

O que você sabe sobre os crimes licitatórios?

Por Viviane Mafisoni¹

Ainda que se trate de matéria atinente a licitações e contratos, confessamos que não é demanda usual tratada pela Administração Pública, nem em treinamentos e muito menos de conhecimento de licitantes e contratados. É matéria penal. Portanto, é de extrema importância.

Até abril de 2021 os conhecidos “crimes licitatórios” faziam parte da própria Lei nº 8.666/1993, entre os artigos 89 e 108. E porque o termo “faziam”, no passado? Porque com o advento da Lei nº 14.133/2021 as regras previstas nos artigos citados foram revogadas pela expressa previsão do artigo 193², inc. I da NLLC e passaram a compor, nos termos do artigo 178³ da NLLC, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Ressalta-se, por conseguinte, em que pese a previsão do artigo 41 da Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, os crimes licitatórios também os são aplicáveis, nos termos do artigo 185 da NLLC.

Sem maiores novidades em matéria penal⁴, a Lei nº 14.133/2021 incluiu apenas um novo tipo incriminador no Código Penal – “omissão grave de dado ou de informação por projetista” – artigo 337-O. Além disso, em que pese a manutenção das condutas da Lei nº 8.666/1993, tiveram os crimes, em sua maioria, alterações no preceito secundário, com o aumento das penas e alteração do regime (de detenção para reclusão), conhecida referida situação no direito penal como “*novatio legis in pejus*”.

Mas, o que seria o preceito secundário? É a definição abstrata e individualizada da pena. Ou seja, a parte da norma que destaca a penalização a ser aplicável ao crime. E a “*novatio legis in pejus*”? Trata-se de uma nova lei mais severa, prevendo regras mais severas.

Seguindo. Apenas um dos crimes manteve o preceito secundário previsto na Lei nº 8.666/1993, qual seja: o crime de “violação de sigilo em licitação”. Mantendo, portanto, a detenção de 2 a 3 anos, e multa.

Por conseguinte, o crime de fraude em licitação ou contrato – artigo 337- L – passou a incluir novas condutas típicas em seu preceito primário, quais sejam:

- a) entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidades diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;
- b) fornecimento de mercadoria inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; e

¹ Advogada; Especialista em Direito Público; Servidora pública do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul desde 2010, em exercício como Chefe de Serviço de Compras Centralizadas da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, vinculada ao Ministério da Educação. Autora de artigos e palestrante sobre temas que envolvem compras públicas.

² 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.

³ Art. 178. O Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B: (...)

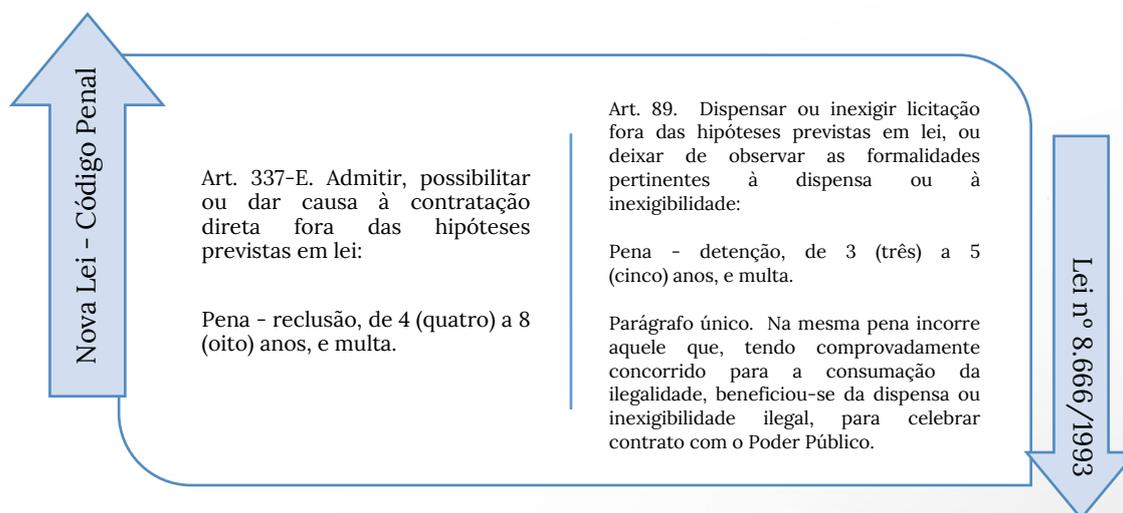
⁴ Com a exceção do art. 337-E - Contratação direta ilegal – que reproduziu parcialmente a redação do art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

c) alteração do serviço fornecido.

E o que seria esse tal preceito primário? É a parte do artigo que descreve a conduta, que descreve o crime.

O novo tipo penal incriminador - "omissão grave de dado ou de informação por projetista" - já citado, encontra-se previsto no artigo 337-O, trazendo como preceito primário 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 e como preceito secundário a pena de reclusão, de 6 meses a 3 anos, e multa.

O ponto principal de discussão "nestas mudanças" vem com a análise do artigo 337-E - "contratação direta ilegal" -, vez que não reproduziu integralmente a previsão contida no então artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, vejamos:



No caso opera-se o que se chama de "abolitio criminis" da conduta de "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade".

E o que seria "abolitio criminis"? A conduta que antes era caracterizada como crime deixa de assim ser considerada. Observa-se que o legislador criminaliza na NLLC a conduta de "admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei". No caso, decorre a incidência retroativa do art. 337-E no que diz respeito a parte que descriminalizou a conduta, mesmo aos processos judiciais com sentença transitada em julgado, conforme determina o próprio parágrafo único do art. 2.º do Código Penal⁵.

⁵ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Para melhor compreensão das regras que giram em torno do Direito Penal destaco algumas informações de institutos penais que circundam os crimes licitatórios:

1. Você sabe o que é infração de menor potencial ofensivo? Nos termos da Lei nº 9.099/1995, são aquelas em que a pena máxima prevista não ultrapassa a 02 anos⁶.
2. As penas aplicáveis aos tipos penais desta resenha são cumulativas (privativa de liberdade e multa).
3. A pena de reclusão permite o início do cumprimento da pena em regime fechado (vejamos que a maioria dos crimes teve alterado de detenção para reclusão).
4. A pena de detenção não permite o início de seu cumprimento em regime fechado.
5. A pena privativa de liberdade que for superior a 4 anos não possibilita a substituição por penas restritivas de direitos, assim como não permite a realização de acordo de não persecução penal. O que são penas restritivas de direitos? São as conhecidas penas alternativas. Alternativas à prisão e estão previstas no artigo 43 do Código Penal. O que é acordo de não persecução penal? É a possibilidade de se substituir o processo criminal por outras formas de reparação dos danos causados com o delito. O Acordo está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal.
6. Os crimes são dolosos, não existindo a previsão de modalidade culposa em nenhum dos tipos. Ou seja, nesses casos, exige-se um elemento subjetivo especial do tipo penal: intenção, agir...

Quadro comparativo

Por fim, a partir desse quadro comparativo podemos verificar as principais mudanças acima resumidas, dando atenção especial a mudança de regime inicial de cumprimento de pena e do tempo da pena privativa de liberdade.

Lei nº 8.666/1993	Lei nº 14.133/2021 / CÓDIGO PENAL
<p>Seção III Dos Crimes e das Penas <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>CAPÍTULO II-B DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>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)</p>	<p>Contratação direta ilegal <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u> Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>

⁶ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

<p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</p> <p>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)</p>	<p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, <u>mediante ajuste, combinação</u> 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)</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</p>	<p>Frustração do caráter competitivo de licitação <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>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: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>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)</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</p>	<p>Patrocínio de contratação indevida <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>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: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<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</p>	<p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></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</p>

<p>exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: <u>(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. <u>(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Parágrafo único. <u>Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Perturbação de processo licitatório <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em <u>procedimento</u> licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Violação de sigilo em licitação <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Afastamento de licitante <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de</p>

<p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>vantagem de qualquer tipo: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços; <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>III - entregando uma mercadoria por outra; <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Fraude em licitação ou contrato <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>III - entrega de uma mercadoria por outra; <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Art. 97. Admitir à licitação ou <u>celebrar contrato</u> com empresa ou profissional declarado</p>	<p>Contratação inidônea <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>

<p>inidôneo: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></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. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>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: <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>Impedimento indevido <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>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: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>Sem previsão na Lei nº 8.666/1993</p>	<p>Omissão grave de dado ou de informação por projetista <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></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: <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>

	<p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></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. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></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 caput deste artigo. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>
<p>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, <u>cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), <u>nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p> <p>§ 2º <u>O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.</u> <u>(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>	<p>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. <u>(Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)</u></p>