V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

JANAÍNA RIGO SANTIN

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Luciani Coimbra de Carvalho; Janaína Rigo Santin – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-501-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I reuniu-se no V Encontro Virtual do CONPEDI, que ocorreu de 14 a 18 de junho de 2022 no formato síncrono, com a temática "Inovação, Direito e Sustentabilidade".

Trata-se de temática extremamente oportuna, em especial quando se está saindo de um período terrível de isolamento social, com todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, onde mais do que nunca se debateu sobre a necessidade de um novo olhar para a sustentabilidade e para os problemas advindos da exploração desenfreada dos recursos naturais no planeta. Para tanto, clama-se aos pensadores do mundo do direito soluções, as quais perpassam necessariamente pela discussão sobre a regulação e limites dos avanços da ciência e das inovações em prol da preservação da vida no planeta.

Dessa forma, o evento proporcionou aos participantes uma perspectiva multidimensional do Direito, capaz de incorporar os aspectos positivos da intensa revolução informacional com os objetivos do desenvolvimento sustentável, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os artigos que compõem os anais do GT Direito Administrativo e Gestão Pública I seguem abaixo:

1. A GESTÃO PÚBLICA COMO GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFERENCIAIS DO “INTERESSE PÚBLICO” E DO “BEM COMUM”

2. O INTERESSE PÚBLICO, ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E SUA CONFORMAÇÃO COM DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.296/DF E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

4. PEC DA REFORMA ADMINISTRATIVA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES DE ACESSO À INFORMAÇÃO DETERMINADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 928 DE 23 DE MARÇO DE 2020

7. A PERSPECTIVA NEOLIBERAL E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

8. A LEI Nº 12.846/2013 E OS SEUS REFLEXOS NA PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

9. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846 /2013)

10. DO CRIME DE FRAUDE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

11. CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL COMO ESTRATÉGIA DE FOMENTO ÀS ECONOMIAS LOCAIS E REGIONAIS.

12. DO MERCADO DE PRECATÓRIOS E DA SUA NATUREZA JURÍDICA PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO IMPOSTO DE RENDA

13. EM FRENTE AO ESPELHO: AVALIANDO A PRIMEIRA ANÁLISE DE RESULTADO REGULATÓRIO NA ANP

14. GÊNERO E ESPÉCIE: OS DIFERENTES CONTRATOS DE PARCERIA E AS FORMAS DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

15. MODERNIZAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA ESTADUAL: O FIM DOS CARGOS DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL E INVESTIGADOR DE POLÍCIA CIVIL

16. O CONTROLE INTERNO DO PODER LEGISLATIVO ATRIBUÍDO AO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO NOS PEQUENOS MUNICÍPIOS

17. O DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS COMO

CONSEQUÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

18. BENS REVERSÍVEIS EM CONCESSÕES DE ENERGIA: A SOLUÇÃO ATRAVÉS DA REVISÃO CONTRATUAL

19. O PROBLEMA DA REVERSÃO DOS BENS DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

20. QUÃO RELEVANTE É O PREÇO DE REFERÊNCIA PARA O COMPARTILHAMENTO DE POSTES NO COMBATE NA CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO DO SETOR?

21. O RESIDUAL ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE SENTENÇAS PENAIS ABSOLUTÓRIAS E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO MILITAR

22. SERVIÇOS PÚBLICOS, DIREITOS DOS USUÁRIOS E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Boa leitura!

Saudações Acadêmicas

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin -Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dra. Luciani Coimbra de Carvalho - Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

DO CRIME DE FRAUDE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

THE CRIME OF FRAUD AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE NEW BIDDING LAW

Isabella Hissae Bittencourt Fokuda [1]
Nilson Tadeu Reis Campos Silva [2]

Resumo

O presente estudo tem como objetivo central analisar a Nova Lei de Licitações (Lei nº14.133 /2021), em especial no que tange ao crime de fraude contra a Administração Pública, bem como desenhar as consequências jurídicas e sociais sobre o tema. Nesse deslinde, vislumbra-se um caminho de maior segurança jurídica, previsibilidade e proporcionalidade entre as penas, em razão de sua normatividade constar com a previsão de todos os tipos penais em um mesmo instrumento legislativo, qual seja, o Código Penal.

Palavras-chave: Direito administrativo, Licitações, Crime de fraude, Direito penal, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this study is to analyze the New Bidding Law (Law nº14.133/2021), especially with regard to the crime of fraud against the Public Administration, as well as to draw the legal and social consequences on the subject. In this way, a path of greater legal certainty, predictability and proportionality between penalties is envisioned, due to its normativity consisting of the provision of all criminal types in the same legislative instrument, that is, the Penal Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Bids, Fraud crime, Criminal law, Legal security

[1] Pós-graduanda em Direito Tributário na modalidade Latin Legum Magister, pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. E-mail isabellahissae.adv@gmail.com

[2] Pós-doutor em Ciências Histórico-Jurídicas (FDUL); Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE); Professor Associado da UEM; Professor Visitante do Doutorado em Ciência Jurídica da UENP; e-mail nilson8951@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo central analisar a Nova Lei de Licitações (Lei nº14.133/2021), em especial no que tange ao crime de fraude contra a Administração Pública, bem como desenhar as consequências jurídicas e sociais sobre o tema com a utilização da metodologia de pesquisa jurídica, doutrinária, legal e jurisprudencial.

Precipuamente, haverá a definição da tipificação de fraude, abordando os regulamentos que a disciplinam, contextualizando-a a partir da evolução normativa, na esfera civil e criminal.

Em um segundo momento, depois desta delimitação inicial, disserta-se sobre a tipificação do crime de fraude em Licitações e Contratos, trazida pelo art. 96, da Lei nº 8666/93, com análise da jurisprudência até então estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o último tópico diz respeito a análise da Nova Lei de Licitações, e do art. 337-L do Código Penal, o qual criminaliza fraudes praticadas em licitações ou em contratos dela decorrentes, alargando sua variedade de condutas para, agora, abordar o também fraude nos contratos de prestação de serviços, em prejuízo da Administração Pública.

2 DO CRIME DE FRAUDE

Segundo a doutrina majoritária criminalista, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social (CAPEZ, 2011).

Sob esta perspectiva, extraímos a conceituação de fraude, a qual trata-se de uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando, também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas.

Nesse deslinde, diz respeito ao agente que criar uma situação especial, voltada a gerar na vítima um engano, apresentando, na codificação penal, vários subtipos. Desta forma, a fraude está caracterizada pelo engano propositalmente e ardilosamente provocado.

Destaca-se, portanto, que a fraude implica em um modo particularizado de abuso de confiança. Este, por si só, exige uma relação específica de segurança concretizada entre autor e vítima, enquanto a fraude requer, apenas, um plano ardiloso que supere a vigilância da vítima, facilitando a ação criminosa.

A fraude é uma "relação de confiança instantânea", formada a partir de um ardil (NUCCI, 2017).

Desta forma, emerge-se outra discussão: a tratativa entre a esfera cível e a esfera criminal.

Sobre este debate, explica-se que as Ações de Improbidade Administrativa correm na esfera cível, enquanto os crimes contra a Administração Pública pertencem à esfera criminal, cuja previsão resta fixada no Código Penal (art. 312 a 359-H).

Sendo assim, apresenta-se como exemplo o exercício arbitrário ou abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a apropriação indébita previdenciária, a lavagem ou ocultação de bens oriundos de corrupção, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, contrabando ou descaminho, a corrupção ativa, entre outros (BRASIL, 1940).

Por fim, salienta-se que a improbidade administrativa sempre é praticada por um agente público, referindo-se a todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido amplo, significando qualquer atividade pública.

Contudo, para incorrerem nos crimes contra a Administração Pública, faz-se necessário que o indivíduo seja funcionário público, ou seja, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego, ou função pública, conforme preceitua o art. 327, do Código Penal (NUCCI, 2017)

3 DO CRIME DE FRAUDE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de Administração Pública é altamente complexo, em que pese a necessidade de considerarmos vários fatores para sua definição.

Este abrange, atualmente, toda a atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos, trazendo a este Título do Código Penal uma gama de delitos voltados à proteção da atividade funcional do Estado e seus entes, tornando-se o objeto específico da tutela penal.

Por conseguinte, aponta-se que o bem jurídico tutelado nesse cenário é o bom funcionamento da Administração Pública, em outras palavras, a sua capacidade de prestar serviços.

Cada figura delitiva desse Título especifica uma faceta desse genérico interesse, protegendo as concretas qualidades que caracterizam o bom exercício da atividade administrativa (NUCCI, 2017).

A Lei de Licitações (Lei nº8.666/93) estampava em seu art. 96, a previsão do crime de fraude de licitação, em prejuízo da Fazenda Pública, instaurada para a aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente, sendo absolutamente omissa no que tange a prestação de serviços (BRASIL, 1993).

Sob esta perspectiva, com base na normativa supracitada, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no julgamento do REsp 1.571.527-RS, Rel. Min. Sebastião Reis, por unanimidade, julgado em 16/10/2016, e reforçado durante anos, de que em razão da inexistência da previsão legal, não havia que se falar em criminalização em caso de fraude para contratação de prestação de serviços. Sobrevindo, inclusive, Informativo da casa sobre o tema:

> Cingiu-se a controvérsia a saber se a conduta de contratar serviços de forma fraudulenta está abrangida ou não pelo tipo penal previsto no art. 96, I e V, da Lei n. 8.666/1993. Da leitura da referida normal legal, percebe-se que nela se pune aquele que frauda licitação instaurada para a aquisição de bens ou mercadorias, ou o contrato dela decorrente, elevando arbitrariamente os preços ou tornando, por qualquer modo, injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato. Entende-se que, no caso, o art. 96 da Lei n. 8.666/1993 apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a fraude na licitação para fins de contratação de serviços. Ocorre que o tipo penal deveria prever expressamente a conduta de contratação de serviços fraudulentos para que fosse possível a condenação do réu, uma vez que o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu (STJ, 2016 – Informativo nº 592).

Observa-se que o Juízo, quando do julgamento, fundamentou sua decisão no basilar Princípio da Taxatividade, cujo significado pode ser facilmente compreendido.

Ora, taxativo significa limitativo, restrito, apertado ou estreito.

Desta forma, não é preciso muito para se compreender, em Direito Penal, a relevância deste instituto, lógica e naturalmente, vinculado ao Princípio da Legalidade.

Em outros termos, se inexiste crime sem prévia definição legal, nem pena sem anterior cominação em Lei, torna-se essencial garantir a eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal (NUCCI, 2017).

Dessa forma, objetiva-se que o Princípio de Legalidade, enquanto garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal, somando-se ao Princípio da Taxatividade ou Mandado de Determinação dos Tipos Penais.

O tipo penal incriminador é um modelo abstrato de conduta proibitiva, voltado ao esclarecimento de todos em relação aos fatos socialmente considerados delituosos.

Por esta razão, a taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos, configurados pelo legislador (NUCCI, 2017).

Isto posto, estabelece-se, por conseguinte, uma relação de confiança entre o Estado e o indivíduo, tornando-se seguro o contorno entre o ilícito penal e o extrapenal (NUCCI, 2017).

Em outras palavras, as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma, o que cristalinamente não foi trazida pelo legislador quando da elaboração do art. 96, da Lei nº 8666/93.

4 DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

É certo que as disposições da Lei nº 8.666/1993, denominada de Lei de Licitações, ainda parcialmente vigente, somente serão revogadas em abril de 2023, isto é, após o decurso de 2 (dois) anos da publicação da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 2021), conforme dispõe o art. 193, II, ou seja, apresentam uma vigência sincrônica durante este período.

O inciso I, do artigo supramencionado, ao contrário, estabelece as normas, dentre as quais encontram-se as figuras penalmente tipificadas, que foram imediatamente revogadas.

Nesse ínterim, o Administrador Público irá decidir por qual Lei irá licitar e contratar, sendo vedada a fusão das duas normativas, por expressa previsão legal no art. 191 da Nova Lei de Licitações (BRASIL, 2021), assim:

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

Apesar da vigência simultânea entre os diplomas normativos, a nova Lei de Licitações revogou de forma direta e imediata a parte que trata dos crimes no processo licitatório e nos contratos, transferindo os crimes anteriormente previstos, para o Código Penal.

Sendo assim, art. 337-L, foi acrescido pela Lei n. 14.133/21, e criminaliza fraudes praticadas em licitações ou em contratos dela decorrentes, mediante uma variedade de condutas, elencadas em seus cinco incisos, em prejuízo da Administração Pública.

Observa-se que não houve *abolitio criminis* das condutas previstas na antiga Lei de Licitações, mas sim continuidade-típica normativa, segundo o qual mantem-se o caráter criminoso da conduta deslocando seu conteúdo para outro tipo penal.

Fato que pode ocorrer dentro mesmo diploma normativo ou não, como se deu no presente caso.

O art. 337-L do Código Penal possuía como delito corresponde o art. 96 da Lei 8.666/93, que sofreu correção em algumas falhas há muito criticadas pela doutrina.

Além disso, houve *novatio legis in pejus* em relação a pena de alguns crimes, entre eles o do tipo penal estudado, devendo observância as regras de irretroatividade da lei penal maléfica (art. 5º, XXXVI da CRFB). (CUNHA, 2015)

Sendo assim, torna-se mister salientarmos que a primeira grande mudança deste novo tipo penal foi a correção na identificação do sujeito passivo, que antes era identificado como Poder Público e passou a ser a Administração Pública.Com efeito, o legislador penal original, por meio do uso da expressão “fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública”, identificou a vítima restringindo, consequentemente, seu alcance.

A expressão remonta à Lei nº 6.830/1980 e diz respeito ao patrimônio da União, Estados, municípios e respectivas autarquias, não englobando empresas públicas,

sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado e consórcios públicos de direito privado.

Posteriormente, a revogada Lei nº 8.666/93 corrigiu o termo para Administração Pública, parecendo que, finalmente, este dispositivo fez a correção final identificando o sujeito passivo de forma mais abrangente.

Desta forma, a partir de uma leitura sistemática do art. 1º, I e II c/c com o art. 1º, §1º, ambos da Lei nº 14.133/2021, todas essas entidades passam a ser sujeitos passivos do crime do artigo 337-L.

Nos moldes do ar. 1º, I e II da referida lei o tipo penal compreende a Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a Indireta (somente autarquias e fundações públicas), os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. (BITENCOURT, 2021 e BRASIL, 2021).

Além disso, a Lei exclui de forme expressa de seu âmbito de incidência as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que são regidas pela Lei nº 13.303/16 para fins de observância do procedimento licitatório.

Contudo, dispôs que a regra do art. 178, que é referente as infrações penais, continuam tendo aplicabilidade a referidos entes. (BRASIL, 2016)

Enquanto o termo Fazenda Pública, em seu sentido técnico-jurídico, refere-se somente aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e respectivas autarquias (Fundações de Direito Público são equiparadas a autarquias).

Nesse sentido, excluía-se, do conceito de Fazenda Pública o patrimônio das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações de direito privado, as quais, embora integrem o conceito de Administração Pública para fins da Lei de Licitações (art. 6º, XI), não são abrangidas pela definição legal de Fazenda Pública (BITENCOURT, 2021).

O bem jurídico protegido é o interesse patrimonial e moral da Administração Pública.

Por outro lado, o objeto material do crime é a licitação e/ou contrato dela decorrente. Por conseguinte, para que o crime ocorra é necessário que a licitação tenha sido instaurada ou que o contrato tenha sido assinado em razão do procedimento licitatório.

Além disso, são necessários alguns apontamentos sobre o crime. A existência de licitação se torna um pressuposto para que o próprio delito ocorra, já que não há em se falar em crime antes da prévia existência do procedimento licitatório ou do contrato que dele decorre.

No mesmo sentido, é necessário que a fraude seja empregada após a instauração do certame, caso ocorra antes não existe este delito.

Também é necessário pontuar que a elementar "contrato dela decorrente", apenas abarca o contrato oriundo de forma direta e imediata da licitação.

Qualquer interpretação em sentido contrário viola os Princípios da Taxatividade e da Tipicidade, corolários do Princípio da Legalidade.

O tipo penal possui apenas um núcleo do tipo, "fraudar", que significa enganar, empregar meio fraudulento.

Por outro lado, apresenta 5 (cinco) modos de execução da conduta nuclear, dispostos nos incisos I a V. As condutas são descritas através de verbos no gerúndio, porém não representam novos núcleos do tipo.

São instrumentos de execução da conduta de fraudar licitação instaurada causando prejuízo à Administração Pública.

Nesse sentido, Tavares de Freitas, acertadamente, manifesta: Em outros termos, a conduta de fraudar pode ser executada "elevando" preços, "vendendo" mercadorias inadequadas, "entregando" uma mercadoria por outra, "alterando" a essência da mercadoria fornecida ou "tornando", injustamente, a proposta ou contrato mais oneroso (FREITAS, 2010).

Fraude pode ser definida como o uso de qualquer meio enganoso, com o fim de enganar, modificar a verdade de fatos ou a natureza das coisas.

Deve ser entendida como gênero que possui como espécies diversas modalidades, como artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Consoante, trouxe o Código Penal na definição do crime de estelionato.

Por outro lado, fraudar "licitação" ou "contrato dela decorrente" é o emprego do meio fraudulento na própria licitação ou contrato dela decorrente em prejuízo da Administração Pública através de uma de suas espécies.

A primeira delas, o Artifício, é uma forma de levar a vítima em erro, fazendo com que tenha uma falsa percepção da realidade através de uma simulação.

Por sua vez, o ardil consiste no emprego da fraude através da trama pelo agente para ludibriar a boa-fé do sujeito.

Qualquer outro modo, trata-se de uma espécie de interpretação analógica, segundo a qual uma fórmula casuística é seguida de uma genérica.

A partir disso, qualquer outra forma de emprego de fraude que não seja o artificio ou ardil amoldam-se a essa figura.

Em que pese a previsão da fórmula genérica, é imperioso destacar que o Ministério Público possui o dever de individualizar a conduta do agente, descrevendo no que consistiu o emprego de fraude.

Não basta a mera citação que foi empregado fraude na conduta do agente, sob pena de incorrer em inépcia da denúncia, que é uma maneira de rejeição da denuncia pelo magistrado, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal.

Sob esta perspectiva, Cezar R. Bitencourt explica que:

> Não se desconhece, contudo, que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. De fato, o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. O tema, entretanto, pode chegar a alcançar proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente conceitos que necessitam de complementação valorativa, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica (BITENCOURT, 2021).

A seguir serão analisados cada um dos incisos do art. 337-L, do Código Penal, que configuram modos de execução do crime.

O inciso I preceitua que “I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidades diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais”, tratando-se de inovação legislativa, pois não havia tal previsão no art. 96 da Lei 8.666/93.

A conduta consiste em entregar mercadoria ou prestar serviço diverso do contratado, ou ainda, em quantidades ou qualidades diversas da avençada.

Sendo assim, torna-se irrelevante que a mercadoria seja melhor ou que possua maior valor, o que se analisa é se o compromisso firmado foi descumprido pela parte, ao não entregar ou prestá-lo conforme acordado.

A Administração Pública tem o direito de receber exatamente o que contratou, e seu descumprimento lhe causa demasiado prejuízo, tendo em vista portar-se a partir do Princípio do Interesse Público.

As previsões dos incisos II, III e IV são semelhantes a modalidade de estelionato contida no § 2º do art. 171, bem como à fraude ao comércio, prevista no art. 175, ambos do Código Penal.

Entretanto, cada uma delas apresenta suas próprias peculiaridades que as tornam especificas em relação aos tipos penais anteriores.

Por sua vez, o inciso II prevê: "Fornecimento, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada, inservível para o consumo ou com prazo de validade vencido".

Esta conduta consiste em vender mercadoria falsa ou deteriorada como se verdadeira fosse enganando o adquirente e causando lhe prejuízo.

Nesse sentido, deve ocorrer através de venda, outras formas, como permuta, dação ou qualquer outra espécie de entrega, não estão abarcados pelo tipo penal.

Sendo assim, a mercadoria falsificada é aquela que se dá aparência de legitima e deteriorada é aquela estragada.

Por fim, importante pontuar que a conduta típica só pode ocorrer durante a fase de execução do contrato.

A redação do inciso III é a seguinte: "Entrega de uma mercadoria por outra".

A conduta consiste em adquirir uma mercadoria e receber outro no lugar daquela acordada, e para que isto ocorra presume-se que foi avençado uma mercadoria determinada e individualizada. Do contrário, trata-se de fato atípico.

Ademais, para que se configure o crime pelos modos de execução dispostos nos incisos II e III é necessário que a venda ou entrega seja feita do particular para a Administração Pública.

Não há o crime do art. 337-L na conduta inversa.

Contudo, o Poder Público não estará imune caso sua conduta lese consumidores, e por isso, pode vir a ser responsabilizado, a exemplo do art. 18, § 6º, da Lei n. 8.078/90.

A fraude prevista no inciso IV consiste em: "Alterar substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida".

Isto posto, o termo substância diz respeito à matéria, qualidade à modalidade ou espécie, e quantidade ao número ou peso, bem como a conduta se consuma com a alteração da mercadoria através de uma das formas anteriores.

Ademais, torna-se importante salientarmos que é necessário a obrigação de entrega de coisa certa e determinada.

O contrato firmado deve ser decorrente de procedimento licitatório, e outras espécies de contratos podem se amoldar a outros tipos penais, como o de estelionato.

Para que ocorra o crime é imprescindível o emprego de fraude de modo que a Administração Pública sofra prejuízo.

Aponta-se que a mera deficiência de qualidade ou quantidade não configura o crime e deve ser revolvido nos planos cível e administrativo.

Além disso, a alteração deve ser para pior (qualidade) ou para menor (quantidade), pois do contrário não haverá prejuízo.

Por último, a redação do art. V é a seguinte: "qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato".

O enunciado é aberto e abrangente, violando diretamente os Princípios da Legalidade e da Taxatividade, sendo estes os pressupostos basilares do Direito Penal brasileiro.

O inciso não é imune a críticas, tendo em vista que para que se faça a tipificação penal de condutas oriundas de procedimentos administrativos é necessário observância a precisão dos tipos penais, além do entendimento claro acerca dos procedimentos empresariais.

Os empresários que participam de licitações não podem ser vistos como criminosos, por meras "deduções acusatórias".

E somando-se a isto, o próprio processo legislativo é feito por pessoas que muitas vezes não possuem o entendimento técnico adequado sobre empreendimentos e vida empresarial, o que resulta em tipos penais imprecisos, mal redigidos e totalmente incompatíveis com a realidade empresarial e suas práticas costumeiras.

Sobretudo, para que o Princípio de Legalidade seja respeitado é preciso que o legislador evite o uso de expressões vagas, imprecisas, abertas ou ambíguas.

Desta forma, será possível cumprir com eficácia a tarefa de cominar crimes e suas respectivas penas, e acima de tudo garantir a segurança jurídica aos cidadãos.

Neste sentido, há quem defenda que o inciso V ao preceituar "qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato", tratando-se de uma interpretação extensiva.

Assim, caso a conduta não esteja listada nos incisos I a IV é possível subsumir-se a este inciso tendo em vista sua generalidade.

Portanto, o inciso V abrange todos as demais hipóteses do art. 96 da Lei 8.666/93 que não foram positivados pela nova normativa, bem como qualquer outra forma de prática da conduta.

Pelo exposto, é patente que o inciso V está esvaído de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, o aspecto relativo à parte final do dispositivo, qual seja, "execução do contrato" é passível de ser ressalvado da declaração de inconstitucionalidade.

Caso o vencedor da licitação quando vier a executá-la acabe por a tornar onerosa de forma desproporcional e injusta em relação a proposta original.

Em suma, todas essas hipóteses disciplinadas no dispositivo legal em exame configuram crime material, e somente se consumam com o prejuízo efetivo à Administração Pública, pois esse prejuízo integra, aliás, expressamente, o tipo penal.

E tal prejuízo não decorre de participação isolada, mas na prática de verdadeiro conluio entre todos os competidores, fato este que deverá ser objeto de prova (BITTENCOURT, 2021).

A prática deste crime pressupõe a existência de licitação instaurada.

A conduta fraudulenta, incriminada neste dispositivo, só pode ocorrer em licitação instaurada ou contrato celebrado decorrente de licitação, e desde que verse sobre aquisição ou venda "de bens ou mercadorias".

Em outros termos, a existência de "licitação instaurada" é pressuposto fundamental da ocorrência deste crime, significando que eventual conduta fraudulenta, por qualquer meio, praticada antes da instauração da licitação, não encontra correspondência típica neste dispositivo legal (BITTENCOURT, 2021).

É necessário pontuar que a fraude empregada em relação ao contrato que decorre da licitação diz respeito à sua execução, ou seja, àquilo que foi pactuado no contrato não é realizado ou executado em seus exatos termos.

Tal conduta consiste em fraude penal e sujeita o responsável as sanções criminais cabíveis.

Por outro lado, o delito não deve ser confundido com a fraude no contrato propriamente dito, que consiste na conduta de "descumprimento contratual", em razão deste consistir em mera fraude civil, o qual sujeita o agente apenas a responsabilidade das sanções cíveis que dela decorram.

Em obediência ao Princípio constitucional da legalidade (art. 5º, XXXIX da CRFB), destacamos que também estão excluídas dessa infração penal condutas fraudulentas em contratos ou relações contratuais que não decorram de licitações públicas, isto é, obrigações contratuais que não tenham se originado em licitações públicas.

CONCLUSÃO

A licitação consiste em um conjunto de regras que a Administração Pública deve seguir para que possa realizar a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Enquanto o contrato, trata-se de acordo bilateral entre particulares e o órgão ou a entidade licitante, que forma o vínculo contratual entre eles e estipula seus deveres e obrigações.

O descumprimento de qualquer destas regras pode submeter o agente a responsabilização nas esferas cível, administrativa e penal.

Neste sentido, merece destaque a recente alteração legislativa que revogou a Lei 8.666/93 e promulgou novas regras licitatórias na Lei n. 14.133/21, bem como criou novos tipos penais.

Referente ao procedimento de licitação ambas as normativas apresentam uma vigência sincrônica por dois anos, de modo que caberia ao Administrador decidir por qual delas iria licitar, vedado a combinação de Leis.

Por outro lado, a nova Lei de Licitações revogou de forma direta e imediata a parte que trata dos crimes no processo licitatório e nos contratos, transferindo os crimes anteriormente previstos, para o Código Penal, e assim não houve *abolitio criminis* das condutas criminosas.

No tocante a parte penal verificou-se que a alteração legislativa corrigiu diversos pontos há muito criticados pela doutrina, especialmente referente ao sujeito passivo do crime do art. 337-A do Código Penal.

Também merece destaque a alteração das penas cominadas aos delitos que foram substancialmente aumentadas, com observância do Princípio da Proporcionalidade.

Como exposto no presente trabalho, vislumbra-se que uma vereda de maior segurança jurídica, previsibilidade e proporcionalidade entre as penas, em razão de sua

normatividade constar com a previsão de todos os tipos penais em um mesmo instrumento legislativo, qual seja, o Código Penal.

É o que ocorreu no caso em tela, com a transferência, para esse Código, da normatização de todos os tipos anteriormente previstos na anterior Lei de Licitações.

Nesse deslinde, podemos sustentar que há duas linhas mestras nos crimes relacionados às licitações e contratos administrativos: a codificação (deslocamento de todos os tipos penais para o respectivo código) e o aumento de penas (o que ocorreu em quase todos os crimes), o que repercute, por óbvio, na questão prescricional - (ROCHA, 2021).

Com efeito, o bem jurídico protegido continua sendo garantir a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade do certame licitatório, mas especialmente preservar o patrimônio da Administração Pública em geral, em todos os níveis de Poderes Federal, Estadual e Municipal.

O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, assegurar a correção, legalidade e moralidade na realização de cada um e de todos os atos do procedimento licitatório, observando rigorosamente a regra do respeito ao bem público.

Isto posto, estão excluídas dessa infração penal condutas fraudulentas em contratos ou relações contratuais que não decorram de licitações públicas, isto é, obrigações contratuais que não tenham se originado em licitações públicas.

Pelas mesmas razões, as condutas fraudulentas praticadas em quaisquer outros contratos com o Poder Público que não tenham como base ou fundamento licitações públicas, não se adequam tipicamente ao crime descrito no art. 337-L, devendo-se buscar outro fundamento jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar R. **Direito Penal das Licitações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Diário Oficial da União. Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 28 abr. de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 abr. de 2021.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Código Penal. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Diário Oficial da União. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em 20 abr. de 2021.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Código Penal. **Lei de Licitações e Contratos.** Diário Oficial da União. Brasília, 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 22 abr. de 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 22 abr. de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1 ao 120). Jus podvm. 3 edição -2015. p. 109-110.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro. Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial - arts. 121 a 212 do Código Penal.** Rio de Janeiro. Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial - arts. 213 a 361 do Código Penal** Rio de Janeiro. Forense, 2017.

ROCHA, Wesley. **A Nova Lei de Licitações**. Disponível em: Minha Biblioteca, FGV. Grupo Almedina (Portugal), 2021.

STF. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.571.527-RS, Rel. Min. Sebastião Reis, por unanimidade, julgado em 16/10/2016. **STJ**, 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/617. 2022 *on-line.*

TAVARES DE FREITAS, André Guilherme. **Crimes na Lei de Licitações**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.