

Opinião: O crime de frustração ao caráter competitivo de licitação

Em abril deste ano, entrou em vigor a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Entre as modificações trazidas ao regime jurídico das contratações públicas, a nova Lei de Licitações revogou os crimes até então previstos nos artigos 89 a 98 da Lei nº 8.666/93 e inseriu o Capítulo II-B no Título XI do Código Penal, tipificando os novos "*crimes em licitações e contratos*



A parte penal da nova Lei de Licitações foi permeada pela

continuidade normativa, com manutenção de boa parte da estrutura dos tipos previstos na Lei nº 8.666/93, criando-se apenas o crime de "*omissão grave de dado ou de informação por projetista*". Em geral, as penas previstas para os crimes licitatórios foram significativamente aumentadas, de modo a impossibilitar a aplicação de instrumentos negociais penais, como o acordo de não persecução penal [\[1\]](#) (artigo 28-A do Código de Processo Penal) e a transação penal [\[2\]](#). Os preceitos secundários também substituíram as penas de detenção por penas de reclusão, o que, na forma do artigo 2º, III, da Lei nº 9.296/96, autoriza a interceptação de comunicação telefônica para investigação focada apenas em crimes licitatórios.

Em que pese sejam relevantes as diversas modificações do regime penal trazidas com a nova Lei de Licitações, focalizaremos aqui um aspecto crucial da atual redação do tipo penal de "*frustração do caráter competitivo de licitação*", agora previsto no artigo 337-F do Código Penal, em substituição ao tipo previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93.

O tipo penal do artigo 337-F do Código Penal [\[3\]](#) manteve a mesma estrutura típica do delito do artigo 90 da Lei nº 8.666/96 [\[4\]](#), com a repetição dos núcleos "frustrar" ou "fraudar" o caráter competitivo do processo licitatório, bem como do elemento subjetivo consubstanciado no "*intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*".

A alteração importante no tipo penal se deu pela remoção da locução típica "*mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente*", prevista na norma primária de incriminação do artigo 90 da Lei nº 8.666/93. A relevância da modificação se dá em razão da orientação dos tribunais superiores [5] no sentido de que "*o delito previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação*" (STF, HC nº 116/680/DF, 2ª Turma, relator ministro Teori Zavascki, DJe 13/02/2014) [6].

Referida orientação reflete o entendimento de que a consumação do crime ocorreria no momento do ajuste ou combinação anticompetitiva, e não na efetiva conduta de *frustrar* ou *fraudar* a competitividade do certame, quando, por exemplo, poderiam ser apresentadas propostas pré-acordadas entre licitantes. Ou seja, ao se deslocar o momento consumativo do delito para o ajuste anticompetitivo, tal orientação sinaliza a criação de um núcleo típico não previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, qual seja o de *ajustar* ou *combinar* a realização de ato anticompetitivo, indicando ser irrelevante se a combinação fora levada a efeito mediante apresentação de proposta maculada no certame [7].

Parte da doutrina já alertava que o crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/93 "*somente se consuma com a efetiva frustração ou fraude do referido procedimento. Mais que isso: é necessário que o 'caráter competitivo' resulte frustrado ou fraudado, sendo insuficiente, portanto, a simples ação visando frustrá-lo ou fraudá-lo, sendo indispensável que resulte realmente frustrada ou fraudada a competitividade do procedimento licitatório, como exige o tipo penal*" [8].

Como visto, a redação do delito do artigo 337-F do Código Penal dada pela Lei nº 14.133 excluiu a locução típica "*mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente*". Em uma primeira leitura, a retirada da locução aparenta trazer um alargamento do tipo penal, que incriminaria a frustração do caráter competitivo do certame de forma mais ampla. No entanto, considerando que o antigo crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/93 já admitia a incriminação da frustração de competitividade por "*qualquer outro expediente*", não parece haver, nesse sentido, grandes mudanças em sua amplitude.

Parece-nos, contudo, que ao excluir a locução típica o legislador remove qualquer dúvida interpretativa e esclarece que o crime de "*frustração do caráter competitivo de licitação*" é material. Eventuais ajustes, combinações ou expedientes fraudulentos que tenham potencial para, mas não venham a resultar em frustração ou fraude do caráter competitivo do certame, a depender do caso concreto, poderão ser considerados como tentativa de prática do crime previsto no artigo 337-F do Código Penal. A consumação, todavia, ocorrerá apenas com a efetiva frustração ou fraude da competitividade do certame.

[1] Nos termos do artigo 28-A do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é cabível em casos envolvendo "infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos". Nesse sentido, o crime de "contratação direta ilegal", previsto no artigo 337-E do Código Penal, substituiu o delito previsto no revogado artigo 89 da Lei nº 8.666/93, aumentando-se a pena mínima de três para quatro anos de reclusão, o que impede a aplicação do ANPP.

[2] Por exemplo, o crime de "contratação inidônea", tipificado no artigo 337-M do Código Penal, substituiu o delito antes previsto no artigo 97 da Lei nº 8.666/93, tendo sido a pena máxima aumentada de dois anos de detenção para três anos de reclusão. Nesse sentido, o crime deixou de ser considerado de "menor potencial ofensivo", conforme definição do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, o que impede a aplicação do instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da mesma lei.

[3] "Artigo 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 [...]"

[4] O tipo penal do artigo 90 da Lei nº 8.666/93 era assim redigido: "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".

[5] É também a orientação do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada nos seguintes julgados: AgRg no REsp 1533488/PB, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 04/02/2019; REsp nº 1.623.985/PB, 6ª Turma, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 06/06/2018; REsp 1623985/SP, relator ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 06/06/2018; RHC 52.731/GO, relator ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 09/11/2015

[6] Essa orientação havia sido antes esposada pelo Plenário do STF ao receber a denúncia no INQ 3.108/BA (relator ministro Dias Toffoli, DJe de 22.03.2012). Naquele caso, o foco da decisão do Pleno foi a consignação da natureza formal do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, de modo a se estabelecer que sua consumação independeria da efetiva adjudicação no certame ou da obtenção de vantagem econômica pelos agentes.

[7] Importa mencionar que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há diversos julgados que denotam que o crime de frustração do caráter competitivo licitatório "se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório" (cf.: REsp n. 1.498.982/SC, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 18/04/2016; RHC 74.812/MA, Relator ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ Acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 04/12/2017; AgRg no REsp 1679993/RN, relator ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator p/ acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 16/04/2018). Tais julgados não trazem referência à consumação do crime pelo mero ajuste, mas sim pela frustração ou fraude à competitividade licitatória no âmbito do certame.

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. Saraiva. São Paulo, 2012.

Date Created

22/11/2021