



Marcelo André de Azevedo
Alexandre Salim

Direito Penal

Parte Especial

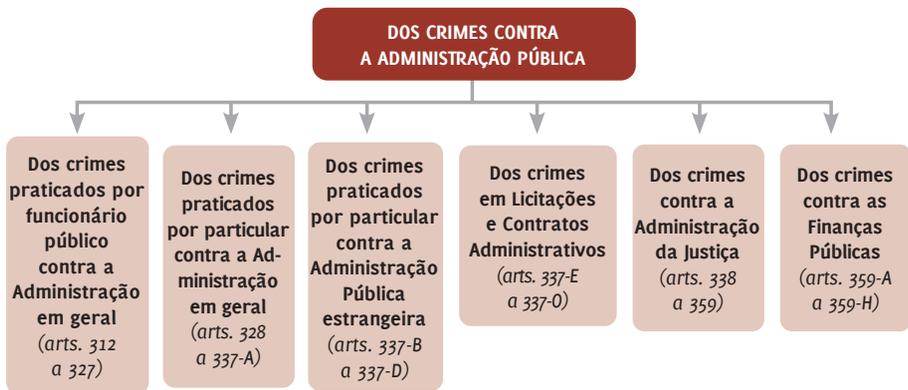
12^a
Edição

Revista,
atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Crimes contra a Administração Pública



1. INTRODUÇÃO

1.1. SISTEMATIZAÇÃO NO CÓDIGO PENAL

O Título XI dispõe sobre os crimes contra a Administração Pública, sendo dividido em seis capítulos:

- **Capítulo I:** Dos Crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral.
- **Capítulo II:** Dos Crimes praticados por Particular contra a Administração em geral.
- **Capítulo II-A (incluído pela Lei nº 10.467/02):** Dos Crimes praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira.
- **Capítulo II-B (incluído pela Lei nº 14.133/21):** Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos.
- **Capítulo III:** Dos Crimes contra a Administração da Justiça.
- **Capítulo IV (incluído pela Lei nº 10.028/00):** Dos crimes contra as Finanças Públicas.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2012 – TJ-RO – Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Os crimes praticados por particular contra a administração pública incluem o desacato, a corrupção passiva e a desobediência”.

A nova Lei de Licitações define **Administração Pública** como a “administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas” (art. 6º).

Importante o registro de que existem crimes contra a Administração Pública fora do Código Penal, como na Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Art. 50 da Lei nº 6.766/1979. “Constitui crime contra a Administração Pública: I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios (...)”.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2022 – MP-PE – Promotor de Justiça) João dá início a loteamento para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente. Tomando conhecimento dos fatos, o órgão do Ministério Público deve requisitar a instauração de inquérito policial para apuração inicial de crime contra:

- a) o patrimônio (fraude).
- b) a ordem econômica.
- c) as relações de consumo.
- d) a Administração pública.
- e) o patrimônio (estelionato).

Gabarito: D.

1.2. CRIMES FUNCIONAIS

O Capítulo I trata dos denominados **crimes funcionais**, já que o tipo penal exige a condição de funcionário público para o sujeito ativo. Os delitos funcionais são assim classificados:

- a) **Funcionais próprios:** a condição de funcionário público é essencial para configuração do crime, de forma que, sem ela, não há sequer outro delito (o fato é atípico). Haverá uma **atipicidade absoluta**. *Exemplo:* prevaricação (art. 319).
- b) **Funcionais impróprios:** a ausência da condição de funcionário público desclassifica a infração para outro tipo. Haverá uma **atipicidade relativa**. *Exemplo:* crime de peculato-apropriação (art. 312, caput) para apropriação indébita (art. 168).

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas:

(MP-SP – 2010 – Promotor de Justiça) “Crimes funcionais impróprios são aqueles que podem revestir-se de parcial atipicidade”.

(CESPE – 2012 – TJ-RO – Analista) “Considera-se crime funcional próprio aquele em que a qualidade de servidor público é essencial à sua configuração, e crime funcional impróprio, aquele que tanto pode ser cometido por servidor público como por quem não detém essa condição”.

1.3. CONCURSO DE PESSOAS

É possível que um particular (*extraneus*) concorra para o crime funcional praticado pelo funcionário público (*intraneus*) e, por conseguinte, aplicam-se as regras do concurso de pessoas.

Nos crimes funcionais o dado “funcionário público” é uma **elementar normativa** relacionada a uma condição do agente (natureza pessoal). Assim, nos termos do **art. 30 do CP**, “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, **salvo quando elementares do crime**”. Isso significa que, quando conhecidas, as elementares se comunicam.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FGV – 2021 – PC-RN – Agente) Jonas, agente policial de determinado estado, e seu primo Hélio, desempregado, subtraíram da delegacia na qual o primeiro exercia suas funções, computadores que haviam sido substituídos por equipamentos novos e que se encontravam guardados, tendo a dupla se aproveitado das facilidades decorrentes do cargo exercido por Jonas. Ao tomar conhecimento dos fatos, a autoridade policial deverá reconhecer que Jonas praticou:

- a) crime de peculato, devendo Hélio responder pelo mesmo delito;
- b) crime de furto qualificado, assim como Hélio;
- c) crime de peculato, enquanto Hélio responderá por peculato culposo;
- d) crime de peculato, enquanto Hélio responderá por furto qualificado;
- e) crime de peculato, enquanto Hélio responderá por furto simples.

Gabarito: A.

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça Substituto) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Na hipótese de terceira pessoa, que não é funcionária pública, instigar seu pai, este funcionário público, a cometer o crime de peculato-apropriação, responderá pelo crime, uma vez que se comunica a elementar do crime”.

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O particular que auxilia materialmente a prática de crime de peculato-desvio por seu amigo, que sabe ser servidor, responderá por apropriação indébita, tendo em vista lhe faltar a qualidade de funcionário público”.

(CESPE – 2016 – Polícia Civil-PE) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “A circunstância de funcionário público é comunicável a particular que cometa o crime sabendo dessa condição especial do funcionário”.

(VUNESP – 2014 – PC-SP – Delegado de Polícia) “O crime de peculato: a) consiste em solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida. b) é crime contra a administração da justiça. c) consiste em dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. d) embora seja crime próprio, admite a participação de agentes que não sejam funcionários públicos. e) mediante erro de outrem tem a mesma pena do crime de peculato”. **Gabarito: D.**

(UFPR – 2012 – TJ-PR – Juiz de Direito) “Quanto ao crime de peculato, é correto afirmar: a) Admite-se nas formas dolosa e culposa e é possível concurso de agentes com quem não é funcionário público. b) É crime próprio e somente pode ser cometido por funcionário público, não sendo possível o concurso de agentes com particular, sendo punível apenas a título de dolo. c) É crime próprio, sendo possível a coautoria ou participação apenas de outro funcionário público, quando ambos só podem ser punidos a título doloso. d) É crime de mão própria, inadmitindo coautoria ou participação de quem quer que seja, punível a título de dolo e culpa”. **Gabarito: A.**

(CESPE – 2009 – PGE-PE – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “É possível haver coautoria entre funcionário público e pessoa que não é funcionário público nos chamados crimes funcionais”.

Como dito, para evitar a responsabilidade penal objetiva, as elementares somente se comunicarão se o particular tiver conhecimento da qualidade de funcionário público. Caso contrário, o particular poderá responder por outro tipo penal. *Exemplo:* o particular auxilia o funcionário a subtrair algum bem móvel que está em poder da administração pública, mas não sabe que se trata de funcionário público, o qual se vale dessa facilidade para a subtração. O funcionário responderá por peculato-furto (art. 312, § 1º) e o particular por furto qualificado (art. 155, § 4º, IV).

CRIME FUNCIONAL PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

- O particular pode responder por **crime funcional impróprio** (ex.: peculato-furto), desde que tenha conhecimento da elementar “funcionário público” (elemento normativo, mas de caráter pessoal). Caso não seja do seu conhecimento, responderá por crime comum (ex.: furto).
- No entanto, se o particular ajudar o funcionário público a praticar **crime funcional próprio** (ex.: prevaricação), sem conhecer a condição funcional do autor, cometerá fato atípico.

1.4. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º – A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

1.4.1. Servidor público

O termo *funcionário público* encontra-se desatualizado, pois a Constituição Federal utiliza a expressão *servidor público*. Mesmo assim, o Código Penal permanece com a expressão. Assim, nos termos do art. 327, *caput*, do CP, para efeitos penais, considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FGV – 2021 – TCE-AM – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O funcionário público, para os efeitos penais, é todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública, desde que de forma remunerada”.

(CESPE – 2016 – TRE-PI – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “O detentor de cargo em comissão não é equiparado a funcionário público para fins penais”.

Lei de Licitações. A antiga **Lei de Licitações** definia **servidor público** da seguinte forma: “Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público. § 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. § 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público” (art. 84 da Lei nº 8.666/93). A **nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21)** faz referência ao **agente público**, definindo-o como o “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” (art. 6º).

Lei de Mediação (Lei 13.140/15). “Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal”.

Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19). “Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração

direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo”.

1.4.2. Sentido amplo

A lei penal adota um conceito amplo de funcionário público, não se vinculando às definições do Direito Administrativo e, assim, ampliando a proteção dos interesses da Administração. Verifica-se que basta o exercício temporário de uma função pública, ainda que gratuita, para ser considerado funcionário público, a exemplo dos jurados no Tribunal do Júri e dos mesários no dia das eleições.

Emprego público: está relacionado ao vínculo celetista.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2015 – TCE-CE – Procurador de Contas) “Para efeitos penais, o conceito de funcionário público é diverso do que lhe empresta o Direito Administrativo. Define-se o emprego público como aquele: a) que mantém vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos; b) ocupante com vínculo contratual, sob a regência da CLT; c) regido pelo conjunto de atribuições às quais não corresponda a um cargo público, não se exigindo concurso público; d) que não mantém vínculo com fundações ou sociedades de economia mista; e) ocupa cargo sob a égide da lei orgânica das carreiras de Estado”. **Gabarito: B.**

(VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz de Direito) “Profissional nomeado pela assistência judiciária para atuar como defensor dativo ingressa com ação contra o INSS, em favor da parte para a qual foi constituído, e posteriormente faz o levantamento do valor devido. Contudo, não repassou o dinheiro à parte, cometendo o delito de: a) peculato, tendo em vista apropriar-se de dinheiro ou valor de que tem a posse em razão do cargo; b) furto mediante fraude, pois abusou da confiança da vítima; c) prevaricação, considerando que retardou ou deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício; d) apropriação indébita, uma vez que tinha a posse ou detenção do numerário”. **Gabarito: A.**

(MP-MG – 2014 – Promotor de Justiça) “O jurado, integrando o Conselho de Sentença, impôs como obrigação e recebeu do réu polpuda soma para absolver o homicida. Cometeu crime de: a) Extorsão. b) Prevaricação. c) Concussão. d) Corrupção passiva”. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2013 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Comete o delito de supressão de documento, e não o de corrupção passiva, o estagiário de órgão de fiscalização ambiental que, em razão de sua atividade, solicita dinheiro para si, a fim de destruir autos de processo administrativo no qual conste

lavrado auto de infração ambiental com a consequente aplicação de penalidade de multa a pessoa jurídica causadora do dano, pois se equipara, para fins de caracterização do crime de corrupção passiva, a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função pública, com ou sem remuneração, salvo se na condição de estagiário”.

(ESAF – 2012 – Receita Federal – Auditor Fiscal) Foi considerada correta a seguinte alternativa: “Perito Judicial é funcionário público para os fins do Código Penal”.

1.4.3. Múnus público

Não são considerados funcionários públicos, para efeitos penais, aqueles que exercem certos encargos, como os inventariantes e depositários judiciais, os curadores, os tutores e os administradores judiciais (antigo síndico na falência). A propósito: “Depositário judicial não é funcionário público para fins penais, porque não ocupa cargo público, mas a ele é atribuído um munus, pelo juízo, em razão de bens que, litigiosos, ficam sob sua guarda e zelo” (STJ, 6ª T., HC 402.949, j. 13/03/2018).

1.4.4. Funcionário público por equiparação

Também será considerado funcionário público:

a) Quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Nem mesmo entre os administrativistas há unanimidade acerca do conceito das **paraestatais**. Hely Lopes Meirelles e seus atualizadores, na 21ª edição (1996) da obra *Direito Administrativo Brasileiro* (p. 62), refere que “são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros)”. No entanto, já na 30ª edição (2005), o conceito foi alterado (“são pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado”), tendo sido retirados dois de seus exemplos (empresas públicas e sociedades de economia mista) e acrescentada uma nova espécie (organizações sociais – Lei nº 9.648/98).

Organizações Sociais: “A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.519.662/DF, também de minha relatoria, à unanimidade, assentou entendimento de que ‘o conceito de entidades paraestatais existente no § 1º do artigo 327 do Código Penal contempla as chamadas Organizações Sociais, estas previstas no âmbito federal pela Lei nº 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei nº 2.415/99’ (...)” (STJ, 6ª T., AgRg no RESp 1575378, j. 20/09/2016).

No **Caso Candango**, STJ e STF decidiram que os ocupantes de cargo, emprego ou função em organização social são, para fins penais, funcionários públicos por equiparação: “O Instituto Candango de Solidariedade - ICS é entidade paraestatal

para fins penais, razão pela qual é inafastável a qualificação de seus dirigentes como funcionários públicos nos termos do art. 327 do Código Penal” (STJ, 6ª T., EDcl no AgrRg no HC 412566, j. 25/09/2018); “1. Associação civil qualificada como Organização Social é considerada entidade paraestatal para os fins do disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal, o que torna legítima a qualificação de seus dirigentes, para efeitos penais, como funcionários públicos por equiparação. 2. O Instituto Candango de Solidariedade – ICS, enquanto ostentou a condição de Organização Social, constituiu entidade paraestatal, enquadrando-se no disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal. 3. Os ocupantes de cargo, emprego ou função no Instituto em referência respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública” (STF, 1ª T., HC 131672 AgrR, j. 05/10/2018); “O Instituto Candango de Solidariedade - ICS, enquanto ostentou a condição de Organização Social, constituiu entidade paraestatal, enquadrando-se no disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal. Os ocupantes de cargo, emprego ou função no Instituto em referência respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública” (STF, 1ª T., ARE 1048461 AgrR, j. 21/02/2020).

OSCIP. “O dirigente de entidade caracterizada como organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP, Lei n. 9.790/1999), que presta serviços públicos mediante repasse de verbas públicas, pode ser equiparado a funcionário público, nos termos do § 1º do art. 327 do Código Penal, por se tratar de entidade paraestatal (precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça)” (STJ, 6ª T., HC 416672, j. 01/10/2019).

O dispositivo não se refere, expressamente, às **autarquias** e **fundações públicas**. No entanto, na visão de Regis Prado, “para o legislador penal, autarquia e ente paraestatal se equivalem, não se podendo olvidar, ainda, que não há consenso nem mesmo entre os administrativistas a respeito da natureza jurídica da fundação pública, inclinando-se muitos a considerá-la uma espécie de autarquia” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 4, São Paulo: RT, 2006, p. 454).

Autarquias: “No Direito Penal prevaleceu, por meio de uma interpretação integradora, um conceito de funcionário público mais abrangente do que aquele definido pelo Direito Administrativo, que, a par do que já dizia o caput do artigo 327 do CP, tanto englobou o rol reproduzido no § 2º deste dispositivo, como os próprios **entes autárquicos**” (STJ, 6ª T., REsp 1385916, j. 20/02/2014).

Funcionários da OAB: “1. No caso, a Corte de origem entendeu corretamente que os supostos crimes praticados por empregados da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB devem ser tidos como cometidos por funcionário público, por equiparação, nos termos do art. 327, §1º, do Código Penal - CP, haja vista a natureza pública dos serviços prestados pela Entidade. De fato, conforme bem consignado pelo Tribunal a quo, o Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos da ADI n. 3.026/DF (Relator Ministro Eros Grau, DJ 29/9/2006), firmou o entendimento de que a OAB é uma entidade sui generis, devendo ser considerada como um serviço público independente. 2. Por sua vez, esta Corte, no julgamento monocrático do HC n. 750.133/GO, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, e do REsp n. 1.977.628/GO, de relatoria do Ministro Olindo Menezes, o quais, assim como este feito,

tratam da ‘Operação Passando a Limpo’, também entendeu que **‘a Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia sui generis**, que presta serviço público de fiscalizar a profissão de advogado, função essencial à administração da Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição, e típica da Administração Pública’ (REsp n. 1.977.628, Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 05/08/2022). Concluiu-se, nos referidos julgados, que, ‘reconhecendo a Lei 8.906/94 a existência de funcionários da OAB vinculados à Lei 8.112/90 - que dispõe acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais -, **não há como deixar de reconhecer a natureza jurídica de servidor público dos funcionários da OAB, para fins penais**” (STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no AREsp 2037269, j. 28/02/2023).

Independente da discussão acerca da abrangência do termo **paraestatal**, considera-se funcionário público para efeitos penais quem exerce cargo, emprego ou função em **fundação pública, empresa pública e sociedade de economia mista**, pois o próprio § 2º do art. 327 prevê a causa de aumento para certos agentes relacionadas a estes entes.

O STJ, julgando o AgRg no Ag 1001484 (5ª T, j. 14/09/2010), afirmou: “Nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal e da doutrina consagrada, o **empregado de sociedade de economia mista** deve ser equiparado a funcionário público, para fins penais”. Já no HC 52.989 (5ª T, j. 23/05/2006), o STJ decidiu que “A teor do disposto no art. 327 do Código Penal, considera-se, para fins penais, o **estagiário de autarquia** funcionário público, seja como sujeito ativo ou passivo do crime. (Precedente do Pretório Excelso)”. No mesmo sentido: “**Estagiário de órgão público** que, valendo-se das prerrogativas de sua função, apropria-se de valores subtraídos do programa bolsa-família subsume-se perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal – peculato-furto –, porquanto estagiário de empresa pública ou de entidades congêneres se equipara, para fins penais, a servidor ou funcionário público, lato sensu, em decorrência do disposto no art. 327, § 1º, do Código Penal” (STJ, 6ª T., REsp 1303748, j. 25/06/2012).

b) Quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Esta parte final foi incluída pela Lei nº 9.983/00. Assim, se a conduta foi praticada antes da referida legislação, não será possível a equiparação.

Com a alteração, “é possível a equiparação de **médico de hospital particular conveniado ao Sistema Único de Saúde** a funcionário público para fins penais” (STJ, 5ª T., REsp 1067653, j. 04/12/2009).

Por outro lado, o STJ pacificou o entendimento de que a Lei nº 9.983/00 não pode retroceder para equiparar a funcionário público médico credenciado ao SUS (AgRg no REsp 1101423, 5ª T., j. 06/11/2012).

No mesmo sentido, o STF decidiu: “1. O artigo 327, § 1º, do CP determina que “[e]quipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função

em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. 2. O paciente, médico contratado de hospital credenciado ao Sistema Único de Saúde - SUS, foi denunciado pela prática do crime de concussão, em razão de ter exigido a quantia de R\$ 100,00 [cem reais] para prestar atendimento à pessoa acobertada pelo referido sistema. Daí a correta equiparação a funcionário público. Ordem indeferida” (STF, 2ª T., HC 97710, j. 02/02/2010).

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE / CEBRASPE – 2022 – PC-RJ – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “A conduta de médico particular solicitar o pagamento de valor em dinheiro para atender paciente pelo Sistema Único de Saúde não configura crime funcional, pois o agente não se enquadra no conceito de funcionário público para fins penais”.

(MPDFT – 2021 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Médico de hospital particular, ainda que conveniado com o Sistema Único de Saúde (SUS), não pode ser equiparado a funcionário público, para fins penais”.

(CESPE / CEBRASPE – 2021 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Um médico de hospital particular conveniado ao Sistema Único de Saúde pode ser equiparado a funcionário público, para fins de responsabilização penal”.

(FUNDATEC – 2018 – PC-RS – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Médico de hospital privado, conveniado ao Sistema Único de Saúde, que constringe filho do paciente a entregar-lhe determinada quantia em dinheiro, sob pena de não realizar cirurgia, não pratica o crime de concussão”.

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Se João, médico particular, solicitar o pagamento de cem reais para atender paciente pelo Sistema Único de Saúde, ele não pratica crime funcional, já que não exerce atividade típica da Administração Pública”.

(TRF4 – 2016 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Por não possuir a qualidade de funcionário público, quem trabalha, como empregado celetista, para uma empresa privada, prestadora de serviços, contratada para a execução de atividade típica da administração pública, não pode responder por crime que se insira na categoria dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública”.

(CESPE – 2015 – TCU – Procurador do Ministério Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “No que diz respeito aos crimes praticados contra a administração pública (...) O conceito de funcionário público não abrange a pessoa que trabalha para empresa civil prestadora de serviço contratada ou conveniada para exercer atividade típica da administração pública”.

(UFMT-2014-MP-MT-Promotor de Justiça) “Qual o tratamento penal para a conduta de Caio, médico servidor do Sistema Único de Saúde (SUS), que, em prejuízo do paciente Mévio, solicita ‘custos adicionais’ para realizar um exame já homologado por órgão previdenciário? a) Concussão. b) Estelionato. c) Conduta atípica. d) Corrupção passiva. e) Irrelevante penal”.

Gabarito: D.

6. Forma majorada

Está prevista no parágrafo único do art. 337-C do CP: “A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro”.

Não se exige declaração expressa por parte do sujeito ativo, bastando que ele dê a entender, por qualquer meio (palavra, carta, gesto etc.), que o funcionário público estrangeiro também receberá a vantagem.

5. CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1. NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) incluiu ao Título XI da Parte Especial do Código Penal o seguinte **Capítulo II-B**: “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”. Foram acrescentados os delitos dos artigos 337-E a 337-O.

De acordo com o art. 193 da Lei nº 14.133/21, com redação dada pela Lei Complementar nº 198/23, a Lei nº 8.666/93 (antiga Lei de Licitações) foi revogada em 30/12/2023. No entanto, sua parte criminal (arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93) está revogada desde a data da publicação da Lei nº 14.133/21. Assim, os crimes e as penas inseridos no citado Capítulo II-B estão em vigor desde 1º de abril de 2021.

Ademais, “Não há se falar em abolição criminis com relação aos crimes da Lei n. 8.666/1993, porquanto houve a **continuidade típico-normativa**, por meio da inserção do Capítulo II-B no Código Penal, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1996050, j. 11/09/2023).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FUMARC – 2023 – AL-MG – Procurador) Na Lei nº 8.666/93, os crimes licitatórios estavam elencados em seção própria, previstos nos artigos 89 a 108. Com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, os referidos artigos foram revogados e alocados no Código Penal, no capítulo que se refere aos crimes praticados por particular contra a Administração em geral e correspondem, atualmente, aos artigos 337-E a 337-P do diploma criminal. Constitui crime em licitações e contratos administrativos, EXCETO:

- Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo.
- Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.
- Dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo.
- Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

Gabarito: C.

Obs.: a alternativa C é considerada infração administrativa (art. 155, II, da Lei 14.133/21).

(MP-RS – 2021 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Até que decorram dois anos da publicação oficial do novel ato normativo, continuam em vigor as disposições penais da Lei nº 8.666/1993 (artigos 89 a 108)”.

Os crimes previstos na Lei nº 8.666/93 (arts. 89 a 98) eram punidos com **detenção**. Por sua vez, os delitos ora incluídos ao Código Penal são punidos com **reclusão**, com exceção dos artigos 337-I e 337-J. De acordo com o art. 33, *caput*, do Código Penal, a pena de *detenção* somente pode ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto ou aberto; já a pena de *reclusão* pode ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Além da qualidade das penas (detenção para reclusão), houve aumento substancial também na quantidade do apenamento. Ex.: o crime de *fraude em licitação* (art. 96 da Lei nº 8.666/93) trazia a pena mais alta – detenção de 3 a 5 anos e multa; atualmente, este delito vem denominado *fraude em licitação ou contrato* (art. 337-L do CP) e é punido com pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa. Como se observa, estamos diante de *lex gravior*, que não poderá retroagir em prejuízo do réu.

A Lei nº 8.666/93 trazia **procedimento especial** para a apuração dos crimes licitatórios (arts. 100 a 108). Era previsto, por exemplo, o interrogatório como primeiro ato da instrução criminal (art. 104), disposição que já vinha mitigada pelos Tribunais Superiores. Nesse sentido a **Jurisprudência em Teses do STJ, Edição 134, 13ª tese**: “À luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a norma contida no art. 400 do Código de Processo Penal – CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/2008), que prevê a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, é de observância obrigatória no âmbito dos procedimentos especiais, não havendo que se falar em afronta ao rito procedimental previsto no art. 104 da Lei de Licitações”.

Com a alteração, sustentamos que os crimes próprios (quando o sujeito ativo é servidor público) com pena máxima superior a dois anos devem seguir o **procedimento especial** dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518 do CPP), a exemplo do que já se defende em relação aos delitos de abuso de autoridade (ex.: Sanches), embora exista doutrina em sentido contrário (ex.: Avena) referindo que o procedimento é comum. Os demais (crimes comuns) seguem o **procedimento comum** – ordinário, sumário ou sumaríssimo, conforme a pena máxima abstratamente cominada (art. 394, § 1º, do CPP).

Todos os crimes licitatórios ora incluídos ao Código Penal são dolosos, processados por ação penal pública incondicionada e punidos com pena de multa.

Antes da alteração, o cálculo da **pena de multa** não podia ser inferior a 2% e nem superior a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta (art. 99 da Lei nº 8.666/93). Com a edição da nova Lei de Licitações, o percentual mínimo de 2% se mantém, mas não há mais percentual máximo. Ademais, a Lei nº 8.666/93 determinava a reversão da multa à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal, conforme o caso. Agora, como a pena de multa “seguirá a metodologia de cálculo prevista” no Código Penal, deverá reverter ao Fundo Penitenciário Nacional (art. 49 do CP).

Art. 99 da Lei nº 8.666/93	Art. 337-P do Código Penal
<p>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.</p> <p>§ 1º 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.</p> <p>§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.</p>	<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.</p>

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE / CEBRASPE – 2023 – TCE-RJ – Procurador do Ministério Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “A pena de multa cominada aos crimes praticados em uma licitação não pode ser inferior a 2% do valor do contrato licitado”.

(CESPE / CEBRASPE – 2023 – AGU – Procurador Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Em se tratando de condutas dolosas, a pena de multa não poderá ser inferior a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta”.

(FGV – 2023 – TCE-ES – Conselheiro) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: “Após a observância do contraditório e da ampla defesa, como conseqüências do devido processo legal, João e a sociedade empresária XYZ foram declarados inidôneos em um processo deflagrado para esta finalidade. Um mês após os fatos, o Município Alfa determinou a abertura de licitação para a celebração de contrato administrativo. Caio, servidor público estatutário, visando à obtenção de um benefício próprio, admitiu à licitação a sociedade empresária XYZ e João, dentre outras entidades e pessoas naturais. Ao final do procedimento licitatório, constatou-se que a entidade ABC ofereceu a melhor proposta, celebrando a avença com a municipalidade. (...) Em caso de condenação, para além da pena privativa de liberdade, o condenado estará sujeito à sanção pecuniária, que deverá observar a metodologia de cálculo prevista no Código Penal, não podendo ser inferior a 2% do valor do contrato licitado”.

(MP-RS – 2021 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “A pena de multa a eles aplicável deve ser calculada de acordo com a metodologia do Código Penal, não podendo, porém, ser superior a dois por cento do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta”.

A Lei nº 14.133/21, no seu artigo 6º, traz algumas **definições** importantes para a exata compreensão dos tipos penais:

- **Administração Pública:** administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas.

- **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.
- **Autoridade:** agente público dotado de poder de decisão.
- **Contratante:** pessoa jurídica integrante da Administração Pública responsável pela contratação.
- **Contratado:** pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, signatária de contrato com a Administração Pública;
- **Licitante:** pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta.
- **Compra:** aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da data prevista para apresentação da proposta.
- **Serviço:** atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração.
- **Obra:** toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.
- **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; j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

- **Projeto básico:** conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar perfeitamente 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, devendo conter os seguintes elementos: a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos; c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 45 desta Lei.
- **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.
- **Concorrência:** modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto.
- **Concurso:** modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor.

- **Leilão:** modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance.
- **Pregão:** modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto.
- **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.
- **Sobrepço:** preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.
- **Superfaturamento:** dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.
- **Agente de contratação:** pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação.

Entidades do “Sistema S”: “A jurisprudência desta Corte, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, tem compreendido que não se aplicam aos dirigentes do “Sistema S”, a Lei n. 8.666/1993 (Lei das Licitações) e o Capítulo I do Título XI do Código Penal, o qual tipifica os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral” (STJ, 5ª T., RHC n. 163.470, j. 21/6/2022).

Prévia aprovação das contas pelo Tribunal de Contas: não descaracteriza o crime. Nesse sentido: “O fato de o Tribunal de Contas aprovar as contas a ele submetidas, embora possa ser considerado em favor do Paciente, não obsta,

diante do princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal, a persecução penal promovida pelo Ministério Público, quando não se evidencia, estreme de dúvidas, a inocência do acusado” (STJ, 5ª T., HC 218663, j. 13/11/2012).

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-RS – 2021 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Acerca dos crimes licitatórios, considerando a edição da Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assinale a alternativa correta. (...) Conforme o entendimento dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consolidado à luz da legislação anterior, a prévia aprovação do ato por decisão do Tribunal de Contas descaracteriza o crime, impedindo o oferecimento de ação penal contra o agente responsável”.

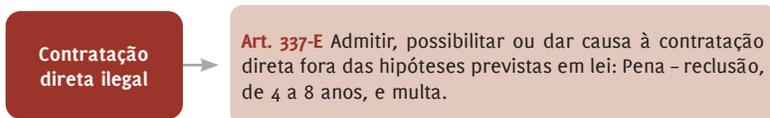
Empresas públicas e sociedades de economia mista: de acordo com o art. 185 da Lei nº 14.133/21, “Aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, as disposições do Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”. Por sua vez, a Lei nº 13.303/16 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.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-RS – 2021 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: “Acerca dos crimes licitatórios, considerando a edição da Lei nº 14.133/2021, conhecida como nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assinale a alternativa correta. (...) Estão excluídos da incidência da lei os crimes envolvendo contratos celebrados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, por se tratar de entes com natureza jurídica privada”.

Vejamos os **crimes em espécie** incluídos ao Código Penal.

5.2. CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL



1. Bem jurídico

Tutela-se o regular funcionamento da Administração Pública, especialmente a legalidade das licitações públicas e a competitividade do certame. Conforme decidido pelo STJ, “O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma **série variada de bens jurídicos** além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o

respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei” (STJ, 5ª T., REsp 1073676).

O art. 337-E do CP substituiu o art. 89 da Lei nº 8.666/93.

2. Sujeitos

Trata-se de **crime próprio**, pois somente o servidor público com a respectiva atribuição pode admitir, possibilitar ou dar causa a uma contratação direta. Assim entende o STJ em relação ao art. 89 da Lei nº 8.666/93: “A pessoa apta a praticar a conduta típica penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 é o agente administrativo competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo” (5ª T., HC 153097, j. 15/04/2010).

CRIME PRÓPRIO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO E APLICAÇÃO DA PENA

Em alguns casos concretos, discute-se se determinados servidores públicos, por ocuparem cargos ou funções de comando, praticariam um comportamento mais reprovável, justificando o aumento da pena. O STJ, ao julgar o delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93, entende que, se o crime for praticado por prefeito, essa mesma condição de agente político não pode ser sopesada como circunstância judicial desfavorável, pois é elementar do tipo (STJ, 6ª T., HC 163.204, j. 17/04/2012). A nosso ver, tal interpretação está incorreta. O próprio Código Penal, no artigo 327, § 2º, permite que se considerem, como circunstâncias aptas a serem avaliadas na dosimetria da pena, condições específicas de funcionários públicos, mesmo quando a condição de funcionário é elementar do tipo. Não há de se negar que uma contratação direta praticada pelo chefe do Poder Executivo é mais grave do que quando praticada por servidor de nível inferior.

O particular que concorrer para o crime tendo ciência da condição funcional do autor também responderá pelo delito do art. 337-E, já que a elementar “funcionário público”, quando conhecida, se comunica (art. 30 do CP).

Pessoa jurídica: a empresa contratada não pode ser sujeito ativo de crimes licitatórios, por falta de previsão legal. Nesse caso será autor aquele que constar no estatuto ou contrato social. Lembre-se que a pessoa jurídica, até o presente momento, somente pode ser responsabilizada criminalmente no Brasil por delitos ambientais. **Atenção:** a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada na forma das Leis nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Prefeito: “O Prefeito Municipal, ainda que não seja ordenador de despesas, pode ser processado criminalmente pelos crimes previstos na Lei 8666/93 – Lei das Licitações, se a acusação o enquadrar como mentor intelectual dos crimes” (STF, Pleno, Inq 2578, j. 06/08/2009). Ainda: “Não procede a alegação segundo a qual as condutas praticadas, concernentes à dispensa de licitação, não estariam subsumidas ao art. 89 da Lei n.º 8.666/93, mas ao inciso XI, do Decreto-Lei nº 201/67, na medida em que praticadas no exercício financeiro do ano 2000, ou

seja, na vigência da Lei nº 8.666/93, aplicável, também, no âmbito dos municípios. Precedente do STF” (STJ, 5ª T., HC 204285, j. 28/08/2012).

Assessor jurídico: a 2ª Turma do STF decidiu que o assessor jurídico, no processo licitatório, não tem a incumbência de averiguar se está presente a causa de emergencialidade, e sim, tão-somente, se há nos autos decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades. A propósito: “(...) 3. Advogado denunciado por emitir parecer em licitação fraudulenta. 4. Denúncia não aponta participação do paciente para além da assinatura do parecer e do contrato. Impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela mera emissão de parecer. Assinatura do contrato exigida por lei, para fins de regularidade formal. 5. No processo licitatório, o advogado é mero fiscal de formalidades. 6. Ausência de descrição ou indicação de provas do dolo. Vedação à responsabilização objetiva em Direito Penal” (STF, 2ª T., HC 171576, j. 17/09/2019, p. 05/08/2020).

Militares. De acordo com a **Jurisprudência em Teses do STJ, Edição 134, 14ª tese:** “Compete à Justiça Castrense processar e julgar os crimes licitatórios praticados por militar contra patrimônio sujeito à administração militar (artigo 9º do Código Penal Militar – CPM)”.

O sujeito passivo será o Estado, ou seja, a Administração Pública direta ou indireta.

3. Tipo objetivo

Como dito, antes da alteração, o crime de contratação direta ilegal estava previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Art. 89 da Lei 8.666/93	Art. 337-E do Código Penal
Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 a 5 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.	Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 a 8 anos, e multa.

O crime é admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. O processo de contratação direta compreende os casos de *inexigibilidade* e de *dispensa* de licitação.

Obs.: o art. 89 da Lei 8.666/93 previa três modalidades de crime. Além da dispensa e da inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (indevida contratação indireta), ainda se punia a conduta de “deixar de observar

as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. Esse último comportamento **não é mais previsto em lei**, ocorrendo, assim, a *abolitio criminis*.

Inexigibilidade. De acordo com o art. 74 da Lei nº 14.133/21, é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos; II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso; IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento; V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Dispensa. As hipóteses de dispensa de licitação estão no art. 75 da Lei nº 14.133/21: I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; III – para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas; b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; IV – para contratação que tenha por objeto: a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração; c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) pública ou

por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração; e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia; f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional; g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar; h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar; i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento; j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível; l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação; m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde; V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei; VI – para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios; VII – nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem; VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso; IX – para a aquisição, por pessoa