

## ESCLARECIMENTO 2

### PROCESSO Nº 109/2022 – PREGÃO ELETRÔNICO Nº 12/2023

**OBJETO:** Contratação de empresa para prestação de serviços de auditoria independente, para análise e acompanhamento das Demonstrações Contábeis **Trimestrais e anual para o exercício de 2023 e seguintes** (com emissão de Opinião, Relatórios de Revisão, Relatórios de Recomendação, Relatório Final e Pareceres), conforme legislação, normas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, normas profissionais, especificações, condições, quantidades e exigências estabelecidas neste **TERMO DE REFERÊNCIA**.

---

Segue o pedido de esclarecimento, encaminhado via e-mail por licitante, e a respectiva resposta elaborada pela respectiva área gestora (DECON/SECCP):

**PERGUNTA 1:** Solicito esclarecimentos sobre alguns itens que se refere neste edital:

*"8.2.3.Documentação relativa à Qualificação Técnica*

*a) Registro ou inscrição na entidade profissional competente CVM, em nome da licitante;*

#### **4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

*4.1. Registro ou inscrição na entidade profissional competente CVM, em nome da contratada;"*

Neste edital consta a obrigação da empresa registrada na CVM, por isso, pedimos a gentileza que seja demonstrado que a **CEAGESP** cumpri com as exigências da CVM através de suas resoluções. Assim como, peço que a **CEAGESP** nos informe os comprovantes dos protocolos registrados na CVM referente as exigências obrigatórias e exercícios anteriores.

As nossas solicitações têm como objetivo entendermos se realmente a **CEAGESP** atendem as exigências da CVM nas suas obrigações.

Aproveitamos a oportunidade e apresentamos o Ofício da CVM sobre as constantes exigências das contratantes em processos licitatórios sobre a obrigação do registro dos auditores na CVM.

***Em especial ao Ofício Circular nº01/2021-CVM/SNC/GNA no item nº 2 Registro como auditor Independente (art. 1º a 6º-A Resolução CVM nº23/2021)***

*Inicialmente, cabe esclarecer que o registro na CVM não se constitui em uma nova categoria profissional, tampouco, significa cerceamento do exercício da atividade profissional. Ao contrário, a atividade de auditoria independente é prerrogativa do contador legalmente habilitado e registrado em Conselho Regional de Contabilidade. Essa atividade pode ser exercida individualmente ou em sociedade, cujos sócios sejam todos contadores, inexistindo, conseqüentemente, incompatibilidades entre essas normas e o regime disciplinar da categoria profissional de contador.*

*em Ofício Circular nº01/2021-CVM/SNC/GNA  
Rio de Janeiro , 07 de maio de 2021.*

***Portanto a NOME DA CONTRATANTE é obrigada a exigir e cumprir TODAS AS EXIGÊNCIAS emitida pelo Ofício Circular nº01/2021-CVM/SNC/GNA no referido Edital. Sobre a passividade de fraude, conluio e outras atos ilícitos entre os membros da Contratante e Contratada conforme Lei 14.133/2021– Vide Anexo.***

*Tal exigência meramente fundamentada pela LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016 possui fins totalmente de cerceamento a livre concorrência de mercado passivo de denúncia e/ou encaminhamento para todos os órgãos fiscalizadores competentes. É conhecido a prática ilícita de exigir no Edital o registro na CVM entre Contratante e Contratada da qual sequer adota plenamente a legislação vigente exigidas pela CVM.*

*Por isso peço esclarecimento a CEAGESP para que informe se atende plenamente no envio das informações periódicas e eventuais a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) desde a vigência da legislação citada até o presente momento. Devido a não localização dessas informações pública em consulta a internet sobre o NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A*

Em consulta ao site <https://www.ceagesp.gov.br>

Não identificamos a Comissão de Valores Mobiliários como regulamentações e controles, dessa forma entendemos que tal exigência no Edital trata-se de “pro forma” (mera exigência formal sem aplicabilidade e execução de fato) na qual a CEAGESP está solicitando.

Conforme Questionamento realizado no CFC (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE)  
<https://cfc.org.br/fiscalizacao-etica-e-disciplina/perguntas-frequentes/auditoria/>

**RESPOSTA 1:** Em resposta aos questionamentos apresentados pela participante da licitação, informamos que, conforme determina o CFC - Conselho Federal de Contabilidade, o registro na CVM é exigência obrigatória do Conselho, a saber:



The screenshot shows the website of the Conselho Federal de Contabilidade (CFC). The main headline reads: "Empresa de auditoria independente é obrigada a ter registro na CVM e pagar taxa de fiscalização". Below the headline, there is a sub-headline: "Decisão do STJ destaca que regra é válida mesmo que serviços apenas sejam prestados a companhias fechadas". The article text states: "Em análise de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou que empresas de auditoria independente são obrigadas a registro e pagamento de taxa de fiscalização perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ainda que os serviços apenas sejam prestados a companhias fechadas. O voto do relator, Ministro Gurgel de Faria, ressaltou que o registro na CVM é condição para a auditoria de companhias abertas. Porém, se a empresa de auditoria independente não realiza serviços para companhias naquela condição, o faz por opção e isso não a desobriga ao pagamento da taxa de fiscalização instituída pela Lei nº 7.940/1989. Ao analisar o caso, o relator relembrou que o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser constitucional a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários, instituída pela Lei nº 7.940/89. Por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do STJ decidiram pelo provimento ao recurso especial. Lei n.º 7.940/1989. Nos termos do Art. 3º, caput, da Lei nº 7.940/1989, são contribuintes da Taxa as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias abertas, os fundos e sociedades de investimentos, os administradores de carteira e depósitos de valores mobiliários, os auditores independentes, os consultores e analistas de valores mobiliários e as sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais obrigadas a registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM."

### **Lei 13.303 Das Normas Gerais**

*Arte. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as*

*normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.*

#### **Lei 6.404 Escrituração**

*Art. 177, § 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

#### **Lei 6.404 Demonstrações Financeiras**

*Art. 275, § 4º As demonstrações consolidadas de grupo de sociedades que inclua companhia aberta serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários, e observarão as normas expedidas por essa comissão.*

**PERGUNTA 2:** “Gostaria de saber se existe alguma normatização para exercer atividades voltadas para auditoria, diferente do critério da categoria (ser contador), no CFC ou se algum órgão regula tempo mínimo de trabalho e sobre o registro como auditor. Também, se possível, que nos informasse sobre as projeções futuras para o registro de auditor e perito a ser implantado pelo CFC, bem como outras modalidades de registro.

De acordo com o Decreto-lei nº 9.295/46, só pode exercer a profissão contábil o contabilista devidamente registrado. Diz o Art. 25, do mesmo decreto, em sua alínea “c” e Art. 26 que:

“Art. 25 São considerados trabalhos técnicos de contabilidade:

c) perícias judiciais ou extra-judiciais, revisão de balanços e de contas em geral, verificação de haveres, revisão permanente ou periódica de escritas, regulações judiciais ou extra-judiciais de avarias grossas ou comuns, assistência aos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas e quaisquer outras atribuições de natureza técnica conferidas por lei aos profissionais de contabilidade.

Art. 26 Salvo direitos adquiridos ex-vi do disposto no art. 2º do Decreto nº 21.033, de 8 de fevereiro de 1932, as atribuições definidas na alínea c do artigo anterior são privativas dos contadores diplomados.”

Conforme Resolução CFC nº 560/83 que trata das prerrogativas da profissão estabelecidas pelo Art. 25 do Decreto-lei compete ao Contador a execução dos trabalhos de auditoria:

**“Art. 3º São atribuições privativas dos profissionais da contabilidade:**

33) auditoria interna e operacional;

**34) auditoria externa independente;**

§ 1º São atribuições privativas dos contadores, observado o disposto no § 2º, as enunciadas neste artigo, sob os números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 42, 43, além dos 44 e 45, quando se referirem a nível superior.”

O Conselho Federal de Contabilidade normatiza a execução dos trabalhos de auditoria através da NBC P 1, aprovada pela Resolução CFC nº 821/97 e suas interpretações técnicas, da NBC P 3,

aprovada pela Resolução CFC nº 781/95, da NBC T 11, aprovada pela Resolução CFC nº 820/97 e suas interpretações técnicas, da NBC T 12, aprovada pela Resolução CFC nº 780/95.

Através da Resolução CFC nº 945/02 foi aprovada a NBC P 4 que dispõe sobre as normas de educação profissional continuada e regulamenta os procedimentos a serem seguidos pelos auditores para que os mesmos se mantêm constantemente atualizados, com risco do não cumprimento da norma vir a acarretar a suspensão do exercício profissional.

Mas recentemente, a Resolução CFC nº 964/03 aprovou as regras para a revisão externa da qualidade onde empresas de auditoria têm seus trabalhos de auditoria revisados por seus pares.

**Além do CFC, compete a Comissão de Valores Mobiliário (CVM) estabelecer regras para as auditorias executadas nas empresas de capital aberto. As empresas de auditoria que desejam auditar as empresas de capital abertos precisam ter registro junto a CVM bem como seguir as regras estabelecidas por aquele órgão.**

**Exceto os trabalhos de auditoria realizados em empresas de capital aberto, os demais trabalhos de auditoria podem ser executados por qualquer contador devidamente registrado no CRC.**

Quanto a criação de um registro específico para auditor informamos que não há estudos visando a criação de tal registro uma vez que o mesmo não é previsto no Decreto-lei nº 9.295/46. **Sendo assim, fica reforçado que apenas o registro de contador é necessário para realizar trabalhos de auditoria.**

Portanto com os fundamentos extraídos pelo CFC (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE) não existe a “exclusividade” supostamente deseja pela SENAI.

Caso deseje contratar exclusivamente empresas de auditora registrada na CVM (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARES), deve primeiramente registrar-se na CVM (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARES).

#### Anexo I

##### Dos Novos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/2021

A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, inseriu um novo Capítulo ao Código Penal. Cuida-se do Capítulo II-B, denominado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, inserido no Título XI da Parte Especial – Dos Crimes Contra a Administração Pública.

Cumprir fazer uma análise inicial sobre essa importante alteração legislativa.

O artigo 186 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina expressamente a aplicação dos novos tipos penais às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Esta última lei 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. Assim, os novos crimes serão aplicáveis, por exemplo, a condutas praticadas na Petrobras ou no Banco do Brasil.

Com inserção dos crimes em licitações e contratos administrativos no Código, encerra-se a controvérsia sobre a aplicação ou não do artigo 33, § 4º, do CP. Com a inserção dos crimes dentre aqueles praticados contra a Administração Pública (Título XI da Parte Especial do CP) fica nítido que a progressão de regime do cumprimento da pena ficará condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Além disso, a regra específica sobre a perda do cargo quanto a essa modalidade de crime foi revogada (art. 83 da Lei 8.666/93), aplicando-se, a partir de agora, as normas gerais do Código Penal



(art. 92, inciso I). Também não há mais procedimento específico (para o julgamento desses delitos (como previam os artigos 100 a 108 da Lei 8.666/93).

Contratação direta ilegal

O artigo 337-E do CP traz o tipo penal de contratação direta ilegal:

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

“Admitir” é aceitar, consentir, deferir, permitir. “Possibilitar” é tornar possível, ensejar, facilitar. “Dar causa a” é originar, motivar, provocar. A conduta incriminada é admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, ou seja, de algum modo concorrer para que haja contratação direta pelo ente de forma ilegal.

Cuida-se de norma penal em branco, cujo complemento consiste em lei diversa (imprópria heterovitelina). Aqui há uma peculiaridade: durante dois anos após a publicação da Lei 14.133/2021, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com a Lei 8.666/1993 (antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei 10.520/2002 (pregão) e a Lei 12.462/2011 (o Regime Diferenciado de Contratações Públicas). A opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Logo, haverá dois complementos possíveis para o tipo penal do artigo 337-E, já que tanto a Lei 8.666/93 quanto a Lei 14.133/2021 tratam do tema de dispensa e inexigibilidade de licitação. Assim, o melhor entendimento parece ser que a mais favorável deverá ser utilizada para verificar se o agente efetuou a contratação direta ilegalmente. Entretanto, com relação aos crimes cometidos anteriormente, entendo que as normas de dispensa e inexigibilidade eram os da época do crime, dado que a atualização pode demonstrar atualização de valores, com aspecto de temporalidade. Entretanto, há quem defenda que sempre se busque o complemento mais favorável ao acusado, o que pode levar à abolição criminis[1].

A conduta estava incriminada no artigo 89 da Lei 8.666/93:

Lei 8.666/93

Art. 89. 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 (três) a 5 (cinco) 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

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

O novo tipo penal abrange as mesmas hipóteses em um tipo penal mais sucinto. Ainda que não tenha havido a reprodução do parágrafo único, o artigo 29 do CP leva à punição de todos os concorrentes para a prática criminosa.

A pena, que era de detenção de 3 a 5 anos, além da multa, passou a ser de reclusão, de 4 a 8 anos, e multa. Como é mais alta a pena da nova lei, só se aplica o preceito secundário aos delitos cometidos após o início de sua vigência. A pena de reclusão permite o início de cumprimento em regime fechado e os novos limites, salvo casos específicos (como tentativa), impedem a proposta de ANPP.

Apesar de o tipo penal anterior não trazer, expressamente, a exigência de elemento subjetivo especial do tipo, o STF e o STJ vinham decidindo ser necessário o “dolo específico” para a sua caracterização, entendimento que provavelmente será mantido na vigência da nova lei:

“Para a responsabilização penal do administrador, com base no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, cumpre aferir se foram violados os pressupostos de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 do mesmo diploma, bem como se houve vontade livre e consciente de violar a competição e produzir resultado lesivo ao patrimônio público. IV – No caso concreto, não ficou comprovado o dolo específico da conduta imputada à ré. V – Embargos infringentes acolhidos para absolver a embargante.”

(STF, AP 946 ED-EI, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019)

“O delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais -, a configuração do especial fim de agir, consistente no dolo específico de causar dano ao erário. Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública.”

(STF, AP 580, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 23-06-2017 PUBLIC 26-06-2017)

“Acerca do tema, as Turmas desta Corte Superior especializadas em Direito Penal firmaram a diretriz de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 [dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais] exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo”

(STJ, AgInt no AREsp 1370933/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2020, DJe 17/11/2020)

Ainda sobre o crime da lei anterior, mas em entendimento aplicável ao novo tipo, o STJ vinha considerando que o fracionamento da licitação poderia configurar o delito[2]. O STF e o STJ já entenderam não haver crime se o administrador age com base em parecer da procuradoria jurídica[3]. Entretanto, o STF já considerou ser típica a conduta se, apesar de se basear em parecer jurídico, houver indícios de desvio de finalidade ou conluio com o parecerista[4]. Quanto ao parecerista, o STJ já decidiu que o erro jurídico não configura o delito[5].

Bitencourt observava, ainda na vigência da lei anterior, que o tipo era de mão própria, pois somente o funcionário com atribuição poderia realizar uma das condutas[6]. Atualmente, com o núcleo do tipo “possibilitar” ou “dar causa a”, o melhor entendimento é de que o crime passou a ser comum, ainda que o verbo “admitir” ainda se vincule à ideia do funcionário responsável (modalidade de crime próprio).

Eventual crime de falsum cometido com o fim de praticar o delito do artigo 337-E do CP deve ser considerado por ele absorvido, se sua potencialidade lesiva nele se exaurir, pelas mesmas razões expostas na Súmula 17 do STJ.

Sobre a consumação do delito, analisando a lei anterior, Bitencourt, citando também Paulo José da Costa Júnior, exigia a efetiva contratação[7]. Analisando o novo tipo penal, entretanto, compreendo que “admitir” e “possibilitar” se consumam com a mera autorização de contratação direta, enquanto “dar causa a” é modalidade que se consuma apenas com a efetiva contratação direta. O crime, assim, poderia ser material ou formal a depender da modalidade. Entretanto, considerando que o entendimento jurisprudencial exige o elemento subjetivo especial de causar prejuízo ao erário, o crime pode ser interpretado como formal, pois não seria necessário o prejuízo (resultado naturalístico), mas sim essa intenção. Será necessário aguardar a interpretação doutrinária e jurisprudencial.

O crime é doloso, sem previsão de modalidade culposa. A jurisprudência consolidada exige elemento subjetivo especial do tipo, para além do dolo. É plurissubsistente, por ser possível fracionar o iter criminis, possibilitando a punição pela tentativa (conatus). É unissubjetivo ou de concurso eventual, além de ser instantâneo, por se consumir em um momento definido. Classifica-se como crime de forma livre, não tendo a lei fixado formas vinculadas para sua prática. A ação penal é pública incondicionada.

**Frustração do caráter competitivo de licitação**

O artigo 337-F do CP traz o tipo penal de frustração do caráter competitivo de licitação:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

“Frustrar” significa impedir, atrapalhar. “Fraudar” significar iludir, atrapalhar, burlar. A conduta incriminada no tipo objetivo é de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório, ou seja, impedir que haja um procedimento licitatório que cumpra a sua finalidade essencial: encontrar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme os critérios fixados no caso.

É necessário que haja dolo e, ainda, elemento subjetivo especial do tipo, a finalidade de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Com um elemento subjetivo expresso no tipo, deve-se concluir que o crime é formal. Não é necessário que o agente obtenha a vantagem para si ou para outra pessoa, bastando que aja com essa finalidade, com esse propósito.

É o caso de os licitantes fazerem um conluio entre si nas licitações de determinado Município, com conhecimento prévio das respectivas propostas e rodízio entre eles para obterem contratações pelo valor que definem previamente entre si.

Há vários núcleos do tipo, tratando-se de tipo misto alternativo ou de conteúdo variado. Ainda que o agente frustrar e fraude o mesmo procedimento, haverá um único crime.

Sobre a vantagem, cabíveis as considerações de Bitencourt sobre o tipo penal da lei anterior, já que se repetiram os mesmos termos. O autor já defendia que a vantagem poderia ou não ser econômica, mas que o prejuízo alheio, em razão do bem jurídico violado, deveria ser suscetível de apreciação econômica[8]. Com razão o autor. A vantagem pode não ser economicamente apreciável, já que a lei não restringe. Pode, por exemplo, levar à liderança do licitante no mercado na localidade, com maior volume de vendas. Entretanto, a vantagem obtida deve ter o potencial de causar danos ao erário.

A conduta estava incriminada no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Lei 8.666/93

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Nesse caso, o preceito primário passou simplesmente por uma reorganização, sem modificações substanciais. Houve, contudo, a supressão da expressão “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, o que torna inaplicável o entendimento anterior, de Bitencourt, de que o crime era de concurso necessário se o meio fosse o ajuste ou a combinação[9].

O preceito secundário, por sua vez, se tornou mais gravoso ao réu, razão pela qual só vale para as condutas praticadas após o início de vigência da nova lei. A pena era de detenção, de 2 a 4 anos, e multa. Passou a ser de 4 a 8 anos de reclusão e multa, o que representa o dobro da pena anterior, além da modificação da espécie de pena para reclusão, com possibilidade de regime inicial fechado. A consumação ocorre com a efetiva frustração do caráter competitivo do processo licitatório, razão pela qual Bitencourt considera o crime material[10]. Entretanto, do ponto de vista da obtenção de vantagem, pode-se defender que é formal, de modo que a sua obtenção seria mero exaurimento do crime. Além disso, admite-se a tentativa, caso o agente busque fraudar, mas seu estratagema seja descoberto antes de finalizado o procedimento, por exemplo. No mesmo sentido, quanto ao tipo anterior:

“A natureza formal da conduta descrita no art. 90 da Lei 8.666/93 dispensa a demonstração de prejuízo ou dano aos cofres públicos. Basta a comprovação da fraude para se configurar o crime em questão.” (STJ, AgRg no AREsp 1003485/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021)

O crime é comum, não exigindo qualidade específica do sujeito ativo. É doloso, com exigência expressa de elemento subjetivo especial do tipo. Não há previsão de modalidade culposa. É instantâneo, de forma livre, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo a modalidade tentada.

Patrocínio de contratação indevida

O artigo 337-G do CP traz o tipo penal de patrocínio da contratação indevida:

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Cuida-se de modalidade especial do crime de advocacia administrativa, previsto no artigo 321 do CP. Além da forma especial do artigo 3º, III, da Lei 8.137/90, aplicável aos crimes contra a Administração Fazendária, há o tipo do artigo 337-G, que, ao substituir o artigo 91 da Lei 8.666/93, prevê uma modalidade especial aplicável se o patrocínio do agente se voltar à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada judicialmente. Pode-se apontar, ainda, uma outra norma especial no artigo 8º, § 3º, da Lei 12.529/2011.

O sujeito ativo deve ser o funcionário público[11], o que é da própria natureza da advocacia administrativa[12], crime essencialmente funcional. A conduta incriminada, claramente, não se refere ao advogado, mas à atividade de, valendo-se da qualidade de funcionário público, patrocinar interesse privado perante a Administração Pública no âmbito de licitação e contratos administrativos. “Patrocinar” significa favorecer, amparar, conceder proteção a. O que se pune é o agente defender interesse privado, mas valendo-se de sua qualidade, ou seja, de suas funções, do seu cargo. O patrocínio pode ser direto, ou seja, realizado pelo próprio funcionário público, ou indireto, valendo-se de um intermediário. O interesse pode ser legítimo ou ilegítimo, não tendo havido restrição na lei. No caso da advocacia administrativa do artigo 321 do CP, vale lembrar que a ilegitimidade do interesse qualifica o crime, o que reforça que o legislador não restringiu a incriminação aos casos de interesse ilegítimo[13].

É necessário, nessa modalidade de advocacia administrativa, que o patrocínio dê causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato. Assim, exigindo-se o resultado naturalístico para sua consumação, o crime é material[14].

Existe, ainda, a necessidade de que a licitação ou o contrato sejam invalidados pelo Poder Judiciário. Constitui essa exigência uma condição objetiva de punibilidade[15], impossibilitando o nascimento do poder de punir do Estado enquanto não houver a invalidação judicial. Na vigência da lei anterior, o STJ já decidiu não haver justa causa para a ação penal quando o Judiciário suspendeu o ato, que foi invalidado não por ele, mas pela Administração[16].

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 91 da Lei 8.666/93, tendo havido perfeita continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Nesse caso, o preceito primário é idêntico ao da lei revogada, com exatamente os mesmos termos.

O preceito secundário traz uma sanção mais grave, ao aumentar o limite máximo da pena e a sua modalidade. Antes, além da multa, a pena era de detenção, de 6 meses a 2 anos, passando para a reclusão, de 6 meses a 3 anos. A nova sanção penal só se aplica aos casos praticados após a entrada em vigor da nova lei. Cabe, em regra, tanto o acordo de não persecução penal quanto a suspensão condicional do processo.

O crime é próprio, por exigir a qualidade de funcionário público para a sua prática. É doloso, sem previsão de modalidade culposa. É material, por exigir que se dê causa à instauração da licitação ou à celebração de contrato. É de forma livre, plurissubsistente, unissubjetivo e instantâneo.

Modificação ou Pagamento Irregular em Contrato Administrativo

O artigo 337-H do CP traz o tipo penal de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo:



Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

A primeira figura incriminada é a de modificação irregular de contrato administrativo. “Admitir” é aceitar, consentir, deferir, permitir. “Possibilitar” é tornar possível, ensejar, facilitar. “Dar causa a” é originar, motivar, provocar. A conduta incriminada é concorrer para qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Essa figura delitiva exige o elemento normativo do tipo, consistente na seguinte expressão: “sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais”. Se a conduta for permitida pela lei, pelo edital ou pelo contrato, obviamente será penalmente atípica.

O tipo penal se contenta com a modificação ou vantagem obtida de forma ilegal, mas Bitencourt já defendia que seria necessária, em qualquer hipótese, a vantagem para o contratado, razão pela qual todas as modalidades seriam, para ele, classificadas como casos de crime material[17].

A segunda figura incriminada é a de pagamento irregular de contrato administrativo. Pagar é entregar a quantia devida. A conduta incriminada é pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, ou seja, favorecer determinado contratado pela Administração, violando a impessoalidade. Ao exigir o efetivo pagamento, deve ser considerado crime material.

Essa figura, de pagamento irregular, configura uma norma penal em branco, que, durante dois anos a partir da vigência da Lei 14.133/2021, parece ser passível de complementação pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 14.133/2021. Com o fim desse período, será complementada pelo artigo 141 da Lei 14.133/2021, que prevê as regras sobre a ordem cronológica de pagamento pela Administração.

Os núcleos da primeira figura (admitir, possibilitar ou dar causa) formam, apenas entre si, um tipo misto alternativo, de modo que a prática de mais de uma conduta enseja a configuração de crime único. Entretanto, a combinação de uma dessas condutas com a segunda figura, de pagamento irregular, implica concurso de crimes, dada a diferenciação dos objetivos a que se referem os respectivos núcleos do tipo.

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 92 da Lei 8.666/93, tendo havido continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

O novo tipo penal abrange as mesmas hipóteses. Foi excluída a referência ao artigo 121 da Lei 8.666/93, que fazia referência à aplicação daquela lei a licitações e contratos anteriores à sua vigência. A expressão “no ato convocatório da licitação” foi trocada por “no edital da licitação”, o que não modifica o seu conteúdo. Ademais, ainda que não tenha havido a reprodução do parágrafo único, o artigo 29 do CP leva à punição de todos os concorrentes para a prática criminosa.

O preceito secundário foi modificado, com a pena de detenção modificada para reclusão, além de a pena passar a ser de 4 a 8 anos, além da multa, o que representa o dobro da sanção anterior. Em regra, não cabe ANPP.

Bitencourt defendia, na vigência da lei anterior, que o tipo era próprio em todas as hipóteses, só podendo ser praticado pelo funcionário público, enquanto o parágrafo único (extinto na nova lei) se referia à participação do particular[18]. Entretanto, em relação aos núcleos do tipo “possibilitar” ou “dar causa a” da figura de modificação irregular, o melhor entendimento parece ser de que o crime é comum, ainda que o núcleo “admitir” se vincule à ideia do funcionário público que tem o poder de admitir a modificação contratual (modalidade de crime próprio). Quanto à figura do pagamento irregular, o crime é próprio.

O crime é doloso, sem exigência de elemento subjetivo especial do tipo. O crime é, ainda, unissubjetivo, de forma livre, instantâneo e plurissubsistente.

**Perturbação de processo licitatório**

O artigo 337-I do CP traz o tipo penal de perturbação de processo licitatório:

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

“Impedir” é impor obstáculo, obstruir, obstar. “Perturbar” é estorvar, embaraçar. “Fraudar” é empregar ardil, usar engodo. A conduta incriminada é atrapalhar a realização de qualquer ato de processo licitatório. Qualquer pessoa pode praticar o crime, inclusive o funcionário público.

O tipo penal é extremamente amplo, de modo que qualquer conduta apta a impedir, perturbar ou fraudar a realização do ato referente à licitação já configurará o crime. Cuida-se de tipo misto alternativo.

Exigindo-se o efetivo impedimento, perturbação ou fraude, o crime deve ser considerado material, consumando-se quando atingido um desses resultados. Bitencourt, na análise do tipo similar da lei revogada, defendia que o delito seria de mera conduta na modalidade de perturbar, de modo que, quanto a esse núcleo do tipo, a tentativa seria de difícil configuração[19].

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 93 da Lei 8.666/93, com mudança, no preceito primário, apenas do termo procedimento para a palavra processo:

Lei 8.666/93

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

O preceito secundário manteve a pena de detenção, o que é uma das exceções no caso da Lei 14.133/2021. Entretanto, o limite máximo passou de 2 anos de detenção para 3 anos de detenção, mantido o limite mínimo de 6 meses e a cominação cumulativa da pena de multa. Por isso, só se aplica a sanção penal do artigo 337-I às condutas praticadas após o início da vigência da Lei que o inseriu ao Código Penal.

O crime é comum, por não exigir qualidade específica do sujeito ativo para sua configuração. É doloso, sem previsão de modalidade culposa. É instantâneo, comissivo, unissubjetivo e de forma livre.

**Violação de Sigilo em Licitação**

O artigo 337-J do CP prevê o crime de violação de sigilo em licitação:

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

O tipo penal, misto alternativo, prevê as condutas de “devassar” (fazer conhecer, perscrutar, corromper) e de “proporcionar” (dar a oportunidade de, propiciar, oferecer). A conduta incriminada é de quebrar o sigilo ou propiciar que um terceiro o quebre.

A conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, funcionário público ou não.

A Lei 14.133/2021 prevê, em seu artigo 13, parágrafo único, inciso I, o diferimento da publicidade do conteúdo das propostas até a respectiva abertura, o que visa, obviamente, a manter o caráter competitivo do processo. Esse sigilo se aplica ao modo de disputa fechado, nos termos do artigo 56, II, da referida lei. Como a antiga lei, a de n. 8.666/93, será aplicável, concomitantemente como a nova, por dois anos, vale recordar que, nesta última o assunto é regulado pelo artigo 3º, § 3º.

A conduta era incriminada anteriormente no artigo 94 da Lei 8.666/93, com mudança, no preceito primário, apenas do termo procedimento para a palavra processo:

Lei 8.666/93

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

O preceito secundário manteve a pena de detenção, o que é uma das exceções no caso da Lei 14.133/2021, bem como o mesmo quantum de pena privativa de liberdade, que é de 2 a 3 anos, além da multa.

Se considerado o resultado como o prejuízo para a Administração, o crime é sempre formal, por não o exigir. Entretanto, Bitencourt considera o crime material na modalidade de devassar, por exigir a quebra do sigilo, e formal na modalidade de proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, por não exigir, nessa modalidade, o efetivo conhecimento do conteúdo sigiloso pelo terceiro[20].

O crime é comum, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo a tentativa. É, ainda, comissivo, instantâneo e doloso, sem previsão de modalidade culposa nem exigência de elemento subjetivo especial.

Afastamento de Licitante

O artigo 337-K do CP traz o tipo penal de afastamento de licitante:

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

O tipo penal possui dois núcleos, que equiparam a forma tentada e a consumada, o que leva à classificação do delito como de atentado ou de mero empreendimento. O núcleo do tipo é “afastar”, o que significa remover, impedir a participação. A conduta incriminada é afastar ou tentar afastar o licitante, o que pode ocorrer por qualquer um dos seguintes meios:

- Violência: cuida-se da força física, a vis absoluta;
- Grave ameaça: é a promessa de um mal grave, a vis relativa;
- Fraude: é o engodo, o artifício apto a afastar o licitante, por induzi-lo a erro;
- Oferecimento de vantagem de qualquer tipo: é o suborno ou a corrupção do particular, com qualquer vantagem (econômica, sexual, etc.) para que não participe da licitação.

O parágrafo único traz uma modalidade equiparada, ao determinar a punição de quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Assim, se o particular se corromper, aceitando a vantagem para se afastar da licitação, será punido com as mesmas penas de quem lhe ofereceu essa vantagem, que pode ser de qualquer natureza. Por outro lado, caso o particular sofra violência ou grave ameaça ou, ainda, seja induzido a erro pela fraude do agente, ele será vítima do delito, não podendo ser punido por isso.

Anteriormente, a conduta possuía previsão no artigo 95 da Lei 8.666/93, tendo havido a troca, no preceito primário, da expressão procurar afastar por tentar afastar, mais apropriada tecnicamente:

Lei 8.666/93

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se

abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

O preceito secundário sofreu alteração, já que a pena passou de detenção para reclusão. Além disso, os seus limites passaram de 2 a 4 anos para 3 a 5 anos, impossibilitando, em regra, o oferecimento de ANPP. Comina-se, cumulativamente, pena de multa. No caso de violência, a pena correspondente também deve ser aplicada, o que deve ser interpretado como determinação de cúmulo material (o concurso pode ser material ou formal impróprio). As vias de fato devem ser absorvidas, havendo o cúmulo de penas no caso de lesão corporal.

Classifica-se o crime como comum, por não exigir nenhuma qualidade específica do sujeito ativo. Além disso, é formal, instantâneo, comissivo e unissubjetivo. A conduta é fracionável, sendo considerado, por Bitencourt, plurissubsistente[21]. Entretanto, vale recordar que a tentativa foi equiparada à forma consumada, de modo que não há como se falar em conatus.

Fraude em Licitação ou Contrato Administrativo

O artigo 337-L do CP tipifica a fraude em licitação ou contrato administrativo:

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III – entrega de uma mercadoria por outra;

IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

“Fraudar” significar iludir, atrapaalhar, burlar. A fraude deve ocorrer em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente. Além disso, o tipo penal é de forma vinculada, de modo que haverá crime se a fraude ocorrer mediante uma das seguintes condutas:

- entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

Essa modalidade de prática do delito substituiu uma previsão bem diferente da Lei 8.666/93: “elevando arbitrariamente os preços”. Configura-se se o contratante modificar a qualidade ou quantidade da mercadoria ou serviço, de modo a fraudar a licitação ou contratação. Pode-se antever alguma dificuldade para se considerar a qualidade diferenciada, o que pode determinar a realização de perícia[22]. Caso não tenha havido elevação arbitrária de preços, é possível cogitar de abolição criminis, desde que o caso não se enquadre em alguma outra hipótese.

- fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

O fornecimento de mercadoria falsificada ou deteriorada, como se fosse verdadeira ou perfeita, já estava previsto na lei anterior. Entretanto, é novatio legis incriminadora quanto ao fornecimento de mercadoria inservível para o consumo ou com prazo de validade vencido, salvo se a conduta se inserisse em outro inciso da lei antiga.

- entrega de uma mercadoria por outra;

A entrega de uma mercadoria (divisórias de compensado, p. ex.) por outra (muretas de divisão de atendimento) já estava prevista na lei anterior, tendo havido continuidade normativo-típica.

- alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

A alteração de substância, qualidade ou quantidade já era prevista na lei. A novidade, que só vale para condutas praticadas após o início de vigência da nova lei, é a inclusão do objeto “serviços”, já que antes essas alterações só poderiam se referir a “mercadorias”.



• qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Essa modalidade, residual, prevê que a fraude pode ser cometida, ainda, por qualquer meio fraudulento (um pleonasma, já que o agente deve fraudar) que torna injustamente (elemento normativo) a proposta ou execução do contrato mais onerosa para a Administração. A conduta era prevista na lei antiga, com termos bem similares.

Anteriormente, a conduta possuía previsão no artigo 96 da Lei 8.666/93, com tipo penal alterado, como analisado acima:

Lei 8.666/93

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I – elevando arbitrariamente os preços; II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III – entregando uma mercadoria por outra; IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III – entrega de uma mercadoria por outra; IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

O preceito secundário sofreu alteração, já que a pena passou de detenção para reclusão. Além disso, a pena passou de 3 a 6 anos para 4 a 8 anos, vendando, em regra, o ANPP, que pode ser cabível, por exemplo, no caso de tentativa. Foi mantida a cominação cumulativa da pena de multa.

Analisando a lei revogada, o STF e o STJ firmaram o entendimento de que o tipo penal não se aplica a licitações e contratos relativos a obras e serviços, mas apenas a bens e mercadorias[23]. Entretanto, o novo tipo penal eliminou do caput a expressão “para aquisição ou venda de bens ou mercadorias”. Além disso, o inciso IV se refere expressamente a serviço, de modo que a jurisprudência deve ser superada quanto a condutas praticadas após o início de vigência da Lei 14.133/2021.

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. É doloso, sem necessidade de elemento subjetivo especial para sua configuração e sem previsão de modalidade culposa. Por exigir a fraude, em prejuízo da Administração, por uma das condutas mencionadas, é classificado como material, admitindo a forma tentada, o conatus. É instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

Contratação Inidônea

O artigo 337-M do CP incrimina a contratação inidônea:

Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

O caput incrimina a conduta de admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo. “Admitir” significa admitir, consentir na participação. O mero fato de uma pessoa, seja física ou jurídica, ter sido admitida no processo licitatório já coloca em xeque a probidade e a confiabilidade do processo licitatório, razão pela qual se incrimina essa conduta. A admissão à licitação é realizada por quem tem a competência de decidir quem pode participar da licitação, ou seja, é modalidade caracterizadora de crime próprio, que só pode ser praticada por funcionário público.

O parágrafo terceiro equipara à figura do caput a conduta do particular que, mesmo declarado inidôneo, venha a participar da licitação. Essa figura, portanto, é de crime comum.

O parágrafo primeiro, por sua vez, prevê forma qualificada do delito, com a previsão da conduta de celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. “Celebrar contrato” significa contratar, entabular negócio jurídico. A conduta incriminada é considerada mais grave do que admitir à licitação a empresa (pessoa jurídica) ou o profissional declarado inidôneo, pois aqui se tipifica a celebração do contrato, ou seja, um passo a mais na violação do bem jurídico, consistente na regularidade e na proibidade nos procedimentos de contratação com a Administração. No caso de ter havido a anterior admissão à licitação, a contratação deve absorver aquela conduta. Essa modalidade só pode ser praticada por funcionário público, que celebra o contrato em nome da Administração.

O parágrafo terceiro, por sua vez, equipara ao crime qualificado a conduta do particular que, mesmo declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública. É modalidade, portanto, classificada como crime comum.

Tanto a forma simples quanto a qualificada consistem em normas penais em branco, já que dependem da definição da declaração de inidoneidade. Nos dois anos posteriores à vigência da Lei 14.133/2021 (art. 156, inciso IV e § 5º e 6º), poderão ser usadas como complemento tanto os seus próprios dispositivos quanto os da Lei 8.666/1993 (arts. 97, parágrafo único, e 87, inciso IV), já que a Administração poderá optar por qualquer um dos dois regimes.

As condutas descritas eram incriminadas pelo artigo 97 da Lei 8.666/93, de modo que houve continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa. § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

O tipo penal foi transcrito, mas com separação das figuras e especificação das sanções. A pena era de detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa para todos os casos. Atualmente, foi mantida a pena de multa e a detenção foi modificada para reclusão. O quantum de pena foi modificado a depender do caso: em se tratando de admitir ou participar da licitação, a pena passa a ser de 1 a 3 anos; caso a conduta seja de celebrar o contrato ou contratar, a pena passa a ser de 3 a 6 anos.

Como as penas são mais gravosas, só se aplicam aos crimes praticados após o início de vigência da Lei 14.133/2021, em razão do princípio da irretroatividade.

Como visto acima, o crime é próprio nas previsões do caput e do parágrafo primeiro, enquanto o parágrafo segundo traz modalidade em que se classifica o crime como comum. É doloso, sem exigência de elemento subjetivo do tipo, além de não ter sido prevista a forma culposa. É formal, instantâneo, comissivo, de forma livre, unissubjetivo e plurissubsistente, admitindo, portanto, a modalidade tentada.

Impedimento Indevido

O artigo 337-N do CP traz o tipo penal de impedimento indevido:

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

“Obstar” é opor-se, servir de obstáculo. “Impedir” é impor obstáculo, obstruir. “Dificultar” é tornar trabalhoso, estorvar. A conduta incriminada, na primeira figura, é obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais. Exige-se, para a tipificação

da conduta, o elemento normativo “injustamente”, de modo que se o obstáculo imposto, por exemplo, possuir fundamento legal, a conduta nem sequer será típica.

A segunda figura tem como núcleo do tipo a conduta de “promover” (por em execução, gerar, provocar). A conduta incriminada é promover indevidamente a alteração, suspensão ou o cancelamento de registro de pessoa já inscrita. Há o elemento normativo do tipo “indevidamente”, de forma que se o cancelamento, por exemplo, for devido, conforme as regras aplicáveis, a conduta será atípica.

O tipo penal estava previsto no artigo 98 da Lei 8.666/93, com o mesmo preceito primário, de modo que houve continuidade normativo-típica:

Lei 8.666/93

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Código Penal (Lei 14.133/2021)

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O preceito secundário possui os mesmos limites mínimo e máximo: de 6 meses a 2 anos. Entretanto, a modalidade de pena privativa de liberdade foi alterada de detenção para reclusão, com manutenção da cominação cumulativa da pena de multa.

A melhor interpretação parece ser a de que o crime é próprio, exigindo a qualidade de funcionário público[24]. Caso o particular tente praticar alguma das condutas descritas, será possível a responsabilização pelo crime de afastamento de licitante, caso sua conduta se amolde ao que prevê o artigo 337-K do CP.

Nas modalidades de “obstar” e “impedir”, é necessário que a inscrição não ocorra para a consumação do delito, razão pela qual o crime é material. Na modalidade de “dificultar”, não é imprescindível tal resultado, de modo que o crime é de mera conduta. Na figura de promover, o crime também é material, consumando-se com a efetiva alteração, suspensão ou cancelamento do registro. Em todas as modalidades, é cabível a tentativa[25].

O crime é unissubjetivo, instantâneo (dificultar ou promover) ou permanente (obstar ou impedir), a depender do caso, e de forma livre. É doloso, sem previsão de modalidade culposa.

Omissão Grave de Dado ou de Informação por Projetista

O artigo 337-O do CP incrimina a omissão grave de dado ou de informação por projetista:

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Esse tipo penal não encontra correspondência na antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de modo que constitui uma novatio legis incriminadora.

São núcleos do tipo: “omitir” (deixar de fazer, ocultar); “modificar” (alterar, adulterar) e “entregar” (passar às mãos de, dar). Apesar da nomenclatura legal (omissão grave), apenas um dos núcleos do tipo misto alternativo é efetivamente caracterizador de crime omissivo puro (omitir).

A conduta incriminada é omitir, modificar ou entregar à Administração levantamento cadastral ou condição de entorno nas seguintes condições:

- em relevante dissonância com a realidade (projeto que não se adéqua à real necessidade);
- em frustração ao caráter competitivo da licitação (projeto, por exemplo, feito sob medida para determinado contratante);

• ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (projeto que busque evitar a seleção da proposta mais vantajosa, frustrando a finalidade da licitação).

Essas condutas, para a configuração do delito, devem ocorrer em:

- contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto;
- diálogo competitivo ou
- procedimento de manifestação de interesse.

A contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto; o diálogo competitivo e o procedimento de manifestação de interesse são todos previstos na Lei 14.133/2021 (artigo 6º, incisos XXIV, XXV e XXVI; artigo 6º, inciso XLII e artigo 81, respectivamente). Por isso, cuida-se de norma penal em branco. Durante o período de 2 anos após o início de vigência da Lei 14.133/2021, dada a possibilidade de utilização dos dois regimes, é possível usar o complemento da Lei 8.666/93, que só prevê, entretanto, os seguintes institutos: projeto básico (art. 6º, IX) e projeto executivo (art. 6º, inciso X).

O levantamento cadastral é a pesquisa ou investigação, culminando na coleta de dados, envolvendo informações cadastrais.

Já a condição de entorno é definida pelo parágrafo primeiro, que consiste em autêntica norma interpretativa contextual. Segundo o dispositivo, consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

A Administração, antes de proceder à licitação de obras, por exemplo, pode contratar a elaboração de um projeto básico, que será utilizado para seleção das melhores propostas para construção de edifícios. Por exemplo, o INSS contrata uma empresa para elaboração de um projeto básico e, posteriormente, realiza licitação para cada prédio que quer construir, de modo que será contratada uma pessoa jurídica diversa para a execução da obra. Se o projeto básico for inexato, cada procedimento licitatório ensejará problemas na sua execução, como no caso de não se ter previsto a construção de rampas de acesso em prédios em desnível com a calçada.

O parágrafo segundo prevê modalidade do crime que pode ser interpretada como majorada ou qualificada. A melhor posição parece ser a de considerar que se trata de causa de aumento de pena. Incide no caso de o crime ser praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplicando-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. Dada a não restrição pela lei, deve-se interpretar o benefício como qualquer um, inclusive favorecer que a empresa de um familiar vença a licitação da execução da obra sobre a qual o agente elabora o projeto básico.

Apesar de o nomen iuris se referir ao projetista, é possível interpretar que o verbo “entregar” expressa conduta que pode ser praticada por qualquer pessoa[26], desde que, obviamente, acompanhada do dolo, com conhecimento da irregularidade. Realmente, a interpretação deve ser de que o crime é comum, podendo ser praticado pelo projetista ou pelo próprio licitante ou contratado.

Por não se exigir dano ao erário, pode-se classificar o delito como formal. O crime admite tentativa, exceto na modalidade de “omitir”, por ser omissivo próprio ou puro. É instantâneo, unissubjetivo e de forma livre.

#### Regras sobre as Penas de Multa

O artigo 337-P do CP traz regra específica sobre a aplicação da pena de multa em todos os delitos previstos no Capítulo II-B, ou seja, aos crimes em licitações e contratos administrativos:

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.



Vale recordar, de início, que a anterior Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a revogada Lei n. 8.666/93, já representava uma exceção ao sistema de multas previsto no Código Penal:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 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.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Portanto, a multa penal já era calculada de forma específica para os crimes licitatórios. Atualmente, haverá uma nova forma de se estipular essa pena, que parte da metodologia de cálculo prevista como regra geral no Código, mas possui um piso mínimo, fixado em 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. O método pode ser resumido no seguinte esquema:

O método não parece ser o melhor. O juiz vai calcular o número de dias-multa de acordo com o critério trifásico, entre 10 e 360, conforme o artigo 49, caput, do CP. Vai analisar, então, o valor de cada-dia multa, cujo valor vai de um trigésimo (1/30) do salário mínimo (menor valor de dia de salário do trabalhador) até 5 vezes o salário mínimo. A ideia é que cada dia-multa equivalha a um dia de trabalho do agente, razão pela qual deve ser considerada a situação econômica do réu (art. 60, caput, do CP). Se for ineficaz, apesar de aplicada ao máximo, pode ser aumentada até o triplo (art. 60, § 1º, do CP).

Após todo esse cálculo, o juiz terá o número de dias multa (critério trifásico de dosimetria) e o valor de cada dia-multa (pela situação financeira do acusado), de modo que bastará multiplicar o número de dias-multa pelo valor para ter o valor total da pena de multa. Entretanto, no caso dos crimes em licitações e contratos administrativos, deverá verificar se o valor total vai atingir o mínimo de 2% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. Caso o valor seja inferior, a pena de multa será de 2% do valor do contrato, que é o piso mínimo estabelecido pelo legislador.

Por fim, neste caso a multa deve ser destinada ao Fundo Penitenciário, como determina o artigo 49 do Código Penal, considerando a revogação da Lei 8.666/93, que determinava que o seu valor reverteria à Fazenda Pública.

Chegamos ao fim da nossa análise.

Por se tratar de alteração legislativa recentíssima, cuidam-se de impressões iniciais, ainda sem comentários disponíveis na doutrina e sem formação de jurisprudência sobre esses dispositivos comentados acima.

Assim, críticas e comentários são bem-vindos, seja aqui, seja pelo Instagram @professor.procopio.

Bons estudos,  
Michael Procopio

[1] LAGO, Natasha do; et al: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)

[2] STJ, AgRg no HC 574.578/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 03/08/2020.

[3] STF, Inq 2482, Rel. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011. PUBLIC 17-02-2012. STJ, HC 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016.

[4] STF, Inq 3621, Rel. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/03/2017, DIVULG 22-06-2017, PUBLIC 23-06-2017.

[5] STJ, AgRg no HC 529.211/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

- [8] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [9] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [10] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [11] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [12] Tratando do crime de advocacia administrativa e reconhecendo ser próprio: BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 158. CUNHA, Rogério Sanches. Ob. Cit., 2020, p. 321. MASSON, Cleber. Ob. Cit., 2019, p. 650.
- [13] No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012. Em sentido contrário, com relação ao tipo revogado, o autor cita as posições de Paulo José da Costa Jr. e Greco Filho.
- [14] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [15] No mesmo sentido: Guilherme de Souza Nucci, Leis penais e processuais penais comentadas, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 819. Em sentido contrário, defendendo ser elementar normativa: BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [16] STJ, HC 114.717/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 14/06/2010.
- [17] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [18] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [19] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [20] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [21] BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [22] LAGO, Natasha do; et al: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)
- [23] STF, AP 991 QO, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-289 DIVULG 14-12-2017 PUBLIC 15-12-2017; STJ, HC 485.791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019.
- [24] No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [25] Em sentido contrário, não admitindo a tentativa na modalidade “dificultar”: BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.
- [26] LAGO, Natasha do; et al: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-mudancas-penais-lei-licitacoes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)

**RESPOSTA2:** Informamos que, dada a complexidade das operações e respectivos registros contábeis, entende-se ser necessária equipe composta por auditores que apresentem experiência suficiente para corresponder às demandas técnicas necessárias para efetuar trabalho de auditoria contábil condizente com as complexidades envolvidas e normas aplicáveis.

Considerando as implicações mencionadas, com base em avaliação interna lastreada em trabalhos de auditoria externa efetuados anteriormente nesta Companhia, considerou-se ser necessária experiência mínima apresentada em edital.

Tendo em vista a necessidade de comprovação do registro CVM, informamos que não poderemos aceitar a documentação sugerida pela empresa licitante pela ausência da numeração da inscrição do registro no referido órgão.

SP, 19/05/2023.

**Gerson Ulisses de Moraes Junior**  
Pregoeiro