatio Legis in Mellius*, que trazem de algum modo benefício ao réu, esta não deverá tardar e aplicar-se-á imediatamente inclusive retroagindo a qualquer tempo para beneficiá-lo.

Quanto a *Novatio Legis in Pejus* esta, ao contrário, é dotada de ordenamento que de algum modo implica prejuízo ao réu, ou seja, estaremos diante de uma lei mais severa seja por sua ordem qualitativa, seja pela quantitativa, assim discorreu Mirabete:

(...) nessa situação (*novatio legis in pejus*) estão as leis posteriores em que se comina pena mais grave em qualidade (reclusão em vez de detenção, por exemplo) ou quantidade (de 02 a 08 anos, em vez de 01 a 04, por exemplo); se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente; se eliminam atenuantes ou causas de extinção da punibilidade; se exigem mais requisitos para a concessão de benefícios, etc.” (MIRABETE, 2005, p. 67).

Decorre que a Lei Nº 14.133/21 em matéria das condutas consideradas criminosas houve um agravante qualitativo, na medida em que se observou alteração das condutas antes apenadas com detenção, passaram a ser punidas com reclusão, ademais em alguns dispositivos houve aumento do *quantum* da pena.

Dito isso, cabe lembrarmos da irretroatividade da lei penal quando esta é mais gravosa, como preconiza a Carta Magna de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (BRASIL, 1988).

Portanto, não haverá retroatividade da lei penal que se propõe a agravar a punibilidade da conduta criminosa, ou seja, essa lei não poderá alcançar àqueles que praticaram a mesma conduta em data pretérita a entrada em vigor do novo tipo penal mais gravoso. Fato esse observado para os crimes em licitações e contratos, com a redação dada pela Lei 14.133/21.

3.1.3. *Vacatio legis*

*Vacatio Legis*³ é um instituto jurídico que designa o intervalo entre a publicação da lei e a sua vigência. Um conceito relativamente simples se for verificado apenas a sua literalidade, todavia seu entendimento prático implica diretamente na aplicabilidade de qualquer dispositivo legal. Com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, dado a complexidade e dinamismo prático da matéria que foi redefinida em alguns pontos, houve necessidade de cautela do legislador ao torná-la vigente “na data de sua publicação”, observa-se, atenciosamente, o que diz a lei:

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.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2021).

Quanto à Nova Lei não resta dúvida do seu vigor no ato de sua publicação oficial, todavia a indagação é quanto à Antiga Lei: o que fazer com ela? Pois bem, ao analisarmos o Art. 193 veremos o cuidado que o legislador teve com o tema tratado e determinou que os artigos que, anteriormente na lei Nº 8.666/93, tratavam dos crimes em licitações estão revogados na data da publicação desta lei, ou seja, as novas tipificações realocadas no Código Penal, imediatamente, passam a valer. Não obstante o restante desse antigo ordenamento terá sua vigência prolongada por 02 (dois) anos.

³ Expressão latina que significa *vacância da lei*, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência. Existe para que haja prazo de assimilação do conteúdo de uma nova lei e, durante tal vacância, continua vigorando a lei antiga. A *vacatio legis* vem expressa em artigo no final da lei da seguinte forma: "esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial. (*Vacatio legis*. *AGÊNCIA SENADO*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>. Acesso em: 1 maio 2023.)

Pode parecer confuso ter duas leis complexas vigorando ao mesmo tempo, mas não, isso demonstra cuidado, uma vez que o tema trata de processos que disciplinam a movimentação dos recursos públicos que não param um só segundo e revogar imediatamente a antiga lei, seria como trocar ao mesmo tempo todas as turbinas de um boeing, com lotação máxima, em pleno voo. Assim, preferiu o legislador estender o prazo para que num lapso temporal razoável os diversos setores da Administração Pública possam se organizar e fazer uma transição segura, sem que essa enorme “máquina” despenque sobre nós. Ademais, ficou estabelecido que, atualmente, cabe à Administração escolher com qual ordenamento irá iniciar o processo licitatório, devendo aplicá-lo em todo o processo, sob pena de responsabilização, caso haja inobservância dos dispositivos do regramento adotado.

3.1.4. Acordo De Não Persecução Penal (ANPP)

Interessante trazermos para dentro da nossa análise acerca dos crimes em licitações e contratos o novo dispositivo processual penal chamado de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que fora introduzido pela Lei Nº 13.964/19, popularmente chamada de “Pacote Anticrime”. A referida lei instituiu expressamente esse acordo em seu Art. 28-A do Código Processo Penal, a saber:

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: (Incluído pela Lei Nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei Nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei Nº 13.964, de 2019) (Vigência). (BRASIL, 2019).

Pontua-se que aplicar-se-á esse acordo ao investigado que confessar formalmente o crime praticado, ou seja, estamos tratando de um instituto pré-processual do qual o Ministério Público é o titular para concedê-lo, não figurando direito subjetivo do investigado para pleiteá-lo, além disso o fato típico confessado não poderá ter ocorrido sob violência ou grave ameaça e, cumulativamente, deve ser apenado com pena mínima inferior a 04 anos de reclusão. Outro ponto relevante é o investigado não ser reincidente, tampouco ter sido beneficiado nos últimos 05 anos

com ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, ademais deve gerar um efeito repressivo e preventivo em relação ao tipo penal praticado.

Em se tratando de crimes em licitações a redação Art. 28-A, em seus incisos I e II do CPP produz um efeito “reparativo”, ainda que não o seja em sua plenitude, apresenta-se como uma alternativa eficaz de reparação do dano causado ao cofres públicos, bem como da lesão causada ao interesse público que deixou de contratar com a proposta mais vantajosa, onerando os recursos que poderiam ter sido empregados para outro fins legítimos, onde o Ministério Público busca estabelecer a justiça restaurativa.

Podemos, facilmente, pontuar os delitos que admitem a aplicação deste instituto jurídico, sendo eles: Patrocínio de Contratação Indevida (Art. 337-G do CP), Perturbação de processo licitatório (Art. 337-I do CP), Violação de Sigilo em Licitação (Art. 337-J do CP), Afastamento de Licitante (337-K do CP), Contratação inidônea (Art. 337-M do CP), Impedimento Indevido (Art. 337-N do CP), Omissão Grave de dado ou informação por projetista (Art. 337-O do CP).

3.1.5. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo tem previsão na lei que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, mais precisamente no Art. 89 da Lei Nº8.999/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (BRASIL, 1995)

Assim, verifica-se que alguns dos crimes em licitação e contratos estão no viés desse dispositivo, visto que delitos como o patrocínio de contratação indevida (Art.337-G do CP), Perturbação do Processo Licitatório (Art. 337-I do CP), Impedimento Indevido (Art. 337-N do CP), Contratação Inidônea (Art. 337-M do CP)

Omissão Grave de Dado ou de Informação por Projetista (Art. 337-O do CP) são apenados, em abstrato, com pena mínima cominada em 01 (um) ano ou menos.

Esse direito é oferecido pelo Ministério Público ao indiciado antes do oferecimento da denúncia, desde que preenchidos os requisitos legais, cabe destacar que o não oferecimento desse direito acarreta em nulidade do processo, sendo decisão exclusiva do beneficiado aceitar ou não a suspensão. Quando aceito o benefício o indiciado não poderá utilizá-lo novamente durante 05 (cinco) anos. No tocante à jurisprudência, temos a Súmula Nº 536 do Superior Tribunal Justiça que veda a aplicabilidade desse instituto nos casos de violência doméstica.

3.1.6. Transação penal

Encontramos esse instituto penal presente inserido no Art. 76 da Lei Nº 9.099/95, a saber:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995)

Logo, em se tratando dos chamados crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas máximas em abstrato não ultrapassem 02 (dois) anos, bem como nos casos de contravenções penais, após cumprido os requisitos taxativos do §2º, incisos I, II e III da lei supracitada e havendo materialidade e indícios de autoria, e não sendo condenado em definitivo a pena privativa de liberdade, poderá ser aplicado esse

instituto com os seus respectivos efeitos. Trata-se, este instituto, de uma aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, devendo o Ministério Público propor tal medida, embora o *Parquet* seja obrigado ajuizar ação penal, salvo nos casos de cabimento da Transação Penal. Ademais, não é obrigatório à parte aceitar essa propositura do *Parquet*. Há necessidade de homologação pelo juiz acerca da presença dos requisitos para aplicação da Transação, bem como da aceitação voluntária pelo agente.

Poder-se-á aplicar este dispositivo somente ao crime de Impedimento Indevido previsto no Art. 337-N do CP.

3.2. ALTERAÇÃO QUANTO À REDAÇÃO DOS TIPOS PENAIS

Após passear por esses institutos penais trataremos, neste momento, dos tipos penais propriamente ditos, de modo a estabelecer os pontos que sofreram ou não alterações e as consequências lógicas do fato típico.

3.2.1. Artigos cujas condutas permaneceram inalteradas

Analisaremos agora os tipos penais, os quais a lei Nº 14.133/21 não promoveu alterações quanto à conduta delitiva, ou seja, os tipos permaneceram os mesmos:

Quadro 2 - Frustração do caráter competitivo de licitação

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente , o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Frustração do caráter competitivo de licitação Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Fonte: BRASIL, 1993, 2021.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Primeiramente, cabe observar que as condutas sofreram poucas alterações, mantendo-se o tipo penal praticamente inalterado quanto à forma e objeto neste crime protegido. Verifica-se a supressão do texto “mediante ajuste combinação ou qualquer outro expediente”, ou seja, o

legislador com a nova redação do Art. 337-F buscou torna-la mais abrangente, elevou-a à condição de tipo penal aberto, corrigindo o antigo artigo que determinava o meio por onde se obteria a fraude ou a frustração: mediante ajuste.

Secundariamente, houve uma inversão literal da ordem das frases, poluindo a compreensão do texto, mas com singelo esforço é possível. Relevante destacar o enrijecimento da natureza da pena e da pena em abstrato cominada, houve um salto desmedido e irracional para essa elevação, sendo inversamente proporcional ao que se trabalhou no tocante à evolução do tipo penal propriamente dito, ou seja, pouco se alterou quanto à conduta e muito se mudou no tocante à pena.

Por fim, mas sem esgotar o tema, houve mudança no tocante à palavra processo e como já tratado anteriormente houve ampliação do espectro dos atos administrativos sujeitos ou passíveis de ocorrer este crime, incorporando-se a fase interna do processo licitatório.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Este tipo penal, como em todos os demais a serem comentados no presente trabalho, tem por finalidade a preservação dos princípios administrativos esculpidos no Art. 37 da Constituição Federal, mas não só esses, protege-se a isonomia, bem como a competitividade entre os licitantes do certame o que inclusive vem expresso no artigo em comento. Outra proteção observada é a inviolabilidade da Administração Pública que promove a gestão orçamentária a fim de salvaguardar o interesse público, ou seja, indiretamente busca-se a proteção da sociedade.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo, destaca-se que aquele que não figura como coautor, nem como partícipe, ou seja, que a sua conduta não tem a finalidade de praticar os verbos do tipo, mas que mesmo assim se beneficie dos resultados delituosos praticados não será punido.

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que seja lesada direta ou indiretamente pelo crime praticado, ressalta-se que a própria Administração Pública pode figurar no polo passivo.

Ainda, devemos observar que para consumação deste crime os verbos “frustrar” e “fraudar” devem terem sido praticados, todavia não se exige o resultado, além do que é possível que haja a forma tentada, visto que estamos diante de um crime material, ainda que de difícil distinção entre a fase de preparação e execução, necessitando de esforço probatório no tocante à investigação e coleta de provas.

PENA E AÇÃO PENAL: Ação penal é pública e incondicionada. Verifica-se que a natureza da pena passou de detenção para reclusão e a pena em abstrato passou a ser de 04 (quatro) a 08 (oito) anos. Não se aplica a este crime os seguintes institutos processuais: Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 3 - Patrocínio de contratação indevida

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Patrocínio de contratação indevida Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública , dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.
Pena - detenção , de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão , de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Esse tipo penal trata-se de tipo especial de advocacia administrativa da qual o agente público, por meio do seu envolvimento e poder acerca do tema, consegue favorecer uns em detrimento de outros, a fim de obter qualquer espécie de vantagem perante a Administração Pública em favor do interesse privado, utilizando, para tanto, de sua função pública. Saliencia-se que a advocacia administrativa prevista no Art. 321 do CP, não era utilizada quando a conduta delitativa se dava em contexto licitatório, uma vez que havendo norma especial tratando do assunto, Art. 91 da Lei Nº 8.666/93, aplicava-se este e não aquele dispositivo. Todavia com as alterações mencionadas neste trabalho, insere-se esse tipo penal específico dentro do CP, logo aplica-se o critério da especificidade ao caso em concreto.

Devemo-nos observar que o tipo penal em comento possui uma relação de causa e efeito no bojo do seu artigo, visto que a partir do verbo “patrocinar” deve ocorrer duas situações específicas: “instauração de licitação” ou “celebração de contrato”. De tal sorte que, pouco importando se há ou não legitimidade dos fatos motivadores, o patrocínio ou esforço decorrente do funcionário/servidor deve objetivar

dar início em um processo licitatório ou então ao seu término resulte em celebração do contrato.

Além disso, neste tipo penal, esta presente mais uma elementar a qual devemos analisar, trata-se da “condição objetiva de punibilidade” que para alguns doutrinadores tais quais Guilherme Nucci, Tavares de Freitas, deve ocorrer a condição de “invalidação a ser decretada pelo Poder Judiciário”. Todavia, a condição objetiva de punibilidade não integra o conceito dogmático de crime (fato típico, antijurídico e culpável) sendo essa exigência externa, uma vez que depende de solução do Poder Judiciário não poderá ser considerada como condição *sine qua non* para o enquadramento neste crime.

BEM JURÍDICO TUTELADO: O bem jurídico tutelado nesse caso é a Administração Pública, especificamente a moralidade e a probidade administrativa, bem como das contratações públicas límpidas, assim nos ensina o Professor Damásio de Jesus:

A lei penal protege o regular funcionamento da administração governamental, tutelando-a da conduta irregular de seus componentes que, em razão do cargo, procuram defender interesses alheios ao Estado, de particulares, lícitos ou ilícitos. (JESUS, 2007, p. 181).

Destaca-se o ensinamento de Bitencourt:

O sentimento do administrador público, enfim, não pode ser outro senão o de cumprir e fazer cumprir o processo licitatório com toda transparência e correção, observando estritamente as disposições legais pertinentes à matéria, sem sofrer influências externas de quem quer que seja. A criminalização constante do Art. 91 pretende, enfim, impedir procedimento que ofenda ou dificulte o tratamento isonômico dos concorrentes, ou que, por qualquer razão, dificulte ou impeça a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. (BITENCOURT, 2021, p. 213).

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Ademais, o sujeito ativo é o funcionário público, logo estamos diante de um crime de mão própria em que o único agente capaz de cometer esse crime é o servidor público que esteja vinculado de algum modo aos processos licitatórios, destaca-se que o particular por si só não pratica este crime por não ter condições suficientes para praticar a elementar da conduta, todavia, poderá incorrer em tal prática delituosa na condição de partícipe. Considera-se sujeito passivo o Estado e suas autarquias, fundações, empresas públicas e demais entidades, poderá figurar terceiro que seja alcançado por esse prejuízo decorrente dessa prática. Quanto ao elemento subjetivo, observa-se o dolo do qual decorre a

instauração, bem como a celebração de contrato administrativo, não se admitindo a modalidade culposa. Ainda, não cabe tentativa, uma vez que a consumação do delito deve estar acompanhada de invalidade judicial do processo licitatório, assim “é indispensável que em virtude da conduta do autor, seja instaurada licitação ou celebrado contrato”⁴ (ROCHA, W; VANIN, F.S; FIGUEIREDO, P.H.P.D, p. 452), neste sentido, também, ensina-nos Cleber Masson:

Crimes subordinados à condição objetiva de punibilidade são incompatíveis com a tentativa. Se o próprio delito completo não é punível sem esta condição, muito menos o será a sua tentativa. (MASSON, 2021, p. 31)

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 91 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-G da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa. O que se verifica é a mudança quanto ao tipo de pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, bem como ao *quantum* a ser imputado, que passa a ter pena máxima ampliada para 03 (três) anos. Admite-se a Suspensão Condicional do Processo, bem como o Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 4 - Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 124 desta Lei: (Redação dada pela Lei Nº 8.883, de 1994) (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021).</p>	<p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo</p> <p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p>
<p>Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei Nº 8.883, de 1994) (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)</p>	<p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia,</p>	<p>SEM CORRESPONDENTE</p>

⁴ Trata-se, nesse sentido de crime material vinculado, ou seja, para sua tipificação, é indispensável a concomitância de todo os elementos descritos no tipo. (BITENCOURT, 2021, p. 219).

injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	
--	--

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Os termos presentes no *caput* do Art. 92 que foram suprimidos acabaram por ser trocados por outros que na prática funcionam como seus sinônimos, ou seja, não houve alteração significativa em relação a essas substituições, diante disso pontua Vicente Greco Filho:

O legislador, porém, tendo em vista sua miopia, não se lembrou de que a regra também seria aplicável às empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas controladas pelo Poder Público, as quais não atuam no sistema de dotações orçamentárias e elementos de despesas, e sim no sistema privado de regime de caixa (...). (GRECO FILHO, 2007, pp. 89-90).

Prima-se consignar que a embora no núcleo dos verbos ensejem em condutas ativas, a omissão é penalmente relevante, visto que atos dentro de um procedimento ou mesmo no processo licitatório como um todo pode culminar em lesão à Administração Pública, bem como ao interesse público, basta que não se colha a assinatura da autoridade competente, perca-se um prazo ou admita-se um edital erroneamente escrito para que tenhamos a consumação deste crime.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Quanto ao bem jurídico tutelado, trata-se da proteção e garantia dos princípios da probidade, integridade e moralidade de todo o certame, prezando-se pela isonomia concorrencial, imperando a lisura de todos os atos e de todos os envolvidos nesse processo, mais especificamente, protege-se qualquer alteração indevida em sede de contratos administrativos.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: O sujeito ativo desse crime deve nutrir as qualidades necessárias a ter a capacidade de tomar decisões admitindo, possibilitando ou dando causa a alterações contratuais, nota-se a que foi pontuado a alteração contratual para prorrogação de prazo a qual deve ser autorizada pelo Dirigente da Unidade Gestora Executora. Isto posto, conclui-se que o crime é próprio e deve ser praticado por funcionário público, não se admitindo para este crime aquele que se encontra em gozo de afastamento regulamentar. Admite-se partícipe, que realize atividades secundárias concorrentes para a prática do núcleo dos verbos, soma-se a isso a necessidade desse terceiro auferir vantagem, assim nos ensina Costa Jr.:

Consoante mandamento expresso do parágrafo único do mencionado dispositivo, o contratado só responde pelo crime se, além de ter ‘comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais’. (COSTA JR., 2004, pp. 37-38).

Sujeito passivo deste crime são os entes federativos, materializados na figura de suas respectivas administrações públicas. Ressalta-se que o Estado sempre figurará como sujeito passivo primário, ou seja, o que é primeira e diretamente afetado pela conduta criminosa

PENA E AÇÃO PENAL: Estamos diante de um crime de Ação Pública Incondicionada. Percebe-se, novamente, e ao longo de todo o presente trabalho, a mão pesada do legislador e aumentar desmedidamente a natureza e o quantum da pena em abstrato que passou de a ser de 04 (quatro) a 08 (oito) anos de reclusão. Não sendo possível a aplicabilidade da Transação Penal, tampouco da Suspensão Condicional do Processo e do Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 5 - Perturbação de processo licitatório

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021).	Perturbação de processo licitatório Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos , e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021).	Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos , e multa.

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Perturbação do processo licitatório, trata-se em retirar, propositadamente, do curso natural e objetivo a que se destina o processo licitatório, podendo haver motivações e interesses particulares nesse fim. Deve-se levar em conta que não importa a fase do processo licitatório, Art. 17 da Lei 14.133/21, em que se dê essa perturbação, impeditiva ou fraudulenta, tampouco o objetivo a que se queira alcançar com essa manobra, importa apenas que houve

desequilíbrio dos atos a que se destina o certame. Nesse sentido, Greco Filho ensina-nos:

O dispositivo contém, implícito, o elemento normativo sem justa causa ou indevidamente quanto ao impedir e o perturbar, porque há situações em que o impedimento ou perturbação são não só legítimos, mas necessários, como a utilização do mandado de segurança para suspender ou anular o procedimento viciado". (GRECO FILHO, 2007, p. 35).

Cabe observar que a eventual interferência no andamento do certame desde que seja orquestrada pelo exercício regular de um direito não há que se falar em antijuridicidade, assim ensina Bitencourt:

(...) quem exerce *regularmente um direito* não comete crime, não viola a ordem jurídica, nem no âmbito civil, e muito menos no âmbito penal. De notar-se que o exercício de qualquer direito, para que não seja ilegal, deve ser *regular* (...) *Regular* será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses *limites*, haverá o *abuso de direito* e estará, portanto, excluída essa justificação. O *exercício regular de um direito* jamais poderá ser *antijurídico*. (BITENCOURT, 2021, p. 110).

Ainda nesse sentido, importante destacar que a capacidade postulatória do direito de ação por si só não frustra o caminhar do processo licitatório de modo pernicioso como pretende alcançar o artigo em questão. Eventual excesso ou má-fé do litigante, dentro desse contexto, deve ser analisada pelo judiciário ao qual já aplicará sanções pertinentes a esses casos, “não devendo repercutir em outras áreas, alheias à própria demanda”, tampouco alcançar a uma conduta criminal. Por mais que o exercício regular de direito ou estrito cumprimento de um dever legal sejam excludentes de ilicitude, há na doutrina o chamado excesso punível onde deve ser apurado de maneira pormenorizada do “exercício imoderado” em que se extrapola os limites legais resultado em conduta mais gravosa.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Quanto ao bem jurídico tutelado, trata-se da proteção e garantia dos princípios da probidade, integridade e moralidade de todo o certame, prezando-se pela isonomia concorrencial, imperando a lisura de todos os atos e de todos os envolvidos nesse processo.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Trata-se de um crime comum em que qualquer um pode figurar como sujeito ativo, pouco importando se o agente é funcionário público ou particular, independentemente do seu interesse pessoal e que se alcance o resultado naturalístico. Cabe única ressalva no tocante à figura do

advogado que por conivência deixar não incorrerá neste delito, recairá apenas medidas administrativas a serem julgadas pelo Tribunal de Ética da OAB. Sujeito passivo é qualquer sujeito que for prejudicado em qualquer fase do processo licitatório em decorrência de ação do sujeito ativo.

Quanto ao elemento subjetivo, deve haver o dolo em praticar quaisquer dos verbos presentes na elementar do tipo penal, faz-se necessário a existência de consciência atual da ação, bem como da presença da vontade em praticar a conduta. Ademais, estamos diante de crime plurissubjetivo e material quando diante dos verbos impedir e fraudar, crime de mera conduta na modalidade perturbar, não havendo previsão da modalidade culposa.

Destarte, deve-se consignar que a vontade do agente em praticar os atos constantes no tipo penal não é punível, uma vez que a cogitação, constituinte da primeira fase do *inter criminis*, não consiste em fato punível. Ademais, a tentativa é observada apenas na ação dos verbos impedir e fraudar, uma vez que tais condutas admitem fracionamento podendo ser impedidas de sua realização por circunstâncias alheias à vontade do agente, já em relação ao verbo perturbar a doutrina, bem como o professor Bittencourt considera de difícil comprovação de tal sorte que a este verbo do tipo penal cabe classificá-lo como conduta de um crime formal, não exigindo o resultado naturalístico.

PENA: Ao analisarmos o Art. 93 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-I da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa. O que se verifica é a mudança no quantum da pena máxima aplicada, que passou a ser de 06 (seis) meses a 03 (anos), mantendo-se a detenção como medida restritiva de liberdade. Admite-se a Suspensão Condicional do Processo, bem como o Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 6 - Violação de sigilo em licitação

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
<p>Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021).</p>	<p>Violação de sigilo em licitação</p> <p>Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: (Incluído pela Lei Nº 14.133, de 2021).</p>

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.
--	--

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: No tocante à violação de sigilo em licitação, a única alteração observada diz respeito à substituição da palavra procedimento por processo, o que nos remete à ampliação dada pela redação do Art. 17 da Lei Nº 14.133/21.

Dentro dessa temática, é importante observar o que diz o Art. 13 da Lei Nº 14.133/21, sendo que os atos praticados dentro do processo licitatório são públicos, ressalvados os casos em que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Ademais, as publicidades acerca do conteúdo das propostas, bem como do orçamento da administração, serão prolongadas no tempo, sendo aquela até a abertura e esta à discricionariedade da Administração Pública. Assim, demonstra Bitencourt:

Com efeito, com essa proteção do sigilo das propostas pretende-se assegurar a lealdade da competição, dificultar a eventual prática de fraudes e proteger o princípio da isonomia e a paridade de armas na competição licitatória. Há todo um cuidado na guarnição e proteção das propostas oferecidas pelos concorrentes, para que um não saiba da proposta do outro. (BITENCOURT, 2021, p. 279).

BEM JURÍDICO TUTELADO: O bem jurídico tutelado neste tipo penal é a inviolabilidade do sigilo das propostas, nesse sentido Cleber Masson leciona:

O bem jurídico protegido é a higidez da Administração Pública e do processo licitatório, especialmente no que diz respeito ao sigilo das propostas, à igualdade dos licitantes e à competitividade do certame. (MASSON, 2021, p.55).

Não obstante, os demais princípios constitucionais previstos no Art. 37 da CF/88 também são protegidos por este tipo penal, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Zela-se por essa proteção de modo a garantir a lisura do processo, bem como garantir que impere a isonomia concorrencial entre os licitantes.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa; consuma-se instantaneamente quando o agente

pratica qualquer dos verbos do tipo penal; crime unissubjetivo podendo ser praticado por uma única pessoa; plurissubsistente visto que admite fracionamento. Admite-se a tentativa quando o agente por circunstâncias alheias à sua vontade o agente é impedido de praticar os verbos do tipo penal.

Sujeito ativo desse delito é o funcionário público, no entanto integra uma modalidade especial do crime próprio vez que necessita esse sujeito ocupar função ou atividade onde figure como garantidor do sigilo. Quanto ao sujeito passivo, será aquele que prejudicado com tal ação do sujeito ativo, cabe destacar que a Administração Pública pode também figurar como lesada uma vez que foi maculada em decorrência da quebra do sigilo. Deve-se guardar destaque a divergência entre sujeito passivo e prejudicado, ainda que tais denominações possam recair sobre o mesmo indivíduo ou ente, assim prejudicado é todo aquele atingido por prejuízo ou dano material, enquanto que sujeito passivo é o titular do bem jurídico salvaguardado pelo tipo penal, assim ensina Bitencourt:

Convém destacar, por outro lado, que sujeito passivo não se confunde com prejudicado; embora, de regra, coincidam, na mesma pessoa, as condições de sujeito passivo e prejudicado, podem recair, no entanto, em sujeitos distintos: sujeito é o titular do bem jurídico protegido, e, nesse caso, o lesado; prejudicado é qualquer pessoa que, em razão do fato delituoso, sofre prejuízo ou dano material ou moral. Essa distinção não é uma questão meramente acadêmica, despidianda de interesse prático, como pode parecer à primeira vista. Na verdade, o sujeito passivo, além do direito de representar contra o sujeito ativo, pode habilitar-se como assistente do Ministério Público no processo criminal (art. 268 do CPP), e ainda tem o direito à reparação *ex delicto*, ao passo que ao prejudicado resta somente a possibilidade de buscar a reparação do dano na esfera cível. (BITENCOURT, 2021, p. 115).

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de devassar, não necessitando haver resultado danoso para a Administração Pública. Trata-se de um crime o qual devemos realizar o fracionamento do tipo penal para melhor entendimento, assim teremos na primeira parte verbo “devassar” um crime próprio em que o sujeito ativo deve ser aquele que tem o dever de guarda das propostas, as quais não devem ser reveladas antes das audiências públicas, importante consignar que pratica o tipo penal aquele que possui o dever e se abstém de fazê-la facilitando a terceiro para que o faça, Greco filho assim ensina:

Consiste em devassar, que significa violar, tomar conhecimento indevidamente, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassar, que significa possibilitar, permitir podendo evitá-lo. Basta que a violação ocorra em face de

uma das propostas, não havendo necessidade de atingir todas. (GRECO FILHO, 2007, p. 105).

A segunda parte do tipo penal, trata do verbo “facilitar”, logo estaremos diante de um crime material o qual deve ser acompanhado do resultado naturalístico para que seja consumado. Acrescenta-se que nessa elementar a omissão pode ser considerada como ação facilitadora, tratando-se então de ser uma conduta comissiva. Admite-se a tentativa quando “o agente não consegue apossar-se da proposta por circunstâncias alheias à sua vontade” (BITENCOURT, 2021, p. 117). Salienta-se, que não se observará violação ao sigilo quando as informações se destinarem aos órgãos de controle interno e externo, conforme preconiza o Art. 24, inciso I da Lei Nº 14.133/21.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 94 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-J da Lei Nº 14.133/21, observamos que houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa ao ser inserido o termo processo licitatório ao invés de procedimento. Quanto à pena e seu *quantum* não houve alteração legislativa. Não se admite a Suspensão Condicional do Processo, mas é o possível o Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 7 - Afastamento de licitante

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Afastamento de licitante Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Primeiramente, deve-se verificar que há uma semelhança entre o Art. 337-K do CP com os Art. 335 e Art. 358, ambos do CP e já revogados, com a diferença no tocante ao bem jurídico tutelado que na lei Nº

14.133/21 garantem a preservação da moralidade e regularidade das atividades licitatórias/contratuais da Administração Pública.

Quanto ao afastamento de licitante, verifica-se que não houve qualquer alteração no tocante à descrição da conduta criminosa. O legislador tratou neste dispositivo de não somente resguardar o bem público e coletivo como também a figura do licitante, que detém chances de vencer ou mesmo o vencedor do certame, diante da interferência fraudulenta, violenta ou corrupta. O parágrafo único menciona que o licitante que dolosamente deixa de licitar ou se abstém em troca de vantagem oferecida de modo a direcionar o vencedor do certame também incorre nas mesmas penas do “*caput*”.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Estabelece-se proteção à respeitabilidade, integridade e moralidade da licitação, prezando pela isonomia dos licitantes e lisura do certame. Observa-se que, via de regra, os dispositivos em comento visam, além dos princípios retro mencionados, preservar o bom andamento da administração pública e de seus agentes, nas palavras de Bitencourt (2021, p. 120): “O sentimento do administrador público, enfim, não pode ser outro senão o de cumprir e fazer cumprir o processo licitatório com toda transparência, lisura e correção, observando estritamente as disposições legais pertinentes à matéria”

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Sujeito ativo deste delito pode ser qualquer pessoa que consiga afastar ou de algum modo tente o verbo do tipo penal, logo estamos diante de um crime comum. Destaca-se que o advogado em assessoria ao seu cliente não incorre neste delito, a ele apenas caberá apuração disciplinar, por eventual convivência, por meio da Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil, importante frisar que essa convivência, que não é punível à luz do CP, não vale para aqueles que possuem o dever de agir.

O sujeito passivo são os entes federativos por meio de sua administração. Devemos pontuar que o Estado figurará, segundo o professor Bitencourt (2021, p. 121), como “sujeito passivo permanente de todos os crimes praticados contra a Administração Pública”, havendo divergência quanto ser esse sujeito primário ou secundário, acompanhamos a doutrina majoritária de que o Estado será o primeiro a ser atingido com a violação dos crimes desta natureza, uma vez que é ele quem toma para si a proteção ou tutela dos bens jurídicos.

Quanto ao tipo objetivo temos presente neste dispositivo a prática do verbo “afastar” ou “procurar afastar”, valendo-se como instrumentos de alcance dessas

condutas a violência física, violência moral, artifício ou natureza econômica. Assevera-se que afastar tem o condão de impedir o licitante de concorrer para o certame.

No tocante ao emprego do meio violência física essa conduta não necessita recair sobre o licitante, mas pode atingir qualquer um que com ele tenha relação, de tal forma que o leve a se afastar do processo licitatório, assim o que é imperioso destacar é o nexos causal entre a tal violência e o resultado almejado pelo agente.

A grave ameaça é tida como violência moral, de tal forma que essa ação repele, inviabiliza a vontade antecedente do agente em prosseguir no certame. Esse tipo de violência pode se materializar de várias formas, no entanto basta que efetivamente imponha medo à vítima e inviabilize o certame para termos o enquadramento nesse tipo penal. Ainda, a violência moral deve obedecer a algumas classificações, tais como a do professor Bitencourt:

Com efeito, o mal deve possuir as seguintes características: a) determinado, pois, sendo indefinido e vago não terá grandes efeitos coativos; b) verossímil, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata do agente, não o caracterizando, por conseguinte, a ameaça de mal futuro e incerto ou de improvável concretização; c) iminente, isto é, suspenso sobre o ofendido, podendo concretizar-se a qualquer momento. Não caracteriza o crime de ameaça a promessa de mal nem no passado, nem em futuro longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) inevitável, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; e) dependente, via de regra, da vontade do agente, já que, se depender de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade. (BITENCOURT, 2021, p. 122).

Já o instrumento da fraude, trata-se de um meio ardiloso, sagaz, capaz de induzir o outro a erro levando-o a se distanciar do processo licitatório, importante que seja mantida a capacidade, no sentido do ofendido ter discernimento quanto às suas escolhas.

No tocante à obtenção de vantagem de qualquer tipo, considera-se, segundo a doutrina majoritária, que parte de ponto inicial da análise o crime de extorsão mediante sequestro onde qualquer tipo de vantagem, e não somente a vantagem econômica, já suficiente para o enquadramento no referido crime. Assim, discorrendo acerca do que diz o Art. 337-K, trata-se de meio executório a questão da vantagem e o fato do legislador não ter especificado qual tipo de vantagem, não o fez para que não houvesse limitação de sua aplicabilidade e considerando os aspectos socioculturais os agentes que aceitassem tal recebimento indevido, poderia fazê-lo com o

recebimento de favores, cortesias, experiências das mais diversas e não somente vantagem econômica ou em dinheiro.

Com relação a abstenção ou desistência, cabe especial distinção, temos que a primeira o licitante não inicia o oferecimento de proposta, não sinaliza que tem intenções reais de prosseguir no certame, já no tocante à desistência o licitante após ter iniciado o processo licitatório o abandona em uma de suas fases, ou seja, na abstenção o licitante permanece inerte, nada produzindo enquanto que na desistência abandona após início das execuções. Importante consignar, segundo Bitencourt:

É necessário que a oferta da vantagem seja a causa da desistência ou abstenção de licitar, enfim, a ausência (ou ineficácia) dessa relação causal torna a conduta atípica, ainda que o agente tenha desistido ou se absterido de licitar, por qualquer outra razão, ou simplesmente porque decidiu não participar do certame. (BITENCOURT, 2021, p. 125).

O elemento subjetivo é o dolo real, se fazendo atual no momento do da consumação do crime, abrangendo a ação, resultado, meios e nexos causalidade. Admite-se a tentativa, quando por circunstâncias alheias à sua vontade o agente é impedido de impedir o licitante de iniciar e/ou prosseguir no certame.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 95 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-K da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa. O que se verifica é a mudança quanto ao tipo de pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, bem como ao *quantum* a ser imputado, que passa a ter pena mínima e máxima ampliada para 03 (três) a 05 (cinco) anos. Não se admite a Suspensão Condicional do Processo, mas é o possível o Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 8 - Impedimento indevido

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Impedimento indevido Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:
Pena --detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão , de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Ainda que o direito de licitar seja um direito amplo e nesse sentido a própria Administração Pública busque, através da concorrência de mercado, o maior número de empresas para que se alcance a proposta mais vantajosa é necessário que alguns critérios mínimos e prévios sejam estabelecidos tais como:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:
I - jurídica;
II - técnica;
III - fiscal, social e trabalhista;
IV - econômico-financeira. (BRASIL, 2021)

Assim, a Administração Pública criou os registros cadastrais a fim de facilitar o controle dos possíveis licitantes:

O registro cadastral funciona como uma espécie de banco de dados que permite à Administração Pública obter informações importantes, inclusive acerca do universo de eventuais licitantes em condições de executar certas prestações. A Administração Pública não necessitará dedicar-se à verificação de alguns requisitos de habilitação no momento em que realiza a licitação. Verifica-se uma espécie de dissociação entre o julgamento da habilitação e o julgamento das propostas. É possível, inclusive, atribuir as duas tarefas a agentes distintos. Os registros cadastrais simplificam e tornam mais rápido o trâmite das licitações. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 365).

Discute-se, acertadamente, a importância da inserção deste crime no rol dos crimes trazidos pela Lei Nº 14.133/21, visto que se observa, ao fracionarmos este tipo penal, que ocorre certa semelhança de partes dele com outros já previstos na mesma lei, vide a proibição do Art. 337-I em que se criminaliza o agente que impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato do procedimento licitatório”, logo alcançando a fase dos registros cadastrais. Ademais, cria-se uma judicialização penal de uma conduta que se fosse apurada em âmbito administrativo seria muito mais eficiente alcançando maior repercussão geral.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Estabelece-se proteção à respeitabilidade, integridade e moralidade da licitação, prezando pela isonomia dos licitantes e lisura do certame. Observa-se que, via de regra, os dispositivos em comento visam, além dos princípios retro mencionados, preservar o bom andamento da administração pública e de seus agentes

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Ainda que haja certa discordância quanto à classificação do sujeito ativo deste crime, entende-se, mais acertadamente, se tratar de um crime funcional, logo exigindo que haja a condição de funcionário público o qual tenha ligação com os trâmites do processo licitatório, pois só assim conseguirá praticar qualquer dos verbos do tipo penal, visto que ao particular inserido na competição pelo oferecimento da proposta mais vantajosa poderá impedir, dificultar ou obstar os demais licitantes, desde que o faça dentro dos limites legais, isso garantirá a livre concorrência.

Sujeito passivo, primeiramente, será qualquer pessoa que seja prejudicada pelo resultado da conduta e num segundo momento o Estado, materializado na Administração Pública.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 98 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-N da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa. O que se verifica é a mudança quanto ao tipo de pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, permanecendo inalterado o *quantum* a ser imputado. Estamos diante de uma ação pública incondicionada que admite a Transação Penal ao agente que pratique tal delito, bem como também se admite a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, bem como o Acordo de Não Persecução Penal.

3.2.2. Artigos que tiveram sua redação alterada

Quadro 9 - Contratação direta ilegal

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Contratação direta ilegal Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	SEM CORRESPONDENTE

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Este é o tipo penal inaugural dos crimes licitatórios sob a nova redação da Lei Nº 14.133/21. Este tipo penal abarca o funcionário público tanto que contrata diretamente inobservando as regras da inexigibilidade de licitação ou a dispensa de licitação, previstos nos Art.74 e Art.75, ambos da Lei 14.133/21, quanto àquele que deveria realizar tal processo e não o faz. Ademais houve um enrijecimento por parte do legislador no tocante ao *quantum* da pena que nas palavras de Bitencourt (2021, p. 55) “foram elevadas, absurdamente”.

Relevante considerarmos a distinção entre o agente e a autoridade pública, para tanto é necessário estabelecer um comparativo entre as redações de ambas as leis:

Quadro 10 – Comparativo entre o termo servidor público e agente público

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
<p>Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.</p> <p>§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.</p>	<p>Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:</p> <p>V - agente público: indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública;</p> <p>VI - autoridade: agente público dotado de poder de decisão;</p>

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

Diante disso, com o advento da nova lei, incorporou-se a figura da “autoridade” que nada mais é do que aquele agente público dotado de poder de decisão sobre os atos administrativos de determinado órgão ou setor, de tal sorte que segundo Bitencourt:

(...) somente poderá ser autor deste crime o servidor público que tiver atribuição para emitir decisão sobre dispensar ou inexigir licitação, como também deixar de exigir formalidades relacionadas a essas circunstâncias. Outros servidores não detentores de tais atribuições, ipso facto, somente poderão concorrer para esse crime na condição de meros partícipes, nos termos do art. 29 do CP, concorrendo, de qualquer modo, para o crime. (BITENCOURT, 2021, p. 57).

Assim, devem os administradores públicos, especificamente para este crime, terem ao seu alcance de decisão o poder de dispensar ou inexigir licitação, além das formalidades advindas dessas contratações. Caso haja alguma infração, nesse sentido, praticada por agente público que não detenha essas características específicas deverá responder por infração administrativa.

Em síntese, quanto aos verbos do tipo, não houve mudança significativa quanto à redação do texto legal, apenas ocorreu uma melhor definição de quem poderia figurar no polo ativo deste crime. Quanto à conduta tipificada nos termos dos verbos “admitir” dá-se por meio de uma conduta menos enérgica do servidor que identifica, mas aceita a ocorrência dessa ilegalidade; possibilitar, para que possamos fazer uma singela diferenciação, trata-se do agente que cria meios da ilegalidade acometer o processo.

Outra questão que merece especial atenção diz respeito ao *abolitio criminis* presente neste artigo em comento, visto que o legislador não reproduziu no novo tipo penal a conduta “(...) ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade” (BRASIL, 2021), havendo, portanto, descriminalização da conduta. Insta consignar que no PL 6814/2017, originador da novel legislação, tal conduta estava presente, mas foi suprimida do texto final, levando a crer que essa “segunda parte” do Art. 89 da Lei Nº 8.666/93 não se amoldaria às questões penais, mas, sim, uma conduta determinante para verificação, apuração e decisão no âmbito administrativo. Há divergências quanto ao *abolitio* ora verificado, sob o argumento de que os verbos nucleares do novo tipo penal já abarcam as condutas de não adoção de mera formalidade, todavia é voto vencido como se observa na Ementa reproduzida a seguir:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LEI Nº 8.666/93. ART. 89, “CAPUT”. LEI Nº 14.133/21. CÓDIGO PENAL. ART. 337-E. LEI PENAL BENÉFICA. RETROATIVIDADE. “ABOLITIO CRIMINIS”. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PUNIBILIDADE EXTINTA. 1. O apelante foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 1º, incisos II e IV, do Decreto-Lei n. 201/67 c.c artigo 89, “caput”, da Lei n. 8.666/93. Sobreveio sentença que o condenou à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção e ao pagamento de multa pela prática do crime previsto no art. 89, “caput”, da Lei 8.666/93, por não ter observado as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, absolvendo-o das demais imputações constantes da inicial acusatória, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária em favor da União Federal no valor de vinte salários-mínimos e prestação de serviço à comunidade. 2. Ressalta-se, contudo, que no dia 01 de abril de 2021, entrou em vigor a Lei Nº 14.133, que revogou toda a Seção III, do Capítulo IV, da Lei Nº 8.666/93, denominada “Dos Crimes e

das Penas” (arts. 89 a 99). O referido Diploma Legal deslocou a previsão dos crimes em licitações e contratos administrativos e os inseriu na parte especial do Código Penal (arts. 337-E a 337-P). 3. Como se vê, o legislador reproduziu apenas parcialmente a redação do art. 89, “caput” da Lei n. 8.666/93, vale dizer, não inseriu a segunda parte do preceito primário do artigo revogado no art. 337-E, do Código Penal, o que caracteriza, portanto, “abolitio criminis” da conduta pela qual o apelante foi denunciado. 3. Desse modo, configurada a “abolitio criminis” da conduta narrada na denúncia e tendo em vista as disposições constitucional e legal da retroatividade da lei penal mais benéfica – inseridas, respectivamente, no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal – de rigor reconhecer-se extinta a punibilidade do apelante. 4. Apelação não provida. Declarada extinta a punibilidade.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 0000886-02.2013.4.03.6118, Rel. Desembargador Federal JOSE MARCOS LUNARDELLI, julgado em 27/09/2021, DJEN DATA: 05/10/2021). (LUNARDELLI, 2021).

Não obstante, verifica-se também a exigência de se verificar o dolo específico em lesar o erário. Não basta, portanto, apenas praticar o verbo, segundo a jurisprudência do Tribunal Superior, faz-se necessário a verificação da manifesta e deliberada vontade do agente em lesar os cofres públicos, sendo essa vontade imprescindível, para consumação do crime.

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. PLEITO ABSOLUTÓRIO. PRESENÇA DO DOLO ESPECÍFICO E DO DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, para configuração do delito previsto no art. 89 d a Lei n. 8.666/93, é imprescindível, além do efetivo prejuízo causado à administração pública, o dolo específico, consistente na deliberada intenção de lesar o erário. No caso dos autos, as instâncias ordinárias apontaram o dolo específico do agente, além da existência de dano ao erário para manter a condenação, não destoando do entendimento desta Corte Superior.

(AgRg no AREsp n. 2.197.334/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 16/3/2023.). (PACIORNIK, 2023).

BEM JURÍDICO TUTELADO: O bem jurídico tutelado por este tipo penal é a legalidade, impessoalidade, moralidade e a probidade administrativa da Administração Pública quando contrata diretamente com o particular, através do processo licitatório, prezando-se pela lisura dos atos administrativos.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Sujeito ativo deste tipo penal é qualquer agente público que esteja direta ou indiretamente ligado aos processos licitatórios, segundo a doutrina os agentes que, porventura, estiverem afastados das funções que permitam “admitir, possibilitar ou dar em causa” não responderão ao crime, salvo se

o fizer na condição de partícipe. Trata-se de um crime próprio em que somente os agentes ligados ao processo licitatório poderão alcançar o resultado a que se destina este tipo penal.

Sujeito Passivo é a Administração Pública, na figura dos seus entes, sendo, sempre nos casos de crimes licitatórios, o Estado o primeiro sujeito a ser lesado pelos atos ilícitos praticados.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 91 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-G da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa. O que se verifica é a mudança quanto ao tipo de pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, bem como ao *quantum* a ser imputado, que passa a ter pena mínima e máxima ampliada, respectivamente, para 04 (quatro) e 08 (oito) anos.

Quadro 11 - Fraude em licitação ou contrato

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias , ou contrato dela decorrente: Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Fraude em licitação ou contrato Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:
I - elevando arbitrariamente os preços ; (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais ;
II - vendendo , como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	II - fornecimento , como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido ;
III - entregando uma mercadoria por outra; (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	III - entrega de uma mercadoria por outra;
IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido ;
V - torcendo , por qualquer modo , injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.
---	--

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Neste artigo em comento, verifica-se a presença de novas descrições pormenorizadas das condutas através dos seus incisos, que trazem melhor esclarecimento no tocante à fraude. Mais uma vez é verificado a troca do vocábulo identificador do sujeito passivo para Administração Pública que é mais abrangente. No tocante à fraude em si, ela deverá estar caracterizada, evitando-se o risco da conduta ser confundida com mero erro administrativo na hora de prestar o serviço ou entregar a mercadoria, para melhor esclarecimento, citemos um exemplo prático: Determinada Unidade Gestora Executora ao adquirir determinado bem de consumo, por exemplo papel higiênico, especificou em contrato celebrado as dimensões exigíveis, ocorre que quando do recebimento desse material pelo setor de logística, através da comissão de recebimento de materiais, notou-se que foram enviados em menor quantidade, ficando claro à comissão que houve um erro na montagem de carga e constatou-se que aquela mercadoria pertencia a outro comprador, neste caso não há que se falar em crime. Todavia, tomando-se o mesmo exemplo, a mesma comissão verifica que metade dos materiais entregues possui especificação diferente, estando consideravelmente em menor quantidade, resultando em vantagem indevida à empresa, ou seja, dissimulando em meio a carga objetos em menor especificação a empresa buscou fraudar a entrega dos materiais, ensejando em maior lucro e prejuízo à Administração.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Mais uma vez, visa-se a tutela dos princípios administrativos da probidade administrativa, legalidade, moralidade, a dignidade da função pública, etc. como leciona Bitencourt:

Protege-se, igualmente, a probidade e dignidade da função pública, sua respeitabilidade, e busca assegurar, intransigentemente, o cumprimento do dever de fidelidade do servidor público, bem como sua integridade. A criminalização constante deste artigo objetiva, enfim, proibir a adoção de procedimento fraudulento, procrastinatório ou desleal, que cause prejuízo à Administração Pública. Objetiva, ao mesmo tempo, evitar a contribuição ou participação de algum funcionário, desvirtuando a finalidade e regularidade do procedimento licitatório. (BITENCOURT, 2021, pág. 129).

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Sujeito ativo desse crime é qualquer indivíduo que pratique qualquer das condutas descritas nos incisos do referido artigo, embora numa primeira análise nos pareça estarmos diante de um crime próprio, pois não há limitação quanto ao sujeito praticante da ação, somente há delimitação quanto ao objeto.

Sujeito Passivo é a Administração Pública, na figura dos seus entes, sendo, sempre nos casos de crimes licitatórios, o Estado o primeiro sujeito a ser lesado pelos atos ilícitos praticados

PENA E AÇÃO PENAL: A Ação Pública é Incondicionada. Verifica-se que ocorrerá mudança quanto à natureza da pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, bem como ao quantum da pena cominada em abstrato a ser imputado, que passa a ter pena mínima e máxima ampliada, respectivamente, para 04 (quatro) e 08 (oito) anos, não sendo cabível a Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo, bem como o Acordo de Não Persecução Penal.

Quadro 12 - Contratação inidônea

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Contratação inidônea Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: (Incluído pela Lei Nº 14.133, de 2021)
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.
(Estava contido no <i>caput</i>)	§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:
SEM CORRESPONDENTE	Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

<p>Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)</p>	<p>§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.</p>
--	--

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: O presente dispositivo foi contemplado com ligeiras, mas significativas mudanças de modo a ser colocado neste subtítulo a fim de que apontemos suas alterações. Deve-se, primeiramente, conhecer as condições para que seja declarada a inidoneidade de qualquer licitante, visto que essa condição é necessária para que se incorra nesse crime. Assim, vejamos as punições administrativas previstas pela Lei Nº 14.133/21:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. (BRASIL, 2021, grifo nosso.)

Dentre as diversas sanções a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar é uma delas, sendo a mais gravosa, possuindo o condão de punir o licitante, após verificada a questão por meio do devido processo legal, que houve um descumprimento contratual parcial ou total onerando o erário, previsão do Art. 155 da Lei Nº 14.133/21. Ademais, cabe-nos recordar que o princípio da legalidade impera em questões de direito administrativo de modo que a Administração Pública só pode fazer aquilo que está previsto em lei, logo, somente será declarado inidôneo aquele que incorrer nas sanções previstas no artigo retro mencionado.

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato; (BRASIL, 2021).

Quanto à conduta incriminadora, verifica-se a presença de dois verbos importantes admitir e celebrar, de tal sorte que admitir diz respeito à fase inicial, de

habilitação do licitante a disputar o certame, enquanto que celebrar contrato diz respeito à fase final do processo licitatório sendo homologado pelo Dirigente. Assim, o agente público pertencente a esse processo que após realizada as pesquisas documentais, não verifica a existência da declaração de idoneidade incorrerá nesse crime.

Muito se discute em relação ao fundado motivo dessa exigência do tipo penal, Nucci pondera que:

(...) busca-se evitar que o servidor público coloque em risco o erário, permitindo que pessoa, reputada inidônea, o que envolve vários aspectos, possa tomar parte da licitação, uma vez que tem potencial para prejudicar o processo. Além disso, ainda que vença, não poderia formalizar o contrato, pois há elevada probabilidade de não cumprir o pacto". (NUCCI, 2008, pp. 828-829).

No entanto, não devemos interpretar o presente dispositivo com esse viés de pressuposição de que o futuro licitante, por ter sido declarado inidôneo, vá trazer qualquer tipo de prejuízo ao erário não prospera, pois se assim o fosse mesmo após a sua reabilitação continuaria impedido de licitar. O fato de existir essa sanção, verifica-se que o seu teor é de apenas punir o licitante que descumpriu o contrato total ou parcialmente, não havendo efeitos extensivos após a sua reabilitação, vide o Art. 163 da Lei N° 14.133/21:

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:
I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;
II - pagamento da multa;
III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;
IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;
V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.
Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do **caput** do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável". (BRASIL, 2021).

Dito isto, outras leis como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei N° 8.429/92) embora traga em seu teor a vedação de contratar com a Administração Pública, isso não poderá ser enquadrado neste dispositivo, não havendo inidoneidade presumida, visto que a elementar do tipo exige que haja a declaração, logo, respeita-se os princípios da tipicidade e da legalidade para a correta adequação legal. Assim, uma

vez que os crimes licitatórios passaram a compor o Código Penal, dever-se-á buscar o critério inidoneidade no bojo da Nova Lei de Licitações e Contratos, havendo quem o considere por isso uma norma penal em branco, ou seja, carente de complemento.

Ademais, deverá restar comprovada a autonomia da vontade do agente em cometer tal infração, admitindo ou contratando, todavia, caso não seja comprovado essa intenção o agente público responderá apenas na esfera administrativa, visto que não se admite a modalidade culposa neste delito.

BEM JURÍDICO TUTELADO: O bem jurídico, como não poderia deixar de ser, visa a proteção da Administração Pública, prezando pela integridade do certame, bem como dos recursos públicos empenhados no certame. Visa também a manutenção do princípio da moralidade e a contratação de empresas idôneas capazes de responder eficientemente ao negócio jurídico estabelecido com o Estado.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Sujeito Ativo do crime é o funcionário público vinculado à função de licitar, logo se trata de crime próprio em que se exige essa condição do agente. Com relação ao previsto no parágrafo único o crime é comum, bastando que o licitante tenha sido devidamente declarado inidôneo.

Sujeito Passivo é a Administração Pública, na figura de seus entes estatais, mas não somente esses, os particulares que porventura forem prejudicados pelo cometimento deste delito também figurarão como sujeito passivo.

Admite-se a tentativa, logo estamos diante de um crime passível de fragmentariedade da conduta.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 97 da Lei Nº 8.666/93 e o Art. 337-M da Lei Nº 14.133/21, observamos que não houve alteração legislativa quanto à conduta delituosa, apenas a sua fração em parágrafos mais claros a aplicabilidade do CP. O que se verifica é a mudança quanto ao tipo de pena aplicada, que passa de detenção para reclusão, bem como ao *quantum* a ser imputado, que passa a ter pena mínima 01 (um) ano e pena máxima podendo chegar a 06 (seis) anos. Admite-se a possibilidade de suspensão condicional do processo.

3.2.3. Novo tipo penal inaugurado pelo Art. 337-O

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: Neste ponto trataremos da única *novatio legis* trazida pela Lei Nº 14.133/21, qual seja a redação do Art. 337-O e seus parágrafos, que dizem:

Quadro 13 - Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Lei Nº 14.133/21
<p>Omissão grave de dado ou de informação por projetista</p> <p>Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:</p>
<p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.</p>
<p>§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no <i>caput</i> deste artigo”.</p>

Fonte - BRASIL (1993, 2021).

Esse artigo, retro mencionado, trata de uma das fases mais complexas e importantes de um processo licitatório, que diz respeito ao projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto que nada mais é do que o cerne do objeto licitatório e sobre o qual irá ser estabelecido o “conjunto de elementos necessários e suficientes” de modo ser possível dimensionar o objeto a ser contratado, bem como deixar delineado os estudos técnicos de viabilidade e impacto, não só físico como orçamentário. Ademais, ambas as leis, em comento, tratam sob os mesmos conceitos do que vem a ser projeto básico e projeto executivo, a inovação ocorre na conceituação trazida pela “Nova Lei” no tocante ao anteprojeto, a saber:

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;

- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem; (BRASIL, 2021).

Posto isto, o referido Art. 337-O, menciona uma nova modalidade licitatória, o “Diálogo Competitivo”, estabelecendo a aplicabilidade deste crime a essa modalidade em específico. Assim, verificamos o que diz a lei acerca dessa modalidade:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. (BRASIL, 2021).

Esse diálogo não é uma inovação propriamente dita, visto que a Administração Pública já lançava mão dessa técnica para contratação, todavia fugia-se das modalidades de licitação previstos na Lei Nº 8.666/93, utilizando-se para isso a Dispensa Licitação, onde a Administração trazia à tona as problemáticas enfrentadas por determinado segmento e as empresas apresentavam soluções à causa e diante dessas propostas o ente escolheria, segundo critérios pré-estabelecidos, qual a empresa contratada, dava-se o nome a esse sistema de negociação de “*request for proposal - RFP*”. Diante dessa real necessidade a “Nova Lei” incorporou e regulamentou esse diálogo, dividindo-o em duas fases: i) fase do diálogo e ii) fase competitiva.

Dito isso, prossigamos, com o entendimento dessa *novatio legis*. Primeiramente, verificamos os verbos “Omitir, modificar ou entregar” em que o agente incumbido de confeccionar o projeto omite informações, modifica-as ou às entrega contendo falhas e/ou inconformidades de modo que isso frustre o caráter competitivo da licitação ou a impeça de obter a proposta mais vantajosas que se sucederá sobre esse projeto, ou seja, não é punível o projetista equivocado que comete algum erro, para incorrer neste delito deverá haver manifestada a vontade consciente em dissimular dados ou confeccionar um projeto que contenha dados a mais, sobre o pretexto de ser fundamental e necessário, havendo uma dissonância com o que deseja a Administração Pública. Discordamos do posicionamento de que o erro deve ser grave e perceptível, visto que isso não deve ser condição para caracterização do

crime visto que sua tipificação visa proteger a Administração Pública que inclusive é carente de mão-de-obra qualificada ao ponto de identificar esses erros sejam eles graves ou não. Assim, é claro que o que deve caracterizar o sujeito ativo é a sua intenção que esta associada a obtenção de vantagem futura com o direcionamento do processo licitatório que se estruturar sobre o seu projeto.

Tanto é que o §2º do referido dispositivo prevê a aplicação de pena em dobro ao projetista que pratica tal conduta ilícita com o fim de obter qualquer vantagem direta ou indiretamente.

BEM JURÍDICO TUTELADO: Não será diferente, assim como os demais crimes previstos pela Lei Nº 14.133/21, o Estado, na figura dos seus entes federativos regidos por suas respectivas administrações públicas, será o primeiro a ser atingido, logo, carece de ser o primeiro a ser defendido e, secundariamente, todo e qualquer particular que for lesado, não carecendo de ter tido prejuízo.

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: Trata-se de um crime de mão própria onde somente o projetista como a própria denominação do crime estabelece “(...) por projetista (...)”, ou seja, vincula-se que o sujeito ativo do crime será somente aquele que possua ou esteja encarregado da função de projetar.

PENA E AÇÃO PENAL: Ao analisarmos o Art. 337-O da Lei Nº 14.133/21, verifica-se aplicação da pena de reclusão, sendo a quantum em abstrato cominado de 06 (seis) meses a 03 (três) anos. Admite-se, portanto, a aplicação dos institutos do Acordo de Não Persecução Penal, Suspensão Condicional do Processo.

3.2.4. Lei Nº 14.133/21 e a interceptação telefônica

A interceptação telefônica, telemática, bem como a captação ambiental, encontra-se prevista na Lei Nº 9.296/96, sendo atualizada pela Lei Nº 13.964/19, e consiste num meio de prova fundamental para investigação criminal e para a instrução processual penal, desde que observados determinados requisitos como o previsto no Art. 2º da referida lei:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 1996, grifo nosso)

Cabe salientar que tal dispositivo legal visa salvaguardar o direito fundamental ao sigilo de correspondência, previsto na Carta Magna vigente, mas acaba sendo flexibilizado, desde que preenchidos os requisitos e fundamentações expressas pela lei retro mencionada. Trazemos à tona essa questão, visto que com o advento da Lei Nº 14.133/21, houve um endurecimento da pena aplicada aos crimes em licitações e contratos, que já tratados anteriormente, passaram de detenção para reclusão e como citado acima, uma das condições que invalidavam a aplicabilidade da interceptação e a captação ambiental era, justamente, a questão da pena.

Agora a instrução criminal poderá utilizar esse meio de prova com mais facilidade e segurança, uma vez que sua requisição não encontrará mais essa barreira, como antes com a Lei Nº 8.666/93 em que era necessário haver o concurso de crimes somado à teoria do encontro fortuito de provas para que então a investigação conseguisse indiretamente obter determinada prova através da interceptação. Ocorre que depender dessa situação conexa, bem como realizar a sua validade probatória em sede processual necessitava de sorte e esforço hercúleo, sob pena de ter essa prova obtida invalidada pelo seu caráter ilícito e, também, contaminando as demais provas produzidas a partir dela, assim nos ensina Aury Lopes Jr.:

Em que pese a maior parte da doutrina que trata do tema admitir que a prova obtida (mediante desvio causal) seja o starter de uma nova investigação, há que se ponderar o seguinte: se usarmos a prova obtida com desvio causal, ainda que a título de conhecimento fortuito, estaremos utilizando uma prova ilícita derivada. Isso gera um paradoxo insuperável: a prova ilícita (despida de valor probatório, portanto) em um processo, mas vale (ria) como notícia-crime em outro... Ora, partindo do Princípio da Legalidade, a investigação tem que se iniciar a partir de prova lícita e não de uma prova ilícita, sob pena de contaminarmos todos os atos praticados na continuação. (LOPES JUNIOR, 2021, p. 439).

É notável, portanto, que a nova redação dada aos crimes em licitações e contratos, surtiu importante mudança no cenário investigativo, pois passou a permitir que o pedido possa ser formulado diretamente e para o crime a que se investiga, sem correr o risco de contaminar e invalidar todas as provas, bem como o processo delas decorrente.

Ademais, frisa-se que a interceptação e a captação ambiental, quando se tratando de crimes classificados como de colarinho branco, nos quais o sujeito ativo detém elevada capacidade técnica e está inserido no órgão ao qual deseja violar, bem

como detém acesso e, por vezes, autoridade acerca das decisões que facilitam ou ensejam essas condutas criminosas, torna-se fundamental utilizar desse mecanismo investigatório, uma vez que há elevada dificuldade para se chegar a autoria e materialidade, sendo esse meio “furtivo” crucial para elucidação desses tipos penais.

3.3.1. Pena privativa de liberdade ou pena restritivas de direitos

Segundo o Art. 32 do CPP, temos em nosso sistema penal três tipos de penalidades a serem imputadas àquele que cometer um crime: Art. 32 - As penas são (Redação dada pela Lei Nº 7.209, de 11.7.1984: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”.

Isto posto, cabe-nos verificar como essa coercitividade penal recai sobre os crimes de licitações agora com a nova redação. Quanto à penalidade do inciso I, verificamos que houve alteração em relação a todos os crimes de licitações que migraram de detenção para reclusão e em alguns casos houve a alteração da cominação da pena em abstrato, todavia o que se depreende com essa mudança é uma tentativa de enrijecimento da codificação penal em relação a esses crimes, pertencentes a ordem dos crimes econômicos, e como tal existe um clamor para que se puna com rigor não só os crimes em licitações, mas, por exemplo, os crimes de lavagem de dinheiro.

No entanto, nada adianta trazer para o texto legal apenas palavras sem conteúdo efetivo, diz-se isso pois embora a penalidade de reclusão seja mais grave a pena cominada em abstrato não gerou esse enrijecimento como muitos defendem, pelo contrário muitos dos crimes como foi descrito em cada um deles neste trabalho admite a aplicabilidade de institutos como Acordo de Não Persecução Penal e Suspensão Condicional do Processo, ou seja, o possível efeito coercitivo que as penas cominadas em abstrato poderia causar repelindo o cometimento desses crimes não surtem o efeito desejado, a priori. Todavia, cabe destacar que antes apenados com detenção os condenados teriam como regime inicial do cumprimento de pena o regime semiaberto, ao passo que com essa alteração para reclusão teremos o regime inicial fechado e neste ponto, podemos nutrir elogios ao legislador que, acertadamente, acaba por conduzir a um fim interessante qual seja: o criminoso que não aceitar as medidas dos Institutos supramencionados, cumprirá a reclusão em

regime inicial fechado, enquanto que ao aceita-los, inclusive e, principalmente, com a reparação dos danos causados, poderão evitar essa coercitividade penal.

Cabe pontuar que a cominação das penas em abstrato quando permitem a aplicabilidade dos referidos institutos, junto a esse critério, soma-se, por exemplo, a reparação dos danos causados, ressalvada a situação, devidamente comprovada, da impossibilidade de fazê-lo. Assim, considerando que os crimes em licitações são da ordem dos crimes econômicos e buscam “blindar” a gestão orçamentária do Estado, torna-se uma medida interessante de ser considerada ao réu, reduzindo os danos causados ao erário e, por conseguinte, à sociedade.

Há também a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direitos que se encontra prevista no Art. 43 do CP, sendo uma alternativa à pena restritiva de liberdade. Sua aplicabilidade deve obedecer às condições taxativas do referido artigo, de modo a não ser um ato discricionário do juiz, mas um direito do réu desde que preencha os requisitos, sendo eles: i) não ter sido condenado à pena restritiva de liberdade superior à 04 (quatro) anos; ii) crime cometido sem violência ou grave ameaça; iii) não reincidência em crime doloso; iv) análise de antecedentes e conduta social. Tais penas, como o próprio nome diz, visam a restrição de direitos como: i) perda de bens e valores; ii) restrição aos finais de semana; iii) interdição temporária de direitos, aqui se aplicando a restrição quanto à participação em licitações públicas por tempo determinado, sendo 03 (três) anos para crimes culposos e 05 (cinco) aos crimes dolosos. Dos crimes em estudo, não se aplicaria ao crime previsto nos Art. 337-E, contratação direta ilegal; Art. 337-F, frustração do caráter competitivo de licitação, Art. 337-H, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, Art. 337- L do CP, fraude em licitações ou contrato, visto que todos eles têm a pena mínima em abstrato cominada em reclusão de 04 (quatro) anos.

3.3.2. Análise do Art. 337-P e Penalidade de Multa

Seguindo o raciocínio, cabe-nos esclarecer a penalidade de multa, observando a disposição do Art. 44, §2º do CP, aplicar-se-á multa aos crimes cujas penas cominadas na condenação sejam iguais ou inferiores a um ano respeitadas as demais regras tal qual a prevista nos §§3º e 4º do referido artigo.

No entanto, o que se sucede à aplicação da multa é a lógica escolhida pelo legislador, tendo em vista que ao realocar os crimes em licitações e contratos no bojo

do Código Penal acabou por colocar esses delitos sob sua égide, bem como sob suas regras e nesse sentido, cabe destacar que o Código Penal se opera por meio de dias-multa, limitando-se a um terço do salário mínimo vigente no país e não ultrapassando 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Ademais essa penalidade pode ser aplicada isolada, cumulada ou alternada além de poder ser substitutiva à pena privativa de liberdade ou juntamente com as penas restritivas de direitos.

Observa-se que a multa, revalorizada, com o critério adotado, pode surgir como pena comum (principal), isolada, cumulada ou alternadamente, e como pena substitutiva da privativa de liberdade, quer sozinha, quer em conjunto com a pena restritiva de direitos, independentemente de cominação na Parte Especial. (BITENCOURT, 2021, p. 153)

Outro ponto a se considerar é a aplicação do previsto pelo Art. 60, §1º do CP em que observados a necessidade de se alcançar a finalidade dessa penalidade o juiz poderá aumentá-la até o triplo, verificada a situação econômico-financeira do réu. Em suma, a aplicação da multa, por si só, envolve uma complexidade de cálculo ao qual se soma ao disposto no Art. 337-P, tratado pelo legislador, com o advento da Lei Nº 14.133/21, nos seguintes termos:

Quadro 14 – Comparação quanto ao regime das penalidades

Lei Nº 8.666/93	Lei Nº 14.133/21
Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.
§ 4º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	(Parcialmente disposto no <i>caput</i>)
§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal. (Revogado pela Lei Nº 14.133, de 2021)	SEM CORRESPONDENTE

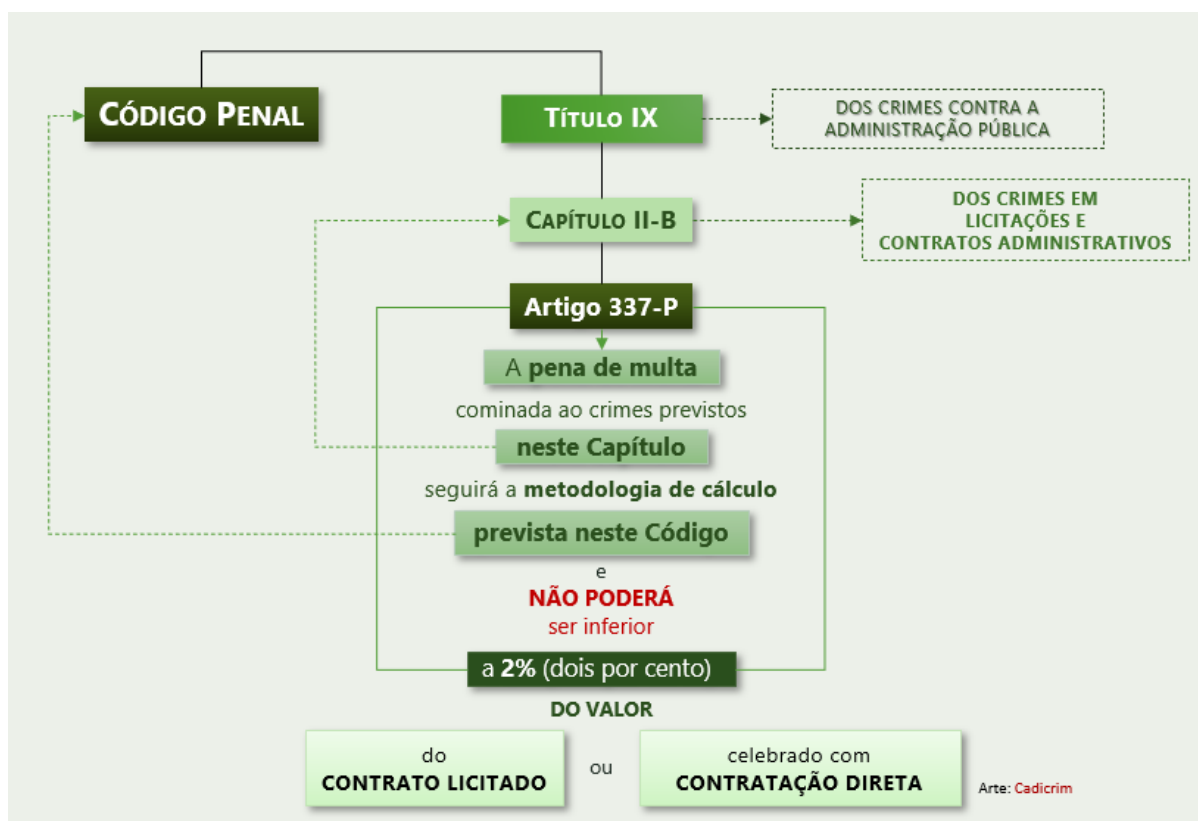
Fonte - BRASIL (1993, 2021).

Verifica-se, portanto, que se fixou um valor mínimo de 2% do valor do contrato licitado ou celebrado. Embora pareça um mero detalhe não o é, o disposto no referido artigo estipula um limite mínimo ao qual o juiz deve observar na hora de aplicar a multa, ou seja, caso a fixação dos dias-multa fique abaixo de 2% do valor do contrato, deverá ser ajustado para esse novo patamar de modo a buscar-se um equilíbrio, como ensina Silvio Teixeira:

Os doutrinadores afirmam ser a pena de multa mais afliativa que a privação da liberdade, dizem-na mais flexível e, por isso, mais permeável ao princípio da individualização da pena; asseveram-na menos degradante que a segregação e sem as nefastas consequências desta; preconizam-na como mais econômica para o Estado, que, ao invés de despender grandes somas no sustento dos internos, recebe pagamento dos condenados. (MOREIRA, 1979, p. 94).

Para melhor entendimento dessa sistemática o CADICRIM (Centro de Apoio da Seção de Direito Criminal) didaticamente elaborou o seguinte fluxograma:

Figura 2 - Diagrama com os exatos termos do artigo 337-P



Fonte - Cadicrim (2021).

CONCLUSÃO

Percebe-se que a política punitiva aplicada aos crimes em licitações e contratos foram aumentadas desproporcionalmente, havendo casos em que praticamente se dobrou a pena cominada em abstrato, não existindo um critério claro e objetivo para isso. Destarte, se considerarmos os efeitos danosos sofridos pelo bem jurídico, bem como das pessoas direta ou indiretamente atingidos por essa violação, conseguiremos, talvez, raciocinar como o legislador, visto que lesar a Administração Pública é, por conseguinte, lesar o interesse público e toda a sociedade.

Notou-se que, acertadamente, o legislador ao realizar as alterações punitivas enrijecendo o tratamento dado a esses criminosos estabeleceu a seguinte lógica: sendo o crime com natureza da pena reclusão, estabelece-se, a priori, regime inicial fechado, todavia, estando a pena cominada em abstrato dentro dos parâmetros do Acordo de Não Persecução Penal ou Suspensão Condicional do Processo poderá o criminoso utilizar-se desses institutos, desde que preencham alguns requisitos cumulativos, dentre eles promover a reparação do dano, medida extremamente relevante aos crimes de ordem econômica.

Classificam-se esses delitos como crimes do colarinho branco, haja visto, em sua maioria, serem crimes praticados por pessoas que ocupam, na maioria dos casos, cargos dentro da Administração Pública ou que com ela estabelecem negócios jurídicos diversos, logo não sendo apto como sujeito ativo qualquer do povo, mas, sim, àqueles que detêm um conhecimento ímpar dessa área do direito, da política e de gestão pública.

Ademais constatou-se que houveram substituições de vocábulos e inversões sintáticas da descrição das condutas o que em sua maioria apenas impactou num esforço maior para entendimento da ação, todavia verificou-se outras substituições interessantes como a utilização do termo “Administração Pública” dando maior abrangência ao sujeito passivo, inserção da palavra “Processo” em substituição a “procedimento” o que também ampliou o alcance da aplicabilidade das condutas delitivas desde o primeiro documento motivador do processo licitatório.

Nesse sentido, verifica-se o tamanho do impacto causado na Administração Pública frente às novas regras de processamento licitatório, bem como na elaboração de editais e contratos e considerando que o nosso sistema jurídico é jurisprudencial e ainda são recentes essas inovações, estão a emergir teses a pacificar os temas. Essa

codificação feita em relação aos crimes, ao inseri-los no bojo do Código Penal, fez com que os crimes em licitações e contratos ganhassem mais destaque migrando topograficamente do status de legislação esparsa para o cerne da codificação penal.

Assim, enganam-se aqueles que creem que as mudanças foram pequenas, ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar que essas “pequenas mudanças” esbarraram em diversos institutos penais relevantes para adequação criminal que fará àquele, que se deparar com esses crimes, tenham-nas em mente para melhor aplicabilidade sistêmica do Direito Penal e, obviamente, visando a proteção da Administração Pública, mitigar a incidência dos crimes de corrupção e correlatos e, por conseguinte, blindar o interesse público a fim de não só obter a proposta mais vantajosa, mas, sim, a que tenha um resultado mais vantajoso a todos nós.

REFERÊNCIAS

AMORIN, Victor. *A origem da Nova Lei de Licitações*. [S. l.]: ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações, 13 maio 2023. Disponível em:

<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 1 mai. 2023.

BITENCOURT, C. R. *Direito penal das licitações*, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502174948/>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mai. 2023.

BRASIL. Decreto Nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jun. 2018. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9412.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:

https://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 10.520/02, de 17 de julho de 2002. *Lei do Pregão*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. *Projeto de Lei Anticrime*.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 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*. Disponível em: [http://](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)

planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 8.999, DE 24 DE FEVEREIRO DE 1995. *Disponibilidade financeira do FAT*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8999.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais criminais e cíveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei Nº 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. *Manual de Sanções Administrativas do TCU*. 28 mai 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1D/D4/FA/F1/B5AD4710D614BB47E18818A8/Manual%20de%20sancoes.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Ementa da apelação criminal 0000886-02.2013.4.03.6118*. Desembargador Federal Jose Marcos Lunardelli. Disponível em: <https://modelo.inicial.com.br/lei/CP/codigo-penal/art-337p>. Acesso em 01 mai. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em recurso especial Nº 2197334 - SC*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Consulta ao inteiro teor da decisão: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202686126&dt_publicacao=16%2F03%2F2023. Acesso em 01 mai. 2023.

BREDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: comentários aos tipos penais, de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021). São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://conteudo.ifcdns.com.br/livrariart/Sum%C3%A1rio/9786559919567.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

CENTRO DE APOIO da Seção de Direito Criminal. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Licitações e contratos administrativos*: LEI Nº 14.133/2021 - Aspectos penais. São Paulo: 2021. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=130488>. Acesso em 01 mai. 2023.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CRIMINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Piauí). *Acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MANUAL-ANPP-2020.pdf>. Acesso em: 1 maio 2023.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (São Paulo). *Fraudes em Licitações e Contratos*, v. 1. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html. Acesso em: 1 maio 2023.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal das licitações*. São Paulo, Saraiva, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Decreto Nº 9.412 DE 18 de julho de 2018. *Atualiza os valores das modalidades de licitação*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9412.htm.

Acesso em: 01 mai. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Decreto Nº 9.412, de 18 de junho de 2018. *Atualiza os valores das modalidades de licitação*. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9412.htm. Acesso em: 01 mai. 2023.

DISTRITO FEDERAL. PL Nº 1292/1995 de 30 de novembro de 1995. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados - Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública*. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>.

Acesso em: 01 mai. 2023.

DISTRITO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado Federal - CT - Modernização da Lei de Licitações e Contratos* (Lei Nº 8.666/1993). Disponível em

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>. Acesso em:

01 mai. 2023.

DISTRITO FEDERAL. *Projeto de Lei Nº 4253, de 2020* (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Nº 559, de 2013). Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em:

01 mai. 2023.

ESCOLA DA AGU. *Crimes em Licitações e Contratos Administrativos - Palestra Online*. YouTube, 9 jun 2021. Disponível em:

<https://youtube.com/watch?v=oo1ph5Ne-M0&t=6696s>. Acesso em: 01 mai. 2023.

GOIÁS. Controladoria-Geral do Estado. *Portal Expresso*. Tabela de valores e limites. Goiás: 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.controladoria.go.gov.br/normas-e-legisla%C3%A7%C3%A3o/tabela-de-valores-e-limites.html>. Acesso em: 01 mai. 2023.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

HUNGRIA, Néelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. In *Revista de direito administrativo*. V. 1. Número. 1, Rio de Janeiro: DASP, 1945.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. 28 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MASSON, C. *Crimes em Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9786559641598. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641598/>. Acesso em: 13 out 2022

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *Revista de informação legislativa*, [s. l.], v. 18, ed. 70, p. 159-174, abr./jun. 1981. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79068167.pdf>. Acesso em: 1 maio 2023.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22ª ed, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

MOREIRA, Silvio T. Penas pecuniárias. *Revista de Direito Penal*, nº 28, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo*, 8ª. São Paulo: Atlas, 1997.

ROCHA, W.; VANIN, F.S.; FIGUEIREDO, P.H.P.D. *A Nova Lei de Licitações*. Portugal: Grupo Almedina, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 13 out. 2022.

Vacatio legis. AGÊNCIA SENADO. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>. Acesso em: 1 mai. 2023.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Alison Vinicius de Oliveira Fiuza Ferreira

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 4182508-1, 10º período, turma S, tendo realizado o TCC com o título: CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS: Alterações produzidas pela Lei nº 14.133/21 sob a orientação do Prof. Dr. Evandro Fabiani Capano

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 12 de maio de 2023.



Assinatura do discente