

ROGÉRIO  
SANCHES  
CUNHA

**ATUALIZAÇÕES  
LEGISLATIVAS 2021**  
**1º Semestre**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# SUMÁRIO

---

## **CAPÍTULO I – LEI 14.132/21: CRIME DE PERSEGUIÇÃO**

1. Considerações iniciais.....	5
2. Sujeitos do crime.....	6
3. Conduta .....	6
4. Voluntariedade.....	10
5. Consumação e tentativa.....	10
6. Majorantes (§ 1º).....	11
7. Concurso de crimes (§ 2º).....	11
8. Ação penal.....	12
9. Sugestões de interpretação e aplicação do tipo penal.....	13

## **CAPÍTULO II – CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

1. Contratação direta ilegal.....	16
1.1. Considerações iniciais.....	16
1.2. Sujeitos do crime.....	17
1.3. Conduta.....	17
1.4. Voluntariedade.....	21
1.5. Consumação e tentativa.....	23
1.6. Ação penal.....	25
2. Frustração do caráter competitivo de licitação.....	25
2.1. Considerações iniciais.....	25
2.2. Sujeitos do crime.....	26
2.3. Conduta.....	26
2.4. Voluntariedade.....	27
2.5. Consumação e tentativa.....	28
2.6. Ação penal.....	28
3. Patrocínio de contratação indevida.....	28
3.1. Considerações iniciais.....	29
3.2. Sujeitos do crime.....	29
3.3. Conduta.....	29
3.4. Voluntariedade.....	31
3.5. Consumação e tentativa.....	31
3.6. Ação penal.....	31
4. Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo.....	32
4.1. Considerações iniciais.....	32
4.2. Sujeitos do crime.....	32
4.3. Conduta.....	33
4.4. Voluntariedade.....	37
4.5. Consumação e tentativa.....	37
4.6. Ação penal.....	38

5.	Perturbação de processo licitatório .....	38
5.1.	Considerações iniciais .....	38
5.2.	Sujeitos do crime .....	39
5.3.	Conduta .....	39
5.4.	Voluntariedade.....	42
5.5.	Consumação e tentativa.....	42
5.6.	Ação penal.....	42
6.	Violação de sigilo em licitação .....	42
6.1.	Considerações iniciais .....	42
6.2.	Sujeitos do crime .....	43
6.3.	Conduta .....	43
6.4.	Voluntariedade.....	44
6.5.	Consumação e tentativa.....	44
6.6.	Ação penal.....	45
7.	Afastamento de licitante .....	45
7.1.	Considerações iniciais .....	45
7.2.	Sujeitos do crime .....	46
7.3.	Conduta .....	46
7.4.	Voluntariedade.....	48
7.5.	Consumação e tentativa.....	48
7.6.	Ação penal.....	48
8.	Fraude em licitação ou contrato .....	48
8.1.	Considerações iniciais .....	49
8.2.	Sujeitos do crime .....	50
8.3.	Conduta .....	50
8.4.	Voluntariedade.....	53
8.5.	Consumação e tentativa.....	54
8.6.	Ação penal.....	54
9.	Contratação inidônea .....	54
9.1.	Considerações iniciais .....	54
9.2.	Sujeitos do crime .....	55
9.3.	Conduta .....	55
9.4.	Voluntariedade.....	58
9.5.	Consumação e tentativa.....	58
9.6.	Ação penal.....	59
10.	Impedimento indevido .....	59
10.1.	Considerações iniciais .....	59
10.2.	Sujeitos do crime .....	60
10.3.	Conduta .....	61
10.4.	Voluntariedade.....	62
10.5.	Consumação e tentativa.....	62
10.6.	Ação penal.....	63
11.	Omissão grave de dado ou de informação por projetista .....	63
11.1.	Considerações iniciais .....	63
11.2.	Sujeitos do crime .....	63
11.3.	Conduta .....	64
11.4.	Voluntariedade.....	67
11.5.	Consumação e tentativa.....	67

11.6. Ação penal.....	67
12. Pena de multa.....	67

**CAPÍTULO III – DERRUBADA DE VETOS DO PACOTE ANTICRIME**

1. Código Penal.....	69
1.1. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.....	69
1.2. Causa de aumento de pena nos crimes contra a honra.....	73
2. Código de Processo Penal.....	75
2.1. Audiência de custódia por videoconferência.....	75
2.2. Indicação de defensor a servidores da segurança pública.....	79
3. Lei de Execução Penal.....	83
3.1. Identificação do perfil genético.....	83
3.2. Reabilitação do condenado autor de falta grave e progressão de regimes.....	86
4. Lei de Interceptação Telefônica.....	89

**CAPÍTULO IV – LEI 14.155/2021: ALTERA OS ARTIGOS 154-A, 155 E 171 DO CÓDIGO PENAL E O ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

1. Invasão de dispositivo informático (art. 154-A do CP).....	93
1.1. Alterações nas penas.....	94
1.2. Redação do caput.....	95
2. Furto (art. 155 do CP).....	96
3. Estelionato (art. 171 do CP).....	100
4. Art. 70 do Código de Processo Penal.....	103

# CAPÍTULO I

## LEI 14.132/21:

### CRIME DE PERSEGUIÇÃO

---

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

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

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I - contra criança, adolescente ou idoso;

II - contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III - mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

## 1. Considerações iniciais

A Lei 14.132/21 inseriu no Código Penal o art. 147-A, denominado “crime de perseguição”. Sua finalidade é a tutela da liberdade individual, abalada por condutas que constroem alguém a ponto de invadir severamente sua privacidade e de impedir sua livre determinação e o exercício de liberdades básicas.

O tipo penal surgiu com a justificativa de suprir uma lacuna e de tornar proporcional a pena para uma conduta que, embora muitas vezes tratada como algo de menor importância, pode ter efeitos – especialmente psicológicos – muito prejudiciais na vida de quem a sofre. Até a criação deste crime, a maior parte dos atos de perseguição se inseriam no art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, cuja pena de prisão simples variando de quinze dias a dois meses era considerada insuficiente, um claro exemplo de proteção deficiente. Com a Lei 14.132/21, a

contravenção foi revogada e a perseguição passou a ser punida com reclusão de 6 meses a 2 anos.

A pena cominada ao delito permite a aplicação de ambos os benefícios da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo). Admitida a transação penal, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP, a não ser que, incidente a causa de aumento do § 1º, o crime não seja praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nem consista em perseguição com ameaça direta à integridade da vítima.

## 2. Sujeitos do crime

O crime é comum, não se exigindo do sujeito ativo qualquer característica especial. Tampouco há restrições a respeito do sujeito passivo.

Se a vítima é criança, adolescente, idoso ou mulher perseguida por razões da condição do sexo feminino, a pena é aumentada de metade (§ 1º).

## 3. Conduta

O crime consiste em perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

O verbo *perseguir* não tem apenas a conotação de ir freneticamente no encalço de alguém. Há também um sentido de importunar, transtornar, provocar incômodo e tormento, inclusive com violência ou ameaça. É principalmente com essa conotação que se tipifica a conduta de *perseguir* no art. 147-A.

A perseguição de que trata o tipo penal nos remete ao denominado *stalking*, termo que, em inglês, é utilizado para designar a perseguição contumaz e obsessiva.<sup>1</sup> Já há alguns anos a prática integra a legislação criminal de diversos países, dentre os quais a Itália, cujo Código Penal tipifica a conduta – expressamente subsidiária – referindo-se aos efeitos provocados na pessoa perseguida:

---

1. Originalmente, a proposição que resultou no art. 147-A impunha-lhe o *nomem iuris* de “perseguição obsessiva”, mas uma emenda de redação modificou a denominação para “crime de perseguição”. A justificativa foi evitar que imprecisões terminológicas derivadas de termos próprios da psicologia restringissem o alcance do tipo.

“Salvo se o fato constitui crime mais grave, é punido com reclusão de um ano a seis anos e seis meses quem, reiteradamente, ameaça ou perturba alguém causando-lhe um permanente e grave estado de ansiedade ou medo, ou produzindo-lhe um fundado temor pela própria incolumidade, de um parente próximo ou de pessoa com quem mantém relação afetiva, ou constringendo-lhe a alterar sua própria rotina” – Art. 612-bis.<sup>2</sup>

No Brasil, o tipo penal é estruturado com uma ação nuclear (perturbar), que pode atingir a vítima de três formas:

- a) ameaçando a integridade física ou psicológica;
- b) restringindo a capacidade de locomoção;
- c) invadindo ou perturbando a esfera de liberdade ou privacidade.

Na primeira forma, o tipo do art. 147-A incorpora o crime de ameaça – tipificado no dispositivo precedente –, que consiste em ameaçar alguém por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. Muitas vezes, as perseguições que caracterizam o *stalking* não se traduzem em palavras, mas se tornam ameaçadoras por gestos e por atitudes ostensivas que provocam na vítima um estado de ansiedade ou temor. É uma espécie de violência psicológica que degrada o estado emocional da vítima, inferioriza-a por meio do controle de suas ações e da imposição do medo.

O ato de perseguição não se restringe às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher (aliás, não se limita nem mesmo a vitimar mulheres, embora seja o mais comum). Há inúmeros casos em que a fixação “doentia” se inicia entre pessoas que não tinham qualquer relação afetiva. São os casos de colegas de estudo ou de trabalho, do empregado que, dispensado, passa a perseguir o empregador, ou do empregador que, por alguma razão, persegue o empregado provocando sua demissão ou impedindo-o de conseguir outro emprego (*stalking* ocupacional). De qualquer forma, o art. 7º da Lei 11.340/06 apresenta uma definição de violência psicológica que pode nos auxiliar na interpretação deste tipo penal. Segundo a lei especial, há essa forma de violência em qualquer conduta que provoque dano emocional e diminuição da autoestima, que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da vítima ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito

---

2. Tradução livre.

de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Como se vê, diversas condutas de que trata a Lei Maria da Penha podem ser identificadas em todos os casos de *stalking* praticados por meio de ameaças e, no geral, de violência psicológica.

Na segunda forma, os atos de perseguição ostensiva reduzem a capacidade da vítima para exercer sua liberdade de locomoção. Não se trata de tolher a liberdade em si (capaz de caracterizar outro crime, como sequestro), mas de inibir quem está sendo perseguido devido ao estado de temor provocado pelos atos impertinentes de quem sempre se faz presente com manifestações importunas.

A invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade, terceira forma de perseguição, pode consistir em qualquer ato que iniba a vítima de desempenhar suas atividades cotidianas. Não é necessário que haja uma invasão física da residência ou do local de trabalho, por exemplo. A presença ostensiva do agente nos arredores pode ser bastante para fazê-lo penetrar na esfera de intimidade e para tolher a liberdade da pessoa perseguida.

Na vigência do art. 65 da Lei das Contravenções Penais, decidiu o STJ que a contratação de um detetive particular não é suficiente para justificar ação penal por perturbação da tranquilidade. E pensamos que o raciocínio não será diferente diante do novo tipo do art. 147-A do CP. Não custa lembrar que a Lei nº 13.432/17 regulamentou a profissão de detetive particular, criando normas a serem observadas para o seu regular exercício. Assim, quando no regular exercício, observando os limites legais, não há que se cogitar de crime.

Com relação aos fotógrafos que perseguem celebridades e pessoas públicas para obterem imagens inéditas (paparazzi), a tendência é não reconhecer o crime quando o “alvo” está em local público. A figura criminosa, contudo, pode ser cogitada quando a conduta do paparazzi, reiteradamente, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade da celebridade ou pessoa pública.

O crime é de ação livre em todas as suas formas. O tipo penal se refere à ameaça e à restrição à capacidade de locomoção cometidas por *qualquer meio*, e ao transtorno à esfera de liberdade e à privacidade imposto de *qualquer forma*. O agente pode se valer de ligações telefônicas, de mensagens por meios variados (SMS, *WhatsApp*, Telegram, Skype etc.), de e-mails, pode se dirigir e permanecer nos arredores da residência da vítima ou de locais que ela frequenta. A conduta pode consistir até mesmo no envio insistente de presentes ou de mensagens aparentemente afetuosas como subterfúgio para na verdade intimidar o destinatário e lhe provocar a sensação de que está sendo espreitado.



Dentre os meios possíveis de cometer o crime está o *cyberstalking*. Nos primórdios, os atos de perseguição normalmente pressupunham a presença física do agente no entorno da vítima. No máximo, havia remessas de correspondência e ligações telefônicas insistentes, mas a grande maioria dos casos envolvia também perseguições ostensivas que, não raro, culminavam em ataques à integridade física da vítima.

Atualmente, o *cyberstalking* é um problema crescente, facilitado pela imensa quantidade de pessoas que mantêm perfis em diversas redes sociais, nas quais publicam, sem cautela, imagens e informações de sua vida pessoal. Os instrumentos tecnológicos não apenas favorecem a perseguição por quem conhece a vítima e, agora, tem mais um meio à sua disposição, mas também tornam mais propícia a atuação do *stalker* aleatório, que, por acaso, se interessa obsessivamente por alguém com perfil exposto em rede social e passa a se valer desse meio para perseguir e atemorizar. Muitas vezes, as informações obtidas apenas em ambientes virtuais permitem que os atos do perseguidor tenham tanta eficácia quanto teriam se fossem presenciais.

Trata-se, ademais, de crime habitual, tendo em vista que o tipo penal é expresso sobre a necessidade de a perseguição ser praticada reiteradamente. Apenas um ato importuno, ainda que restrinja momentaneamente a capacidade de locomoção ou invada a privacidade de alguém, não caracteriza este crime, embora seja possível que a conduta se adéque a outro tipo penal, como a da ameaça, por exemplo. A habitualidade não foi inserida no tipo por acaso. Decorre das próprias características do *stalking*, que consiste em perseguição obstinada, incansável, capaz de desestabilizar a rotina da vítima. É nesse sentido a lição de Silvia Chakian:

“Nesse sentido, para fins criminais, haveria três requisitos para definir o *stalking*:

1. comportamento doloso e habitual, composto necessariamente por mais de um ato de perseguição ou assédio à mesma vítima;
2. o motivo do autor para praticar a conduta é um interesse pessoal, como admiração, crença, interesse relacional ou vingança;
3. a vítima, por conta da repetição, deve se sentir incomodada em sua privacidade e/ou temerosa por sua segurança”<sup>3</sup>

3. Bianchini, Alice, Bazzo, Mariana, Chakian, Silvia. *Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Femicídio*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 108.

Como já mencionamos antes, a mesma lei que inseriu no Código Penal o art. 147-A revogou o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, dispositivo ao qual se subsumia a maior parte das condutas de perseguição. A nosso ver, o legislador se equivocou, porque nem todas as condutas abrangidas pelo tipo da contravenção são compatíveis com as características do art. 147-A. Se compararmos a redação do art. 65 com a do art. 147-A, veremos que a contravenção é mais abrangente. O ato de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade por acinte ou por motivo reprovável não precisa envolver ameaça nem restrição à capacidade de locomoção ou à privacidade. Há inúmeras condutas de perturbação que não se enquadram nos termos de certa forma restritivos do art. 147-A.

Mas, consumada a revogação, há *abolitio criminis*?

Havia quem sustentasse que a própria contravenção penal, em qualquer circunstância, tinha como característica a reiteração de ações, pois um ato isolado não seria capaz de realmente importunar alguém ou de perturbar-lhe o sossego. As condutas que, praticadas reiteradamente, se revestiram das demais características do art. 147-A sem dúvida continuam puníveis em razão do princípio da continuidade normativo-típica, modificando-se apenas a forma de punição. Nesse caso, deve ser respeitada a pena anterior, pois a atual, mais severa, é irretroativa.

Mas havia também quem tratasse a contravenção penal como infração instantânea, ou seja, apenas um ato de molestar alguém ou de perturbar sua tranquilidade já seria suficiente para justificar a punição. Nesse caso, mesmo que presentes as demais características do art. 147-A, não há remédio senão reconhecer a extinção da punibilidade (art. 107, inc. III, do CP).

#### **4. Voluntariedade**

O crime só pode ser cometido com dolo.

Embora seja comum que os atos de perseguição tenham o propósito de alterar o estado de ânimo da vítima, de lhe provocar medo e de limitar sua liberdade, o tipo não pressupõe nenhuma finalidade específica.

#### **5. Consumação e tentativa**

Tratando-se de crime habitual, consuma-se com a reiteração dos atos de perseguição.

A tentativa é inadmissível em crimes dessa natureza (habitual).

## 6. Majorantes (§ 1º)

O § 1º aumenta a pena de metade se o crime é cometido:

- a) contra criança, adolescente ou idoso: a definição de criança e de adolescente é obtida no art. 2º da Lei 8.069/90: considera-se criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente quem tem entre doze e dezoito anos de idade. É idoso quem tem idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º da Lei 10.741/03);
- b) contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121: o § 2º-A do art. 121 dispõe que, para os efeitos do feminicídio, considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica ou familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- c) mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma: a nosso ver, insere-se na majorante o emprego de armas brancas e de armas de fogo. O emprego da arma de fogo, tendo o agente porte, caracteriza a majorante. E se o agente não tem autorização para portar a arma de fogo? Se o porte ilegal se restringe ao contexto fático da perseguição, atrai apenas a majorante. A arma, sendo utilizada tão somente para o cometimento da perseguição, deve ser encarada como meio para que se alcance o objetivo de atemorizar a vítima. Se, contudo, a arma, é encontrada com o agente em outro momento, quando já não é possível estabelecer uma ligação estreita com a perseguição cometida, imputam-se em concurso o crime contra a liberdade individual e o crime relativo à arma de fogo (Lei 10.826/03).

## 7. Concurso de crimes (§ 2º)

O § 2º dispõe que as penas são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Embora o *caput* do art. 147-A não contenha nenhuma menção à violência, nada impede que o perseguidor lance mão desse meio para provocar uma intimidação mais intensa. Nesse caso, devem ser aplicadas também as penas relativas à violência.

Qual a modalidade de concurso de crimes?

Em crimes que contêm disposição semelhante, como a resistência, por exemplo, há na doutrina quem defenda a incidência do concurso material.<sup>4</sup> Parece-nos, contudo, que se trata de concurso formal impróprio, pois não há duas condutas distintas produzindo pluralidade de resultados. Não se pode falar, também, em concurso formal propriamente dito, considerando que o sistema a ser aplicado é o da cumulação de penas, não o da exasperação. Assim, a melhor solução é o concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, segunda parte, do CP), caso em que o agente, mediante uma só conduta, porém com desígnios autônomos, provoca dois ou mais resultados, cumulando-se as reprimendas.

## 8. Ação penal

Nos termos do § 3º do art. 147-A, a ação penal é pública condicionada a representação do ofendido.

A regra se aplica inclusive nos casos em que incidem as disposições da Lei Maria da Penha, pois o legislador, embora tenha majorado a pena do crime cometido segundo a definição do art. 5º daquela lei, não impôs nenhuma exceção à regra da ação penal no § 3º.

A necessidade de representação possibilita a extinção da punibilidade uma vez esgotado o prazo de decadência sem manifestação da vítima ou de seu representante legal. Para os casos de continuidade normativo-típica em relação à contravenção revogada, a regra do § 3º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos de diferenciar duas hipóteses:

- a) se a denúncia já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não alcançado pela mudança. Assim como defendemos no estelionato quando a Lei 13.964/19 modificou a natureza de sua ação penal, aqui também não nos parece correto sustentar que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo já instaurado, pois a representação é condição de procedibilidade, e não condição de prosseguibilidade. A lei que instituiu o art. 147-A não exigiu essa manifestação posterior;
- b) se a denúncia ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da nova lei. Esta é a

4. Capez, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 480.

orientação que vem sendo adotada, no estelionato, pelas duas Turmas criminais do STJ e pela 1ª Turma do STF<sup>5</sup>.

## 9. Sugestões de interpretação e aplicação do tipo penal

O Ministério Público de São Paulo, de forma pioneira, propôs os seguintes enunciados que podem auxiliar na aplicação do novo tipo penal do art. 147-A:

- 1) A perseguição por parte do agente configura fator de risco para a mulher, conforme Formulário Nacional de Risco (Resolução Conjunta nº 05 CNJ-CNMP, Lei nº 14.149/2021).
- 2) A perseguição iniciada antes da vigência do artigo 147-A CP pode ser inserida na denúncia do Ministério Público como parte da conduta causal deste crime.
- 3) Para se aferir o impacto da ameaça ou perseguição para a vida da vítima (art. 147 A CP), deve-se atentar para as condições pessoais do ofendido, tais como idade, condições de saúde, histórico pessoal, histórico de violência, não se aplicando, isoladamente, o conceito de “pessoa média”.
- 4) O contato da vítima com o autor da perseguição não pode ser interpretado, necessariamente, como ausência de perigo.
- 5) Condutas isoladas que não configuram infrações penais podem configurar crime de perseguição em razão de sua repetição e insistência, tais como: encarar a vítima, abordagens insistentes, seguir a vítima na rua ou local de trabalho, enviar mensagens repetidamente, telefonemas insistentes, presentes indesejados ou estranhos.
- 6) A expressão “em razão da condição de sexo feminino”, que compõe a causa de aumento de pena do art. 147-A, §1º, II, CP, abrange também o preconceito contra mulheres trans e travestis.
- 7) Se a perseguição provocar danos à saúde da vítima e seu afastamento das ocupações habituais por mais de trinta dias, haverá o concurso formal impróprio entre os crimes de perseguição e lesão corporal grave, nos exatos termos do art. 147-A, §2º, CP.
- 8) Perseguição reiterada cometida e encerrada antes da Lei 14.132/21, caracterizadora da contravenção penal do art. 65, se presentes as elementares do art. 147-A do CP, pode continuar sendo objeto de persecução penal. Aplica-se, na hipótese, o princípio da continuidade normativo-típica, bem como o princípio da irretroatividade maléfica da lei penal superveniente, sendo o preceito secundário do art. 65 da LCP ultra-ativo.
- 9) Para os processos em que houve oferecimento de denúncia pelo artigo 65 LCP não há necessidade de se intimar a vítima para oferecimento

---

5. HC 187.341/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020.

de representação. A necessidade de representação somente retroage para alcançar fatos ainda na fase de investigação.

- 10) A representação da vítima é necessária para o oferecimento da inicial, mesmo no caso de perseguição cometida no ambiente doméstico e familiar contra a mulher.
- 11) A “reiteração” mencionada no artigo 147-A CP pressupõe duas ou mais condutas contra vítima específica, sequenciais ou não, desde que no mesmo contexto fático.

## **CAPÍTULO II**

# **CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

O capítulo II-B foi inserido ao Título XI da Parte Especial do Código pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que revogou a Lei 8.666/93 e transferiu para o nosso Estatuto Repressor toda a disciplina dos crimes cometidos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos deles decorrentes. Foram inseridos onze tipos penais entre os artigos 337-E e 337-O:

- a) art. 337-E: contratação direta ilegal;
- b) art. 337-F: frustração do caráter competitivo de licitação;
- c) art. 337-G: patrocínio de contratação indevida;
- d) art. 337-H: modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo;
- e) art. 337-I: perturbação de processo licitatório;
- f) art. 337-J: violação de sigilo em licitação;
- g) art. 337-K: afastamento de licitante;
- h) art. 337-L: fraude em licitação ou contrato;
- i) art. 337-M: contratação inidônea;
- j) art. 337-N: impedimento indevido;
- k) art. 337-O: omissão grave de dado ou de informação por projetista.

Na Lei 8.666/93, todos os crimes eram apenados com detenção, o que impedia o início do cumprimento da pena em regime fechado. Analisando os tipos inseridos pela nova Lei, apenas os arts. 337-I e 337-J continuam apenados com detenção. Nos demais, portanto, é admissível o regime inicial fechado na execução da pena.

O art. 337-P dispõe que o cálculo da multa nos crimes licitatórios deve seguir as regras do Código Penal, respeitado o mínimo de 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

A algumas das condutas tipificadas neste capítulo correspondem atos de corrupção empresarial que acarretam punição extrapenal na forma da Lei 12.846/13<sup>6</sup>.

Por fim, note-se que há na doutrina quem sustente a inaplicabilidade do art. 33, § 4º, do CP aos crimes tipificados na legislação especial, como se classificavam os crimes licitatórios. Com a inserção desses crimes no Título XI do Código Penal, não há dúvida de que a progressão de regime é condicionada à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado.

## 1. Contratação direta ilegal

### 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.

### 1.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela os interesses da Administração Pública na contratação de terceiros para realizar obras, serviços e fornecer bens ao setor público, especificamente no que concerne ao contrato celebrado sem o prévio processo licitatório, situação excepcional que deve ser cercada de todos os cuidados para evitar prejuízos ao erário. Além do patrimônio público, a proteção penal recai em princípios como a legalidade, a moralidade e a impessoalidade.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 89:

Art. 89 da Lei 8.666/93	Art. 337-E do CP
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.	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.

6. O art. 17 da Lei 12.846/13 reconhece a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica para isenção ou atenuação das sanções administrativas aplicadas em razão da prática de atos ilícitos na licitação ou da inexecução total ou parcial do contrato. Embora o art. 17 faça menção aos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/93, atualmente as sanções estão elencadas no art. 156 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: I – advertência; II – multa; III – impedimento de licitar e contratar; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.



Art. 89 da Lei 8.666/93	Art. 337-E do CP
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.	

Em regra, estamos diante de *novatio legis in pejus*, irretroativa. Logo veremos uma parte da norma alcançada pela *abolitio criminis*.

A pena cominada ao delito não admite os benefícios da Lei 9.099/95, tampouco o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

## 1.2. Sujeitos do crime

O crime é próprio, pois somente os funcionários públicos (art. 327 do CP) que intervêm no processo de contratação direta podem cometê-lo.

O revogado art. 89 da Lei 8.666/93 continha um parágrafo no qual se imputava a mesma responsabilidade ao particular que tivesse concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o poder público. O art. 337-E não contém disposição semelhante, de resto dispensável, porque o indivíduo que concorre para a contratação direta ilegal no intuito de se beneficiar do contrato espúrio deve responder na forma do art. 29 do Código Penal.

Também pode ser autor do crime o prefeito municipal, pois, segundo o STJ, o crime de responsabilidade tipificado no art. 1º, inc. XI, do Decreto-lei 201/67 havia sido tacitamente revogado pelo art. 89 da Lei 8.666/93.<sup>7</sup>

O sujeito passivo do crime é o Estado, frustrado na intenção de garantir a lisura em seus contratos.

## 1.3. Conduta

Pune-se quem admite (reconhece, aceita), possibilita (torna possível, proporciona) ou dá causa (origina, provoca, motiva) a contratação direta fora das hipóteses previstas em lei<sup>8</sup>.

7. EDcl no AgRg no REsp 1.745.232/CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/10/2018.

8. O art. 89 da Lei 8.666/93 punia, além da indevida contratação fora das hipóteses legais, também *deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*. Esse comportamento, contudo, não foi reproduzido no art. 337-E. Estamos diante de indisfarçável “*abolitio criminis*” (art. 2º CP). E, para tanto, existe explicação. Houve um avanço na incorporação do processo administrativo e sua importância na Administração Pública. Não se consegue imaginar um contrato sem prévio procedimento. A Lei 14.133/21,

O tipo veicula uma norma penal em branco, pois o conceito de contratação direta deve ser extraído da lei que regulamenta a licitação. Segundo o art. 72 da nova Lei, contratação direta é o gênero do qual são espécies a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

A licitação é inexigível quando inviável a competição, nos casos em que não é possível garantir a pluralidade de interessados ou a fixação de critérios objetivos de julgamento da proposta. Trata-se das situações elencadas no art. 74 da nova Lei:

“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, projetos básicos ou projetos 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 de 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 no disposto neste inciso;

IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V – aquisição ou locação de imóvel”.

---

nesse cenário, claramente se desprende de formalismos que não comprometam o interesse público, não fazendo qualquer sentido um tipo penal punindo a simples inobservância de solenidades.

A dispensa indevida de licitação viola o art. 75 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Vejamos alguns casos comuns:

- a) Fracionamento ilegal de despesas cujos valores globais excedem o limite legal previsto para dispensa de licitação. Nesse tipo de ilícito, o gestor realiza uma série de pequenos negócios (aquisições, contratações para serviços pontuais), em geral relativos a produtos ou serviços rotineiramente usados pela Administração, que deveriam ser reunidos em um objeto único e licitados de uma só vez. Trata-se de expediente irregular – arquitetado para evitar o procedimento licitatório –, muito comum na compra de materiais de construção, peças, pneus, óleos e lubrificantes, entre outros insumos ou contratações de serviços de manutenção e oficina de veículos, serviços publicitários e serviços de vigilância.
- b) Emergência ou calamidade pública forjada: há casos de emergência ou calamidade pública utilizada apenas como pretexto para viabilizar a compra direta. Ex.: menção a estiagem ou contenção de proliferação de pragas.

Prevalece a orientação de que a dispensa é indevida se a emergência decorre de falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipóteses em que o gestor deve ser responsabilizado. Assim, é ilegal a dispensa como justificativa para evitar a descontinuidade de serviços anteriormente contratados, mas cujo procedimento licitatório não foi, injustificadamente, providenciado com a antecedência mínima necessária.

- c) Licitação deserta ou fracassada: a irregularidade consiste na proposital e manipulada realização de uma licitação sem participantes, concebida para simular a permissão legal para uma contratação direta, mas agora com condições distintas daquelas originalmente estabelecidas na licitação deserta ou fracassada, em prejuízo da Administração.
- d) Instituições de pesquisa e desenvolvimento: costuma-se fraudar este permissivo de dispensa de licitação (art. 75, inc. XV, da nova Lei) de duas formas: i) inexistência de real interesse público no contrato. Ex.: contratação de instituto para realizar pesquisas de opinião sobre a popularidade de determinado agente público; ii) falta de qualificação técnica da instituição.

A redação do art. 89 da Lei 8.666/93 se restringia às condutas de dispensar ou inexigir licitação fora dos casos legalmente admitidos. O tipo do art. 337-E, no entanto, é mais abrangente ao tipificar as condutas de admitir, possibilitar e dar causa a contratação direta sem vínculo com as permissões legais.

O alcance dessas ações nucleares típicas permite que respondam como autores do crime indivíduos que antes seriam responsabilizados como partícipes. Com efeito, sob a vigência da norma anterior o procurador que emitisse um parecer com desvio de finalidade – para conferir aparência legal ao ato ilícito de dispensa ou inexigibilidade – respondia como partícipe da conduta empreendida pelo funcionário responsável pela contratação direta. Sob a vigência do art. 337-E, o procurador responde como coautor do crime porque, ao elaborar um parecer favorável à contratação direta sem respaldo no elenco permissivo dos arts. 74 e 75 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, está possibilitando a contratação fora das hipóteses previstas em lei.<sup>9</sup> Não há mais necessidade, portanto, de lhe imputar a conduta na forma de adequação típica indireta por meio do art. 29 do Código Penal.

Há no STJ ao menos um precedente que afasta a tipicidade da simples prorrogação do contrato já celebrado sob o fundamento da inexigibilidade. Segundo o tribunal, se não há nova declaração de inexigibilidade, mas tão somente a prorrogação que já estava prevista no contrato celebrado, não há crime:

“IV. Não tem procedência a acusação se a denúncia não aponta conduta que se encaixe na descrição típica do dispositivo imputado ao agente, ante a ausência de referência a qualquer ato de declaração de inexigibilidade da licitação por parte do denunciado, mas apenas de prorrogação contratual já prevista no acordo original e autorização da despesa oriunda de tal contrato. V. Hipótese em que o ato de renovação do contrato de prestação de serviços já estava previsto no contrato originário, ocasião em que a licitação fora considerada inexigível. Ato de renovação no qual não houve nova declaração de inexigibilidade da licitação, mas tão-somente a prorrogação do contrato primeiro, conforme constante no ajuste inicial. No ato de renovar o contrato

9. O STJ tem decidido que para a imputação do crime ao autor do parecer deve haver prova do desvio de finalidade: “Quanto à inviolabilidade do advogado, tem-se que a colaboração em crime de fraude a licitações pela emissão de pareceres exige fundada indicação de preorientada atuação com desvio de finalidade, para que não se persiga o procurador municipal pela atuação funcional – de conteúdo sempre livre (HC n. 85.724/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 18/6/2015)” (AgRg no AREsp 1.630.006/DF, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25/08/2020). Se não demonstrado o desvio de finalidade, portanto, não há crime. Caso haja, por exemplo, divergência doutrinária ou jurisprudencial sobre a matéria analisada, não se cogita a responsabilização do autor do parecer quando opta, de forma fundamentada, por um dos entendimentos aceitáveis, ainda que conduza a uma contratação inadequada, sob pena da adoção da responsabilidade objetiva e violação à independência do profissional.

não se inclui o ato de inexigir a licitação, já anteriormente declarada por outros servidores”.<sup>10</sup>

Essa conclusão não é compartilhada por **Jessé Torres Pereira Junior**:

“(…). Em primeiro lugar porque parece induzir a conclusão de que o servidor público está dispensado, ao determinar a renovação do contrato em que tal cláusula dele já faça parte, de examinar a legalidade do ato, esquecida, talvez a Corte especial da regra de que à Administração Pública é sempre lícito desfazer seus próprios atos evitados de ilicitude. E, em segundo lugar, porque não se pode concordar com a posição esposada no julgado quanto a não se conter na conduta de determinar a renovação do pacto a de reafirmar a dispensa ou a inexigibilidade do torneio. Quando o servidor dispõe pela renovação da avença, nas condições observadas na hipótese que foi posta sob exame da Corte, indubiosamente reafirma a dispensa ou a inexigibilidade da licitação. E, se o faz, ‘fora das hipóteses previstas em lei’ ou passando por sobre ‘as formalidades pertinentes’, *data venia* do que decidiu a Corte Especial do STJ, viola o preceito imperativo do artigo 89”.<sup>11</sup>

#### 1.4. Voluntariedade

O crime é doloso, constituído pela vontade consciente de admitir, possibilitar ou dar causa a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora dos permissivos legais.

O STJ firmou a orientação de que a punição por dispensar ou inexigir licitação pressupõe tanto a finalidade específica de causar prejuízo ao erário quanto a provocação efetiva do prejuízo:

“1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. 2. Hipótese em que o paciente, prefeito do município, foi condenado como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, por ter, juntamente com os membros da comissão de licitação, fracionado o serviço de transporte escolar em vários roteiros para, considerando o valor isolado de cada uma das linhas, dispensar o processo licitatório, em desacordo com o que deter-

10. APn 423/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/11/2007.

11. Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar. 8ª. ed., 2009. p. 901.

mina o art. 23, §§ 2º e 5º e art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993. 3. Observa-se, contudo, a existência de condenação baseada no dolo genérico (dispensa ou inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses legais, com o objetivo de direcionamento da contratação), o que, segundo a jurisprudência desta Corte, não é suficiente para sustentar o decreto condenatório. 4. A sentença não fez qualquer referência à existência de deliberada intenção de causar prejuízos à Administração Pública ou à efetiva ocorrência do dano. Ao contrário, o magistrado de primeiro grau reconhece que os serviços foram prestados e, ao afastar a conduta prevista no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, afirma, categoricamente, inexistir nos autos provas suficientes para comprovar o dolo do denunciado de efetuar pagamentos aos contratados superiores aos ajustados, sem qualquer justificativa para tanto. 5. Ordem concedida para absolver o paciente Cesar Augusto de Freitas, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação da prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, com extensão dos efeitos aos corréus Ronildo Vieira Maciel, Tereza Maria Lopes de Brito e Amarildo Bezerra Leite (art. 580 do CPP). Pedido de reconsideração da decisão que apreciou o pleito liminar prejudicado. Comunique-se, com urgência, ao Juízo da 37ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caruaru/PE e à Primeira Turma do Tribunal de Justiça de Pernambuco”.<sup>12</sup>

Parece-nos inadequada a atribuição de finalidade específica diante da ausência de elementos característicos no tipo penal, que não contém expressões como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, como há, por exemplo, no art. 337-F. Para o legislador, os motivos que levaram o agente a promover a contratação direta fora das hipóteses previstas em lei não interferem na tipicidade, embora possam ser reconhecidos na fixação da pena-base (art. 59 do CP). O dolo está na dispensa ou na inexigibilidade que não se adéqua às permissões legais, tendo o agente consciência dessa circunstância. Ademais:

“Mesmo nos casos em que o administrador não pretenda prejudicar o erário ou beneficiar favorito seu, mas se nega a cumprir a legislação por capricho, conveniência, comodidade pessoal ou até aversão pela burocracia, optando por contratar seus serviços e fornecedores diretamente, sem prévia licitação, a atuação persiste manifestamente reprovável, pois, consciente de que está descumprindo a lei, prefere administrar a coisa pública como se sua fosse,

12. HC 588.359/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08/09/2020.

elegendo seus contratados sem qualquer critério objetivo e sem a mínima formalidade para a dispensa/inexigibilidade de licitação”.<sup>13</sup>

Não se admite a forma culposa. Logo, o desleixo do funcionário em relação ao cumprimento das regras para a contratação direta deve ser punido apenas na esfera administrativa.

### 1.5. Consumação e tentativa

O momento consumativo do crime consistente em dispensar ou inexigir licitação sempre foi controverso. Embora as condutas típicas atuais não sejam as mesmas – pois consistem em admitir, possibilitar ou dar causa a contratação direta ilegal –, acreditamos que a controvérsia permanece, porque o debate que consiste em saber o exato momento em que os atos de dispensar ou inexigir têm relevância jurídico-penal não perde o sentido com a alteração do tipo.

Sob a vigência do art. 89 da Lei 8.666/93 havia quem sustentasse a consumação no momento em que formalizado o ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente da celebração do contrato administrativo e da ocorrência de prejuízo ao erário.

**Cezar Roberto Bitencourt** sempre defendeu que o crime se consuma apenas na celebração do contrato. Antes disso, não há qualquer ofensa a princípios administrativos, pois o administrador público pode a qualquer momento retificar os atos que levariam à contratação direta ilegal, seja para impedi-la, seja para adequá-la aos fundamentos legais:

“As hipóteses – dispensar ou inexigir ilegalmente licitação – somente se consumam com a efetiva celebração do contrato licitatório, mesmo antes de efetivada sua execução.

Com efeito, a dispensa ou não exigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em si mesma, não diz nada, não significa nada, nem no mundo jurídico nem no mundo fático. É um nada enquanto valor ético-jurídico, como também enquanto norma proibitiva ou imperativa de conduta penal, não passando de mera abstração, enquanto não houver contratação pública de algo (de obra, serviço ou aquisição de material). Antes desse momento fica inclusive praticamente impossível comprovar a existência ou não de vontade consciente (dolo) de descumprir o comando legal; é possível, inclu-

13. MENDES JÚNIOR, José Francisco Seabra. Desnecessidade de efetivo prejuízo ao erário e dolo específico para configuração do crime do art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93. 2014. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/seabralicit.pdf>>. Acesso em: 12/12/2020.

sive, cancelar os trâmites administrativos, que fazem parte de uma atividade complexa (criação, redação, revisão, aprovação, assinatura, publicação etc.), sem que tais atos tenham invadido a seara da proibição penal; aliás, nem no plano administrativo gera efeito algum, não se podendo, nessa fase, sequer falar em infração administrativa. Aliás, enquanto não houver infração administrativa é impossível admitir-se a configuração de infração penal, pois esta pressupõe aquela: a ausência de ilicitude administrativa, por sua vez, impede a caracterização de ilicitude penal (lembrar da figura dos dois círculos concêntricos). Com efeito, a dispensa ou inexigência somente se materializa com o ato de contratar, instante em que se poderá ter por consumado o crime nessas duas modalidades de condutas, independentemente da execução do contrato.

[...]

Nessa linha, é inconcebível pretender sustentar que o crime consuma-se – nas modalidades de dispensa ou inexigência de licitação – com a simples edição de um ato administrativo dispensando a realização do procedimento licitatório, como pretendem alguns doutrinadores. Qual seria a lesão, dano ou ofensa ao bem jurídico tutelado se a Administração Pública não prosseguir com a efetivação da contratação, seja por constatar que se equivocou sobre a exigência legal, seja por receber orientação de sua assessoria especializada, isto é, simplesmente, por desinteressar-se espontaneamente pela opção que fizera? A resposta inevitavelmente será que não houve nenhum prejuízo, dano ou ofensa ao interesse ou patrimônio público protegido! Não há e nem pode haver nenhuma sanção nem mesmo no âmbito administrativo<sup>14</sup>.

E, como já mencionamos anteriormente, o STJ exige ainda mais: o efetivo prejuízo ao erário em decorrência da contratação direta indevida.

A modificação das condutas típicas, insistimos, não contribuiu para arrefecer o debate. Para os que defendem a inexigência de formalização contratual, o agente público que inicia o processo de contratação (dá causa a ele, portanto) sem cumprir, por exemplo, a exposição das razões de escolha do contratado ou a justificativa de preço (art. 72, inc. VI e VII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) comete o crime mesmo que o contrato não chegue a ser firmado. Dá-se o mesmo em relação a quem admite a contratação (autorizando-a) ou a possibilita (elaborando um parecer jurídico ou técnico, por exemplo). Já para os que elevam o contrato a um pressuposto para que se perfaça o crime, as condutas mencionadas, passíveis de reparo, devem ser tratadas como um indiferente penal até que a avença seja formalizada.

14. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-176.



Também não vislumbramos razão para que o STJ modique sua orientação, desenhada justamente para evitar punições por atos que, embora irregulares na esfera administrativa, não são considerados graves o suficiente para justificar a intervenção da lei penal.

Embora, em tese, as condutas sejam passíveis de fracionamento, parece-nos improvável a caracterização da tentativa. É difícil imaginar como ato executório do crime a situação em que alguém tenta admitir, possibilitar ou dar causa a uma contratação direta ilegal. Normalmente, a dispensa e a inexigibilidade são antecedidas de uma série de atos preparatórios, que, por si, não costumam ter relevância penal.

## 1.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 2. Frustração do caráter competitivo de licitação

### 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) a 8 (oito) anos, e multa.

### 2.1. Considerações iniciais

Tutelam-se os interesses da Administração Pública no processo licitatório, especialmente o caráter competitivo que o deve caracterizar para que se garanta a contratação mais vantajosa para o poder público.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 90:

Art. 90 da Lei 8.666/93	Art. 337-F do CP
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.	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) a 8 (oito) anos, e multa.

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A pena cominada ao delito não admite os benefícios da Lei 9.099/95, tampouco o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

## 2.2. Sujeitos do crime

O crime é comum, pois o caráter competitivo da licitação pode ser frustrado tanto pelo servidor público que integra o processo como pelo particular interessado de alguma forma no deslinde do certame.

O sujeito passivo do crime é o Estado, frustrado na intenção de garantir a lisura e a maior vantagem possível em seus contratos. Também podem sofrer as consequências da infração penal os demais participantes do processo licitatório alheios à fraude.

## 2.3. Conduta

São punidas as condutas de frustrar (provocar a falha, prejudicar, impedir) ou fraudar (burlar, manipular) o caráter competitivo do processo licitatório, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.<sup>15</sup>

O tipo é misto alternativo. Se, no mesmo contexto fático, o agente pratica um ato para prejudicar o certame e outro para fraudá-lo (retirando uma das propostas e ardilosamente direcionando a licitação, por exemplo), responde por apenas um crime.

Os atos voltados à frustração do caráter competitivo da licitação são os mais variados: a) prática de preços superiores à média do mercado; b) direcionamento da licitação por meio de exigências técnicas desnecessárias para a contratação de um serviço ou para a aquisição de um bem; c) rodízio entre competidores, que podem combinar entre si o valor das propostas ou a retirada de algumas delas em momento crucial do certame; d) participação de várias empresas ligadas ao mesmo grupo ou pertencentes a pessoas com alguma ligação entre si; e) participação de pessoas jurídicas constituídas apenas formalmente, sem instalações físicas.

O tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93 continha a expressão “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, inexistente no art. 337-F. A ausência desse elemento normativo não tem nenhuma relevância para a incidência do tipo penal, porque, a rigor, tratava-se de uma redundância absolu-

---

15. A adjudicação pode ser definida como o ato por meio do qual, uma vez encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, a autoridade superior atribui ao vencedor o objeto da licitação e a homologa.

tamente dispensável. De fato, afirmar que a frustração e a fraude devem se dar mediante ajuste, combinação ou *qualquer outro expediente* é afirmar o óbvio: que o crime é de ação livre, e todas as condutas cometidas com o propósito de afastar da licitação o seu caráter competitivo são abrangidas pelo tipo penal. A redação legal era criticada por **Guilherme de Souza Nucci**, para quem se dispensa até mesmo a referência expressa à fraude:

“O tipo prevê que a frustração ou fraude se dê por ajuste (pacto), combinação (acordo) ou qualquer outro expediente (instrumento para alcançar determinado fim). Entretanto, não vemos sentido prático para tanto. O importante é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre participantes da licitação por qualquer mecanismo, pouco importando ter havido ajuste ou combinação (aliás, termos sinônimos). Como ocorre em muitos casos, o legislador socorre-se de redações típicas pleonásticas para evitar a impunidade de determinados delinquentes, imaginando que o Judiciário poderia não visualizar a adequação ao tipo incriminador de certas condutas danosas ao bem jurídico tutelado. Porém, gera maiores problemas, afetando a taxatividade, na medida em que incentiva a dúvida, produz inúteis complexidades linguísticas e termina por abalar a segurança jurídica que os tipos penais incriminadores deveriam, sempre, proporcionar. Se mencionasse, apenas, por exemplo, “frustrar, por qualquer expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório” teria atingido o seu propósito. Aliás, se a frustração se dá por meio fraudulento (ilusório, enganoso) ou por qualquer outro mecanismo, parece-nos irrelevante. Logo, a conduta *fraudar* é, também, um excesso”.<sup>16</sup>

## 2.4. Voluntariedade

O crime deve ser cometido a título de dolo, consistente na vontade consciente de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório.

Há também um elemento subjetivo específico, pois a conduta deve ter o propósito de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Não se admite a modalidade culposa.

---

16. Leis penais e processuais penais comentadas. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, vol. 1, p. 644.

## 2.5. Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a prática de qualquer ato voltado à frustração ou à fraude do caráter competitivo de uma licitação.

Não se exige a efetiva obtenção da vantagem decorrente da adjudicação, nem tampouco que se demonstre o prejuízo ao erário. É a orientação do STJ a respeito da conduta antes tipificada no art. 90 da Lei 8.666/93:

“Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, o art. 90 desta lei não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. De fato, a ideia de vinculação de prejuízo à Administração Pública é irrelevante, na medida em que o crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública. (REsp n. 1.484.415/DF, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/2/2016), não havendo falar em necessidade de comprovação de prejuízo à Administração ou mesmo em obtenção de lucro pelos agentes”<sup>17</sup>

A tentativa é possível nas situações em que, não obstante empregados os meios para prejudicar a competição, o agente não alcança o propósito por circunstâncias alheias à sua vontade.

## 2.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 3. Patrocínio de contratação indevida

### Patrocínio de 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.

17. AgRg no REsp 1.824.310/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09/06/2020. O entendimento agora está sumulado na Corte (Súmula 645, editada sob a vigência da lei anterior).

### 3.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a moralidade administrativa, impedindo que funcionários públicos patrocinem, valendo-se do cargo, interesse privado em detrimento da Administração Pública e, com isso, provoquem a instauração de processos licitatórios ou a celebração de contratos espúrios.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 91:

Art. 91 da Lei 8.666/93	Art. 337-G do CP
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.	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.

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A pena cominada ao delito admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), bem como o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

### 3.2. Sujeitos do crime

O crime é próprio, pois pode ser cometido somente pelo servidor público (art. 327 do CP), não necessariamente vinculado ao órgão responsável por processos licitatórios.

É possível a participação de particular, desde que conhecedor das qualidades do autor (art. 30 do CP).

Mesmo os servidores públicos autorizados a exercer a advocacia podem ser autores do crime, pois são proibidos de patrocinar interesses privados perante o órgão que os remunera ou com o qual estão vinculados (art. 30, inc. I, da Lei 8.906/94).

Sujeito passivo é o Estado.

### 3.3. Conduta

A conduta típica é patrocinar (amparar, favorecer), direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação venha a ser decretada pelo Poder Judiciário.

Patrocinar corresponde a defender, pleitear, advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular. O ato criminoso pressupõe mais do que um mero encaminhamento ou protocolo de papéis; é imprescindível que se verifique o efetivo patrocínio de uma causa, complexa ou não, perante a Administração Pública. Mas, ao contrário da advocacia administrativa (art. 321 do CP), o art. 337-G não exige que o agente se beneficie da qualidade de funcionário público para praticar o crime.

Especial em relação ao art. 321, o tipo penal do patrocínio de contratação indevida contém elementos distintivos marcantes. Em primeiro lugar, é pressuposto que o ato do servidor público resulte na instauração de licitação ou na celebração de contrato decorrente do processo instaurado. Além disso, o crime somente se perfaz se o Poder Judiciário invalidar a licitação ou o contrato.

Há controvérsia a respeito da natureza da decisão que invalida a licitação ou o contrato celebrado.

A decisão é comumente tratada como condição objetiva de punibilidade, pois é um ato externo – que independe do agente – pressuposto para a punição:

“A invalidação, por óbvio, depende de terceiro, fora da alçada do agente e, justamente por tal razão, é uma condição objetiva de punibilidade. O mesmo se dá, por comparação, no contexto dos crimes falimentares, em que a sentença, decretando a falência, é condição para a punição do agente, embora não dependa deste, mas de terceira parte, no caso, o Judiciário”.<sup>18</sup>

Mas há doutrinadores que criticam essa atribuição, porque a necessidade de invalidação do processo licitatório ou do contrato, ao contrário do que acontece na falência, é um elemento inerente ao próprio tipo penal e, portanto, a existência de sentença decretando a invalidação diz respeito diretamente à tipicidade. Nesse sentido, **Bitencourt**:

“A interpretação de que se trata de condição objetiva de punibilidade, *venia concessa*, não se sustenta, pois ignora fundamentos básicos da teoria geral do delito, especialmente a estrutura do tipo penal e seus elementos constitutivos, os quais devem ser completamente abrangidos pelo dolo do agente. Com efeito, as *condições objetivas de punibilidade* são alheias à estrutura do crime, isto é, não o integram e, por conseguinte, não são objetos do dolo ou da culpa. *Elementares constitutivas da descrição típica* – como a que estamos examinando – não são *condições objetivas de*

18. Nucci, Guilherme de Souza. Ob. cit. p. 647.

*punibilidade*, e tampouco podem ser como tais consideradas, pois, como elementares típicas, devem ser, necessariamente, abrangidas pelo dolo ou pela culpa, sob pena de autêntica responsabilidade penal objetiva. As *condições objetivas de punibilidade*, por sua vez, são exteriores à ação, isto é, não integram a descrição da conduta típica, mas delas depende a punibilidade do crime, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência). Aliás, exemplo disso é exatamente a *sentença declaratória da falência*, que é absolutamente diferente da elementar que ora se examina, pois é exterior à descrição do tipo penal, localizando-se, em apartado, no art. 180 da Lei de Falências”.<sup>19</sup>

### 3.4. Voluntariedade

A conduta é punida somente a título de dolo, que consiste na vontade consciente de patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública.

A doutrina diverge a respeito da existência de elemento subjetivo específico.

Há quem sustente que dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato é a finalidade especial que deve mover o agente público.<sup>20</sup> Mas há, por outro lado, quem rejeite a existência do fim especial, tratando a instauração da licitação ou a celebração do contrato como um elemento objetivo do tipo penal. Fosse de fato uma finalidade especial, sua concretização seria dispensável.<sup>21</sup>

Não se pune a modalidade culposa.

### 3.5. Consumação e tentativa

A consumação do crime está vinculada à instauração do procedimento licitatório ou à celebração do contrato e sua posterior invalidação pelo Poder Judiciário.

Segundo a orientação dominante, considerando que a consumação é condicionada à ocorrência das circunstâncias descritas no parágrafo anterior, não se admite a tentativa.

### 3.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

19. Ob. cit. p. 221-222.

20. Nucci, Guilherme de Souza. Ob. cit. p. 647.

21. Bitencourt, Cezar Roberto. Ob. cit. p. 224-225.

## 4. Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

### 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.

### 4.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a moralidade administrativa, a boa-fé, a lisura do contrato administrativo e o princípio da igualdade entre os credores da Administração Pública. Secundariamente, é também tutelado o patrimônio público.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 92:

Art. 92 da Lei 8.666/93	Art. 337-H do CP
<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:</p> <p>Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A pena cominada ao delito não admite os benefícios da Lei 9.099/95, tampouco o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

### 4.2. Sujeitos do crime

Trata-se de crime próprio, pois sujeito ativo é apenas o servidor público (art. 327 do CP) competente para de alguma forma provocar modificações,



vantagens ou prorrogação contratual sem autorização legal. Da mesma forma, somente o servidor competente para ordenar o pagamento das faturas emitidas pelo órgão contratante pode fazê-lo com preterição da ordem cronológica de exigibilidade.

O revogado art. 92 da Lei 8.666/93 continha um parágrafo único para punir o contratado que houvesse concorrido para a ilegalidade, beneficiando-se das modificações ou da prorrogação contratual. O atual tipo penal não repete essa disposição, que, de fato, é dispensável, pois o contratado que toma parte na conduta ilegal do servidor público, beneficiando-se dela, deve responder na forma do art. 29 do Código Penal.

Sujeito passivo é o Estado. No caso da infração tipificada na segunda parte do dispositivo (pagamento com violação da ordem cronológica), os credores preteridos também são sujeitos passivos.

### 4.3. Conduta

Na primeira parte do art. 337-H pune-se quem admite (reconhece, aceita), possibilita (torna possível, proporciona) ou dá causa (origina, provoca, motiva), ilegalmente, à modificação ou à prorrogação do contrato, ou a alguma vantagem ao contratado. Nesse ponto, o tipo é misto alternativo, razão por que a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto fático caracteriza apenas um crime.

Após a adjudicação, a regra é a de que o contrato celebrado pela Administração Pública seja cumprido tal como negociado (art. 115 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Qualquer alteração contratual é medida excepcional que deve ser justificada em alguma das situações previstas em lei. O art. 107 da nova Lei trata de circunstância que autoriza a prorrogação, ao passo que o art. 124 elenca situações que permitem a alteração, assim como o artigo 81 da Lei 13.303/16, que disciplina casos específicos referentes às licitações promovidas por empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Observe-se que este crime pode ser cometido mediante modificação ou prorrogação contratual sem autorização não apenas em lei, mas também no edital da licitação ou no instrumento contratual. Isso significa que, além das hipóteses legais acima mencionadas, são admitidas modificações e prorrogações especificadas no edital ou no próprio contrato para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, isto é, desde que sejam previstas como meio de assegurar a equação financeira inicial do ajuste, estabelecida a partir da

proposta vencedora na licitação, a qual deve ser preservada durante toda a vigência do contrato.

Ainda a respeito da origem da fundamentação para que o contrato seja modificado ou prorrogado, lembra **Bitencourt**:

“A rigor, como procuraremos demonstrar, não havendo vedação legal, o ato convocatório da licitação e o contrato poderão prever sua modificação. Em outros termos, para eventual modificação ou alteração contratual deverão ser conjugados a lei, o ato convocatório e o contrato. Onde a lei proibir os outros dois instrumentos – ato convocatório e contrato – não poderão deliberar em sentido contrário, mas se qualquer destes vedar, é indiferente que, no caso, a lei permita. Dito de outra forma, qualquer destes dois – edital e contrato – só poderá prever modificação quando a lei não proíbe, mas poderão proibir quando a lei permite. E mais, o contrato só poderá prever a possibilidade de modificação contratual, quando a lei e o ato convocatório da licitação não fizerem restrição, ou seja, há uma espécie de subordinação hierárquica, na seguinte ordem: lei, edital e contrato. Sem vedação em lei e no edital, o contrato poderá prever modificações, nos limites permitidos pela legislação. Enfim, não havendo vedação legal, o ato convocatório e o contrato poderão dispor sobre a prorrogação contratual, nos limites previstos pelos arts. 65 e 57 da lei de regência; mas, ainda que a lei permita, o ato convocatório da licitação e o contrato poderão vedar a sua prorrogação.”<sup>22</sup>

Não se admite, obviamente, que na modificação seja inserido objeto novo no contrato anteriormente pactuado. Isso equivale a uma contratação sem licitação.

Embora se trate de crime de ação livre, a Lei 13.303/16, no artigo 31, § 1º, II, alíneas “a” a “d”, elenca alguns exemplos de condutas que o podem caracterizar, tais como modificações ou prorrogações de contratos (a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; (b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança; (c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; (d) por 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 empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

---

22. Ob. cit. p. 240.

Pensamos que a vantagem decorrente da conduta para favorecer o contratado consiste na mera modificação ou prorrogação ilegal do contrato, ainda que não se trate de algo, em si, indevido. Se, por exemplo, o agente público prorroga indevidamente um contrato de prestação de serviços pagando exatamente o mesmo valor original, a vantagem recebida pelo contratado não é indevida, mas ainda assim há o crime, pois a ilegalidade está no ato de prorrogação que não segue as diretrizes legais.

Mas há, por outro lado, quem considere imprescindível que o contratado se beneficie indevidamente da modificação ou da prorrogação, pois, do contrário, não se justifica a punição criminal. Nesse sentido, **Bitencourt**:

“Por fim, em que consistiria a “vantagem” que o legislador tratou como alternativa à “modificação”? Certamente não será a própria alteração ou modificação contratual em si! Por essa razão, não podemos concordar com a advertência de Greco Filho, para quem, “cabe observar que a lei, em seu contexto geral, considera vantagem ou benefício a simples contratação, ainda que não haja o chamado superfaturamento” Evidentemente, *venia concessa*, não é esse o sentido de vantagem vislumbrado pelo legislador, caso contrário, ainda que a modificação contratual redundasse em prejuízo para o contratado e vantagem para o erário público, ainda assim ele estaria incorrendo em crime”.<sup>23</sup>

A segunda parte do art. 337-H tipifica uma conduta sem relação direta com a anterior: pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade. Nesse caso, em relação às condutas já estudadas o tipo penal é misto cumulativo: se, beneficiando o mesmo contratado, o agente público altera um contrato e efetua o pagamento sem observar a ordem cronológica, comete dois crimes em concurso material.

O crime consiste em pagar (quitar, saldar) determinada fatura sem obediência à ordem cronológica estabelecida pelo art. 141 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que dispõe:

“No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos:

- I – fornecimento de bens;
- II – locações;

---

23. Ob. cit. p. 238.

III – prestação de serviços;

IV – realização de obras.

§ 1º A ordem cronológica referida no *caput* deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

I – grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;

II – pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III – pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV – pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V – pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional”.

A palavra “fatura” deve ser compreendida como o documento que expressa uma dívida e atesta um crédito com a Administração Pública. O legislador das licitações foi movido pela mesma ideia geral contida no art. 100 da Constituição Federal, que institui a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Parte-se do pressuposto de que, em respeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da transparência, o pagamento dos credores do Poder público deve ser feito em ordem (sequência) de exigibilidade. Obedecer a uma ordem cronológica de pagamento é prática que se insere na condução impessoal da Administração Pública, que deve se guiar sem preferências de ordem subjetiva.

Note-se que o § 1º do art. 141 da nova Lei elenca razões de interesse público e impõe a prévia justificativa da autoridade competente para que se excepcione a cronologia dos pagamentos. Dessa forma, se, em uma situação como a calamidade pública, o administrador decide, em detrimento da ordem cronológica, efetuar primeiro o pagamento ao prestador de serviços relativos à situação emergencial que deve ser contida, não há o crime.

#### 4.4. Voluntariedade

O elemento subjetivo reside no dolo, que consiste na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

O tipo penal não contém nenhuma referência a finalidade específica. Os motivos que levam o agente a admitir, possibilitar ou dar causa a modificação ou prorrogação ilegal do contrato são indiferentes para a tipicidade, pois o que a lei pretende punir é a inobservância das regras que determinam as possibilidades de alteração ou prorrogação. No entanto, em julgamentos relativos ao art. 92 da Lei 8.666/93 (que também não exigia fim especial de agir), o STJ firmou a orientação de que o agente público deve ser movido pelo propósito de causar prejuízo ao erário:

“1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, para a configuração do delito tipificado no art. 92 da Lei n. 8.666/1993, deve-se demonstrar, ao menos em tese, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública (AgRg no AREsp n. 1.265.657/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 20/5/2019). Precedentes”.<sup>24</sup>

Do mesmo modo, os motivos que levam o administrador a pagar a fatura com preterição da ordem cronológica são indiferentes para aferição do dolo em sua conduta.

Não se pune a forma culposa.

#### 4.5. Consumação e tentativa

O momento consumativo pode variar conforme a orientação seguida a respeito da vantagem resultante da modificação ou da prorrogação contratual. Se considerarmos o simples ato de modificar ou de prorrogar o contrato sem fundamentação legal, o crime se consuma com a prática da conduta típica, independentemente das consequências que possam advir. Mas, se adotada a tese de que deve haver efetiva vantagem indevida ao contratado – e o consequente prejuízo ao erário –, o crime se consuma apenas com o resultado material.

O crime tipificado na segunda parte do dispositivo se consuma com o pagamento que não respeita a ordem cronológica das faturas.

Em tese, as condutas são passíveis de fracionamento, mas, como destacamos nos comentários ao art. 337-E (cujas ações nucleares são idênticas), parece-

24. AgRg no REsp 1.883.931/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/09/2020.

-nos improvável a caracterização da tentativa em relação à primeira parte do dispositivo, pois é difícil imaginar como ato executório do crime a situação em que alguém tenta admitir, possibilitar ou dar causa a uma modificação ou a uma prorrogação contratual ilegal. No geral, essas condutas são antecedidas de uma série de atos preparatórios, que, por si, não costumam ter relevância penal.

Já na conduta de pagar fatura com preterição da ordem cronológica a tentativa nos parece plenamente viável na situação em que, formalmente autorizado, o pagamento não se efetua por circunstâncias alheias à vontade do agente público.

#### 4.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

### 5. Perturbação de processo licitatório

#### 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.

#### 5.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a moralidade administrativa, a boa-fé e a lisura da licitação, que tem suas finalidades afetadas por atos tendentes a desordenar o andamento do processo.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 93:

Art. 93 da Lei 8.666/93 <sup>25</sup>	Art. 337-I do CP
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.	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.

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A pena cominada ao delito admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), bem como o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

25. O art. 93 havia revogado tacitamente conduta semelhante tipificada no art. 335 do CP.

## 5.2. Sujeitos do crime

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa – inclusive o servidor público –, independentemente de interesse ou de participação no processo licitatório.

Sujeito passivo primário é o Estado. Secundariamente, o crime vitima o licitante prejudicado pelo ato impertinente ou fraudulento.

## 5.3. Conduta

Pratica o crime quem impedir (obstruir), perturbar (embaraçar) ou fraudar (empregar meio enganoso) a realização de qualquer ato inerente ao procedimento licitatório.

Punem-se, em geral, ações que prejudicam as etapas componentes do procedimento licitatório, que, segundo o art. 17 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, são as seguintes:

- I – preparatória;
- II – de divulgação do edital de licitação;
- III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV – de julgamento;
- V – de habilitação;
- VI – recursal;
- VII – de homologação.

É no espaço entre a fase preparatória e a homologação do objeto licitado que o crime em estudo pode ser cometido. São abrangidos todos os atos parcelares do procedimento, desde os iniciais internos – como a estimativa de preços – e externos – como a abertura do edital –, até os atos finais – como o julgamento e a adjudicação.

Na vigência do art. 93 da Lei 8.666/93, ensinava **Diógenes Gasparini**:

“Os atos anteriores, a exemplo da aprovação da minuta e do edital pela assessoria jurídica, e os posteriores, a exemplo da publicação do resumo do contrato, não integram o procedimento licitatório propriamente dito. Assim, ainda que alguém possa impedir, perturbar e fraudar a realização desses atos, tais comportamentos não podem configurar o crime previsto na hipótese sob comentário.”<sup>26</sup>

26. GASPARINI, Diógenes. Crimes na licitação. 2ª ed., São Paulo: NDJ, 2001. p. 124.

É o que tem decidido o STJ:

“De fato, o delito previsto no art. 93 da Lei Federal n. 8.666/93 somente se configura se as condutas nele previstas forem praticadas no curso do procedimento licitatório, hipótese não ocorrida nos autos. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ART. 93 DA LEI DE LICITAÇÕES. CONDUTAS PRATICADAS APÓS O TÉRMINO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO TIPO. POSSÍVEL PRÁTICA DE FALSIDADE DOCUMENTAL (CP, ART. 297). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. O delito tipificado no art. 93 da Lei nº 8.666/93 somente se tipifica se as condutas nele previstas forem praticadas no curso do procedimento licitatório. Falsidades de documentos públicos perpetradas posteriormente à contratação administrativa preenchem, na ausência de outros elementos específicos, o tipo penal do artigo 297 do Código Penal. (...) 5. Habeas corpus não conhecido (HC 348.414/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 19/4/2016 – Grifo Nosso). *In casu*, a falsidade documental se deu antes do procedimento licitatório, o que inviabiliza a desclassificação da conduta”<sup>27</sup>

Mas a doutrina que retira da tutela penal a elaboração de editais e minutas contratuais deve ser atualizada, pois o art. 18 da nova Lei, que disciplina a fase preparatória do processo licitatório, inclui expressamente entre seus atos a elaboração do edital de licitação (inc. V) e de minuta de contrato (quando necessária), que constará obrigatoriamente como anexo do edital (inc. VI).

As impugnações administrativas e judiciais não caracterizam, por si, atos atentatórios ao procedimento de licitação, pois são mecanismos estruturados pelo próprio ordenamento jurídico para garantir interesses legítimos, cuja preservação é necessária para o atendimento das finalidades do próprio certame. Há, de certa forma, um elemento normativo implícito consistente na inexistência de justa causa para que alguém busque entrar o procedimento licitatório.

É possível, contudo, a utilização espúria de mecanismos legais para impedir ou perturbar o processo de licitação, a exemplo do que pode ocorrer em qualquer ação judicial na prática de litigância de má-fé. Suponhamos um mandado de segurança impetrado para suspender um processo de licitação em pleno andamento. Na sentença, o juiz aponta a manifesta impropriedade

27. AgRg no AREsp 1.675.120/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15/09/2020.



da pretensão, levada a juízo com o claro intuito de prejudicar a marcha do certame. Nesse caso, há crime?

Segundo **Bitencourt**, o ajuizamento de ações judiciais é uma garantia inafastável, que não pode ser inibida mesmo que se tenha consciência da impropriedade ou do não cabimento do pedido. O autor indaga o que se pode considerar, afinal, excesso em uma demanda judicial: a absoluta impropriedade, a afirmação de que se trata de medida meramente protelatória, a pecha de litigância de má-fé? E conclui:

“Admitindo-se, no entanto, como provada qualquer dessas circunstâncias, *ad argumentandum tantum*, encontram resposta e sanções no próprio sistema processual, e aí mesmo se esgotam, como é o caso da litigância de má-fé, que o diploma processual civil prevê punição correspondente. Por outro lado, eventual infração ético-disciplinar do advogado encontrará solução no Código de Ética da OAB, que será o juiz natural para apurar eventual infração dessa natureza. Enfim, esses aspectos, além de não caracterizarem excesso do exercício regular de um direito (no máximo, sua inadequação ou impropriedade), tampouco caracterizam a ação tipificada no art. 93 – impedir, perturbar ou fraudar – qualquer ato do procedimento licitatório, com a conotação que o tipo penal lhe atribui, qual seja, indevidamente, injustamente ou sem justa causa. O meio escolhido, por outro lado – demanda judicial –, é adequado, legítimo e autorizado. Aliás, não raro se constata verdadeira guerra de liminares, especialmente nos certames licitatórios, frequentemente demandadas pelo próprio Ministério Público, por Autarquias ou Empresas Públicas, bem como por particulares. A realidade nos tem demonstrado que muitas e muitas dessas liminares postuladas, e por vezes concedidas, são indevidas, impropriedades e, inclusive, algumas, escancaradamente incabíveis. A despeito de retardarem, justa ou injustamente, o resultado final do certame, não tem sido criminalizada a conduta desses demandantes, exatamente porque o Poder Judiciário é a sede adequada para se discutir essas questões conflituosas, inclusive quanto às contendas relativas a qualquer ato do procedimento licitatório. Postular em juízo o que se tem direito ou se julga ter é um direito de todos, ainda que impropriedade. As demandas temerárias encontram resposta no mesmo instrumento utilizado, não devendo repercutir em outras áreas, alheias à própria demanda”<sup>28</sup>

Trata-se de crime eminentemente subsidiário, afastado sempre que o ato praticado para prejudicar o desenvolvimento da licitação se subsume a outro tipo penal mais específico, como os dos artigos 337-J e 337-K do CP. Além

28. Ob. cit. p. 270-271.

disso, se a fraude consiste na concessão de vantagem ao contratado após a conclusão da licitação, pode ocorrer o crime do art. 337-H.

#### 5.4. Voluntariedade

O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de praticar um dos núcleos típicos.

Não se exige nenhuma finalidade específica, nem se pune a modalidade culposa.

#### 5.5. Consumação e tentativa

Na conduta de impedir, é necessário que o ato do procedimento licitatório efetivamente deixe de ser praticado para que o crime se consuma. No emprego de fraude, a consumação só ocorre se o ato for praticado em decorrência da ação ardilosa.

Já no que concerne à perturbação, é dispensável que o ato do procedimento deixe de ocorrer. Se, de alguma forma o agente importuna, desordena ou dificulta um ato do processo licitatório que, não obstante, é praticado, ainda assim se consuma o crime.

Em tese, as três condutas são fracionáveis, mas, na prática, a tentativa nos parece viável apenas nas modalidades de impedir e fraudar. É, com efeito, improvável que alguém pratique um ato executório de perturbação sem que o crime se consuma imediatamente.

#### 5.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

### 6. Violação de sigilo em licitação

#### 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.

#### 6.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela mais uma vez a lisura da licitação, agora no que concerne a um de seus aspectos mais importantes: o sigilo das propostas quando

aplicável o modo de disputa fechado (art. 56, inc. II, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). A quebra precoce do sigilo prejudica o caráter competitivo do certame.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 94:<sup>29</sup>

Art. 94 da Lei 8.666/93281	Art. 337-J do CP
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.	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.

A pena cominada ao delito impede os benefícios da Lei 9.099/95, mas admite o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

## 6.2. Sujeitos do crime

Tratando-se de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa que de alguma forma tenha acesso à proposta sigilosa. O mais comum é que o sujeito ativo seja o servidor público responsável pelo processo licitatório, mas nada impede que terceiro alheio à Administração Pública consiga obter a proposta e devasse seu sigilo.

O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, são vítimas os licitantes eventualmente prejudicados pelo ato.

## 6.3. Conduta

São punidas as condutas de devassar (invadir, violar) o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar (promover, facilitar, tornar possível) a terceiro a oportunidade de devassá-lo.

No primeiro caso (devassar), o próprio agente viola o conteúdo da proposta apresentada para tomar conhecimento de seus termos, ao passo que, no segundo (proporcionar a oportunidade a terceiro), o agente atua para que outra pessoa consiga praticar a violação.

As condutas típicas recaem no sigilo da proposta apresentada em procedimento licitatório. Qualquer ato que implique o conhecimento da proposta

29. O art. 94 da Lei 8.666/93 havia revogado tacitamente o art. 326 do CP, que punia condutas semelhantes. A pena de 2 a 3 anos merece críticas, aproximando-se do sistema de penas fixas, que inviabiliza a concretização do princípio da individualização da pena. Uma baliza maior entre a pena mínima e máxima dialoga melhor com o referido princípio.

sigilosa antes do momento oportuno – normalmente, a fase de abertura –, caracteriza o crime, desde que o documento já esteja sob guarda e responsabilidade da Administração Pública. Ainda que a violação atinja apenas uma das diversas propostas apresentadas, há o crime.

Referindo-se ao revogado art. 326 do Código Penal – aplicável ao caso –, já ensinava **Nélson Hungria**:

“É bem de ver que o devassamento terá de ser praticado em tempo útil, isto é, antes de expirado o prazo do edital ou antes do momento seletivo, de modo a permitir ou possibilitar a insídia de substituições ou alterações, ou quebra de normalidade da concorrência.”<sup>30</sup>

Segundo **Bitencourt**, é possível devassar o sigilo das mais variadas formas, ainda que não se viole fisicamente o envelope ou invólucro que contém a proposta. E, no caso de violação física, o crime se caracteriza inclusive se o agente não chega a tomar conhecimento do conteúdo, bastando que vulnere o recipiente.<sup>31</sup>

Concordamos parcialmente. De fato, a devassa do sigilo não pressupõe a violação física de nenhum recipiente. Se, por qualquer meio, alguém é capaz de identificar o conteúdo da proposta, perfaz-se o crime ainda que tudo permaneça intacto. Mas, a nosso ver, caso haja a violação material, a devassa não pode consistir apenas nisso, ou seja, é necessário que o agente tome conhecimento do conteúdo, pois, do contrário, não há efetiva ofensa ao bem jurídico, que não é a inviolabilidade do recipiente, senão do conteúdo da proposta apresentada.

#### 6.4. Voluntariedade

O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade consciente de praticar uma das condutas nucleares típicas.

Não há finalidade específica, nem se pune a modalidade culposa.

#### 6.5. Consumação e tentativa

Quanto à primeira parte, o crime se consuma com a efetiva devassa do sigilo, independentemente de qualquer prejuízo à Administração Pública e da divulgação do conteúdo a terceiros, algo que se considera um simples exaurimento do delito. O crime, aqui, é material.

30. Ob. cit., v. 9, p. 396.

31. Ob. cit. p. 282.

A segunda modalidade se consuma com o ato de proporcionar a terceiro a oportunidade para a violação do sigilo, ainda que isso não ocorra. Trata-se, portanto, de crime formal.

A tentativa é admissível nas situações em que alguém atua para tomar conhecimento do conteúdo da proposta sigilosa ou tenta possibilitar que terceiro o faça, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, não tem êxito.

## 6.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 7. Afastamento de licitante

### 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.

### 7.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela novamente a regularidade do processo licitatório, especificamente em seu caráter competitivo, afetado pelo afastamento irregular de licitantes.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 95:<sup>32</sup>

Art. 95 da Lei 8.666/93	Art. 337-K do CP
<p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.</p>	<p>Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.</p>

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

32. O art. 95 havia revogado tacitamente conduta semelhante tipificada no art. 335 do CP.

A pena cominada ao delito impede os benefícios da Lei 9.099/95, mas admite o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), salvo se praticado mediante violência ou grave ameaça.

## 7.2. Sujeitos do crime

O crime é comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, ainda que não tenha interesse direto no processo licitatório. Também pode cometer o crime o servidor público (art. 327 do CP).

O sujeito passivo primário é o Estado. Secundariamente, pode ser vítima o licitante afastado por meio de violência, grave ameaça ou fraude.

## 7.3. Conduta

São tipificadas as condutas de afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência (efetivo emprego de força física contra pessoa), grave ameaça (promessa de mal injusto),<sup>33</sup> fraude (emprego de ardil) ou oferecimento de vantagem (de qualquer natureza).

Ainda na vigência do art. 95 da Lei 8.666/93, o tipo era criticado por **Guilherme de Souza Nucci**, para quem não se justificava sua existência:

“Não cremos correta a redação. Mescla-se, indevidamente, situações incompatíveis, algumas já previstas em outros tipos penais incriminadores. Afastar o licitante com emprego de fraude, segundo nos parece, é passível de adequação nos artigos 90 ou 93 desta Lei. Se o agente atua para eliminar o caráter competitivo da licitação incide na figura do art. 90. Se agir para fraudar qualquer ato licitatório incide no tipo do art. 93. Enfim, desnecessário incluir, novamente, o afastamento de licitante, por meio de fraude no art. 95. Por outro lado, a parte final também soa estranha. Eliminar o concorrente, no processo de licitação, oferecendo-lhe vantagem de qualquer tipo não nos parece penalmente relevante. A Administração Pública não pode ser prejudicada se um licitante deixar o certame, tendo em vista que outro licitante lhe ofereceu algum tipo de benefício. Um negócio entre particulares, estranhos aos quadros administrativos, não fere o bem jurídico protegido pela Lei 8.666/93. Se, porventura, a atitude tiver por fim eliminar a competição, ingressa a figura do art. 90, não sendo aplicável a prevista no art. 95. Insistir na punição de alguém que afaste outrem da licitação, pelo oferecimento de vantagem, sem eliminar o caráter competitivo desta, parece-nos arbitrário e

33. A violência e a grave ameaça podem atingir o próprio licitante ou terceira pessoa, como um familiar, por exemplo, a ponto de fazê-lo temer da mesma forma e, em razão disso, se abster de permanecer no processo.

lesivo ao princípio da intervenção mínima, que envolve a indispensabilidade de ofensividade ao bem jurídico tutelado”.<sup>34</sup>

O afastamento (aliás dispensável pelo próprio tipo) não significa necessariamente um deslocamento espacial, isto é, a expulsão do local onde ocorrem atos relativos à licitação. O crime já se caracteriza simplesmente na abstenção de integrar o processo licitatório.

O ato de afastar o interessado em participar do certame pode ocorrer em qualquer fase do processo. Configura o crime, por exemplo, oferecer vantagem para o concorrente retirar a sua proposta e se afastar do processo logo no seu nascedouro; ou ameaçá-lo para que, uma vez convocado, não assine o contrato.

Ao tratar das definições relativas ao processo licitatório, o art. 6º da Lei 8.666/93 não trazia o conceito de licitante, o que provocava certa controvérsia a respeito do que se entendia por licitante para os efeitos da infração penal. Havia na doutrina quem o definisse como o indivíduo que já tivesse oferecido a proposta no processo licitatório iniciado.<sup>35</sup> Outros enxergavam no tipo penal a possibilidade de incluir o indivíduo capaz de integrar o processo e que houvesse manifestado essa intenção.<sup>36</sup>

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o debate tende a se esgotar, pois o art. 6º, inc. IX define o licitante como a “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”. Nesse caso não há dúvida de que já se inclui no conceito de licitante quem exterioriza a intenção de integrar o certame.

Mas, ainda que assim não fosse, a nosso ver as condutas poderiam ser praticadas antes ou depois de iniciado o processo licitatório, e isso se extrai do disposto no parágrafo único do art. 337-K, que pune o indivíduo que se abstém de participar ou se afasta do certame em razão da vantagem oferecida.<sup>37</sup> A abstenção só pode ocorrer antes de iniciado o processo (depois, há somente desistência), o que de qualquer forma reforçaria a aplicação do conceito amplo

34. Ob. cit. p. 652.

35. FREITAS, André Guilherme Tavares de. Crimes na Lei de Licitações. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013, p. 129.

36. BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. Belo Horizonte: Fórum. 7ª. ed., 2014. p. 710.

37. Embora seja possível sustentar que o beneficiário responderia de qualquer forma pelo crime em razão do disposto no art. 29 do Código Penal, o legislador optou por tipificar expressamente a corresponsabilidade de quem aceita a vantagem.

de licitante para abranger quem ainda não integrasse formalmente o processo, mas manifestasse a intenção de fazê-lo.

Como vimos logo acima, a punição criminal desse pacto entre ofertante e beneficiário é criticada por parcela da doutrina, para quem não se justifica a intervenção do Direito Penal nesse estágio de relações (embora imorais) entre particulares. Mas a estratégia do legislador é a adoção de maior cautela na proteção de valores constitucionais que norteiam a licitação, notadamente o seu caráter competitivo, que pode ser atingido por pactuações tendentes a diminuir o número de integrantes do processo licitatório.

#### 7.4. Voluntariedade

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de praticar um dos núcleos do tipo.

Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a modalidade culposa.

#### 7.5. Consumação e tentativa

A figura do *caput* é o que a doutrina denomina “crime de atentado”, no qual a pena da tentativa é a mesma da figura consumada. Assim, pune-se da mesma forma quem consegue afastar o licitante e quem, embora empregue os meios necessários para isso, não alcança seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

A conduta do parágrafo único se consuma quando o licitante se abstém ou desiste de licitar. Tendo em vista o disposto na parte final do dispositivo, é desnecessário que o licitante de fato receba a vantagem. Se isso ocorre, há simples exaurimento.

O ato de abstenção não admite a tentativa, pois a conduta é omissiva própria e não pode ser fracionada. No caso da desistência, a tentativa pode ocorrer se consistir em uma ação (ex.: retirada expressa da proposta apresentada). Tratando-se de omissão, como a não apresentação da proposta no processo já iniciado, também não se admite a tentativa.

#### 7.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

### 8. Fraude em licitação ou contrato

#### Fraude em licitação ou contrato

**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.

### 8.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a regularidade não apenas do processo licitatório, mas também do contrato administrativo dele decorrente, punindo condutas que afetam o patrimônio público.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 96:

Art. 96 da Lei 8.666/93	Art. 337-L do CP
<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I – elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p>	<p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p>
<p>III – entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p> <p>V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:</p> <p>Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</p>	<p>II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III – entrega de uma mercadoria por outra;</p> <p>IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A supressão da elevação arbitrária de preços do inciso I não significa *abolitio criminis*, pois, se praticada fraude para elevar injustificadamente o

preço de algum produto ou serviço em prejuízo da Administração Pública, a conduta pode se subsumir ao disposto no inciso V.

A pena cominada ao delito impede os benefícios da Lei 9.099/95, bem como o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

## 8.2. Sujeitos do crime

A doutrina diverge sobre a qualidade do sujeito ativo. **Nucci** sustenta que apenas o licitante ou o contratado pode praticar o crime.<sup>38</sup> Já para **Bitencourt**, embora no geral seja cometido pelo licitante ou pelo contratado, o crime é comum:

“Aparentemente pode dar impressão que se trata de *crime próprio* e que só poderia ser praticado pelo *licitante* ou “contratado”, mas não é o caso, embora essa seja a regra. Trata-se, na realidade, de *crime comum*, podendo, como já afirmamos, ser praticado por qualquer indivíduo, licitante ou não, inclusive *funcionário público*. O tipo penal identifica somente o objeto contra o qual se destina a conduta fraudulenta, qual seja, *licitação instaurada* ou *contrato dela decorrente*, mas não limitou sua autoria a licitante ou contratado. No mesmo sentido, é a orientação de Tavares de Freitas, *in verbis*: ‘Diante disso, entendemos versar a hipótese sobre crime comum, que poderá, por conseguinte, ser praticado por qualquer pessoa que consiga utilizar-se das vias de execução previstas neste art. 96 para o fim de fraudar o contrato ou a licitação (...). Evidente que este crime é praticado mais comumente pelos contratados ou licitantes, o que não impede, contudo, a possibilidade de também ser praticado por outras pessoas que não tenham esta qualidade’<sup>39</sup>”

Sujeito passivo é o Estado.

## 8.3. Conduta

O núcleo do tipo é fraudar (enganar, iludir, burlar, manipular), razão pela qual o crime é também denominado “estelionato licitatório”.

A fraude pode recair tanto na licitação quanto na execução do contrato já formalizado, com prejuízo patrimonial à Administração Pública.

Sob a vigência do art. 96 da Lei 8.666/93, dizia-se que a conduta praticada para fraudar a contratação de serviços não era tipificada, pois o dispositivo

38. Ob. cit. p. 655.

39. Ob. cit. p. 318.

contemplava expressamente apenas a licitação que tivesse por objeto a aquisição ou venda de bens e mercadorias. Essa restrição não existe mais, pois, no *caput*, o tipo do art. 337-L trata genericamente da fraude à licitação ou ao contrato dela decorrente, sem especificar o objeto do certame ou da avença formalizada. E, nos incisos I e IV, a prestação de serviços é mencionada de forma expressa.

O *caput* do artigo 337-L está ligado às circunstâncias descritas nos cinco incisos seguintes, que estabelecem a forma pela qual a fraude pode ser cometida:

- (I) No inciso I, pune-se o ato fraudulento consistente em entregar mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais. Ex.: a Administração Pública promove licitação para adquirir alimentos em caixas de 10kg. O contratado fornece a mercadoria em embalagens com indicação correta do peso, mas com 1kg a menos em cada uma delas.
- (II) O inciso II tipifica o fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido.

A mercadoria falsificada contém elementos que a fazem se assemelhar à original, mas é produzida ilegalmente, no geral com materiais de qualidade inferior. A mercadoria deteriorada é autêntica, mas se danifica ou estraga devido a algum acidente, a armazenamento indevido etc. A inservível para o consumo é também, de alguma forma, deteriorada a ponto de se tornar sem utilidade. E a mercadoria com prazo de validade vencido é presumivelmente prejudicial à saúde ou imprestável para o fim a que se destina.

- (III) O inciso III cuida da entrega de uma mercadoria por outra. Considerando que o *caput* é expresso a respeito do prejuízo à Administração Pública, a conduta só será considerada criminosa se a mercadoria entregue for de qualidade inferior à que deveria ter sido fornecida. É o natural, aliás, pois ninguém se preocuparia em executar uma fraude para entregar à Administração um produto melhor do que o combinado.
- (IV) O inciso IV pune a alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido.

O inciso I já pune o ato de entregar mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversa da prevista no edital ou nos instrumentos contratuais. Aparentemente, o legislador pretendeu inserir no inciso IV a situação em que o próprio contratado pratica a alteração, ao passo que no primeiro inciso basta que ele entregue a mercadoria, que pode ter qualidade ou quantidade diversa por obra de outra pessoa. A rigor, isso é indiferente. A conduta tipificada no inciso I nos parece suficiente para abranger qualquer situação em que o contratado pratica fraude para fornecer a mercadoria com

quantidade ou qualidade diversa da constante no edital ou no contrato formalizado, tenha sido ele ou não o responsável pela alteração.

(V) O inciso V tipifica a prática de qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.

A figura típica comporta interpretação extensiva para abranger outras situações de fraude não especificadas nos incisos anteriores.

Comentando o inciso V do art. 96 da Lei 8.666/93, **Guilherme de Souza Nucci** criticava o dispositivo:

“deve-se analisar com extrema cautela o disposto neste inciso. Tornar, *de qualquer modo, injustamente*, mais onerosa a proposta é atitude pertinente ao processo licitatório e não vemos nenhum sentido em se punir o agente por conta disso. Cada licitante faz a proposta que quiser. Se for injusta ou onerosa não será selecionada pela Administração. Além disso, se é mera proposta, não se pode falar em prejuízo para o Poder Público, voltando-se os olhos ao que já foi comentado na nota 74 ao inciso I deste artigo. Por isso, nessa parte, sustentamos a inconstitucionalidade do tipo incriminador. Quanto à onerosidade excessiva e injusta durante a execução do contrato, pode-se acolher a possibilidade de o contratado, através de fraude, em atitude similar às descritas nos incisos II a IV, provocar prejuízo para a Fazenda Pública (ex.: simulando motivo de força-maior, demora a entregar o bem adquirido para atender a outro cliente em primeiro lugar). Pensamos que deva haver interpretação analógica nessa situação, ou seja, deve-se buscar um fato semelhante aos anteriormente descritos nos referidos incisos II a IV. Do contrário, abre-se em demasia o tipo penal e fere-se a taxatividade, logo, a legalidade. Considerando todo o inciso inconstitucional, por ferir a taxatividade e a legalidade, está a posição de Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 635)”<sup>40</sup>

Embora a redação do inciso V do art. 337-L seja um pouco diferente (e redundante em relação ao *caput*), a crítica ainda é pertinente em alguns aspectos. Com efeito, se o tipo exige fraude em prejuízo da Administração Pública, o ato que torna injustamente mais onerosa a proposta é indiferente a não ser que essa proposta contribua para a formalização de um contrato que prejudique o erário. Logo, o que de fato importa é o ato fraudulento que torne injustamente mais onerosa a execução do contrato, mesmo que esse ato tenha sido cometido ainda no processo licitatório.

40. Ob. cit. p. 656.

É importante destacar que, embora o *caput* do art. 337-L traga a expressão “licitação ou contrato dela decorrente”, o único meio executório que realmente pode ser cometido durante a licitação é o do inciso V, pois a entrega de mercadorias e a prestação de serviços só podem ser cumpridas na execução do contrato.

É também imprescindível insistirmos que nenhuma das figuras elencadas nos incisos I a V é autossuficiente, ou seja, nenhuma delas é criminosa em si mesma. Os atos mencionados nos incisos se subordinam ao *caput* e, portanto, devem ser cometidos por meio de fraude, que necessariamente implica na indução de alguém em erro para encobrir um aspecto da realidade e impedir que se perceba o que está acontecendo. Se, por exemplo, o contratado simplesmente fornece um produto com o prazo de validade vencido, e isso é constatável pela simples conferência dos dados inscritos na embalagem, não há o crime do art. 337-L. Da mesma forma, se a Administração Pública adquire cem unidades de um produto, e, embora forneça apenas noventa, o contratado insere a quantidade real na nota fiscal, não há fraude que caracterize o crime. Para que essas condutas sejam típicas, o fornecedor deve praticar algum ato que dissimule sua ação, como apagar o prazo de validade para inserir um novo ou inserir na nota fiscal quantidade diversa daquela realmente entregue.

Em todas as situações, o ato fraudulento deve acarretar prejuízo para a Administração Pública. É indispensável, portanto, que se apure o dano efetivamente provocado pela conduta.

Não há, por outro lado, exigência expressa de que o agente obtenha vantagem indevida com o emprego da fraude. Não obstante, a vantagem é uma consequência natural das condutas tipificadas. É improvável – para não dizer impossível – que alguém forneça mercadorias falsificadas, deterioradas, em quantidade inferior, ou preste serviços de baixa qualidade sem obter algum proveito econômico.

#### **8.4. Voluntariedade**

A tipicidade subjetiva é o dolo, consistente da vontade consciente de fraudar a licitação instaurada, mediante algumas das condutas descritas nos incisos.

Há quem vislumbre um elemento subjetivo especial na expressão “em prejuízo da Administração Pública”. Mas isso é, na verdade, um elemento normativo do tipo, não uma finalidade específica. Seria no mínimo inusitado que alguém cometesse uma fraude com o propósito especial de causar um prejuízo à Administração Pública. A prática das condutas punidas é sempre direcionada à obtenção de uma vantagem, que necessariamente se dá em prejuízo do ente

público. Na visão de **Guilherme de Souza Nucci**, o tipo penal contém um elemento subjetivo específico implícito:

“Parece-nos existente o [elemento] subjetivo do tipo específico implícito, consistente no intuito de obter lucro abusivo. Extrai-se essa conclusão do disposto no tipo penal, analisando-se a expressão *em prejuízo da Fazenda Pública*. Logo, a contrário senso, sofrendo o erário público lesão, é natural que o fito do agente é a obtenção de vantagem excessiva”<sup>41</sup>

Não se admite a forma culposa.

### 8.5. Consumação e tentativa

O crime é material, consumando-se com o prejuízo causado à Administração Pública em virtude da fraude empregada.

Tratando-se de conduta fracionável, é admissível a tentativa.

### 8.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 9. Contratação inidônea

### 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.

### 9.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a tanto a regularidade do processo licitatório quanto a do contrato administrativo dele decorrente, assegurando que os participantes da licitação e possíveis contratados sejam idôneos.

41. Ob. cit. p. 655.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 97:

Art. 97 da Lei 8.666/93	Art. 337-M do CP
Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:	Art. 337-M. Admitir à licitação 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.	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 <i>caput</i> 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.

Houve *novatio legis in pejus*, irretroativa.

A pena cominada no *caput* admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). A pena cominada no §1º admite apenas o acordo de não persecução penal.

## 9.2. Sujeitos do crime

O crime tipificado no *caput* é próprio, pois só pode ser cometido pelo servidor público competente para admitir o licitante. O crime do § 1º também é próprio, pois somente o servidor público competente para celebrar o contrato pode praticá-lo.

Já o § 2º, na vigência da Lei 8.666/93, era tratado pela maioria como delito comum, tendo em vista que qualquer pessoa declarada inidônea pode participar da licitação ou celebrar o contrato. Chegamos a defender o mesmo posicionamento nos primeiros estudos da Lei 14.133/21. Contudo, melhor analisando o tipo, preferimos sustentar que o crime é próprio, pois exige qualidade ou condição especial do agente, qual seja, ter sido o agente declarado inidôneo.

Sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, podem ser vítimas os licitantes preteridos ou prejudicados pelo ato.

## 9.3. Conduta

O tipo penal contempla quatro condutas: a) admitir à licitação profissional ou empresa declarada inidônea; b) celebrar contrato com profissional ou empresa declarada inidônea; c) participar da licitação na qualidade de profissional ou

empresa inidônea; d) contratar com a Administração Pública na qualidade de profissional ou empresa inidônea.<sup>42</sup>

A estrutura típica permite que sejam abrangidas condutas praticadas em diversas circunstâncias. É possível que, no início do certame, já exista a declaração de inidoneidade. Se o licitante é admitido, incidem as figuras do *caput* e da primeira parte do § 2º. Também é possível que o licitante ingresse no certame de forma regular, mas, no momento da celebração do contrato, pese contra ele uma declaração de inidoneidade, situação em que incidem as figuras do § 1º e da segunda parte do § 2º. Além disso, como o tipo penal não menciona a palavra “licitante” ao tratar da celebração do contrato, o crime pode ser cometido também nas situações em que admitidas a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

O tipo traz uma norma penal em branco. A declaração de inidoneidade é sanção administrativa inserida em diversos dispositivos legais, como o art. 156, inc. IV, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o art. 33, inc. V, da Lei 12.527/11, o art. 73, inc. III, da Lei 13.019/14 e o art. 84, inc. III, da Lei 13.303/16. Há declaração homônima prevista no art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92), o qual dispõe que “verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”. A sanção, de competência exclusiva do TCU, visa a penalizar o particular que, comprovadamente, tenha fraudado uma licitação de que tenha participado.

De acordo com o disposto no art. 163 da nova Lei, é admitida a reabilitação do inidôneo, desde que tenha havido: I) a reparação integral do dano causado à Administração Pública; II) o pagamento da multa; III) o transcurso do prazo mínimo de 3 (três) anos da aplicação da penalidade; IV) o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V) a análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos.

Há divergência a respeito da amplitude da sanção de inidoneidade, que pode ser aplicada nas diferentes esferas da Administração Pública. Segundo já decidiu o STJ:

“infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração

42. Comete apenas um crime o servidor público que admite o inidôneo à licitação e, em seguida, celebra o contrato com ele, assim como só deve ser punido por um delito o particular inidôneo que participa da licitação e contrata com a Administração Pública.



Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. (...) A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves, que demonstram a falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador – Administração Pública, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição”.<sup>43</sup>

O tipo penal não faz distinção entre as origens legais da inidoneidade, razão pela qual a sanção declarada com fundamento em qualquer dos dispositivos mencionados pode servir para completar o tipo penal.

De acordo com **Guilherme de Souza Nucci**, também pode ser tratada como inidoneidade para licitar a proibição de contratar com o poder público imposta como sanção por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).<sup>44</sup> **Bitencourt**, no entanto, ensina que essa extensão, e outras que se refiram a condenações judiciais por atos como fraudes fiscais, por exemplo, violam o princípio da legalidade:

“Observe-se que referido dispositivo penal traz em sua descrição típica a elementar normativa “declarado inidôneo”, e, como não se pode presumir a existência de elementares típicas, sob pena de violar-se o princípio da tipicidade estrita e, por extensão, o de legalidade, é impossível estender a interpretação desse tipo penal para abranger outras condenações que não tenham aplicado, legalmente, a pena de “declaração de idoneidade para licitar ou contratar”, prevista no art. 87. Pode-se até concluir que alguém condenado por improbidade administrativa possa ser qualificado como inidôneo para contratar com a Administração Pública, mas essa conceituação ou adjetivação não satisfaz a exigência normativa do art. 97, qual seja, de tratar-se de empresa ou profissional “declarado inidôneo”. Com efeito, essa declaração somente é satisfeita com a aplicação daquela sanção prevista no art. 87, IV, da lei de regência. Fora dessa hipótese, haverá absoluta inadequação típica, decorrente da ausência da elementar normativa “declarado inidôneo”, que, repetindo, não pode ser presumida.”<sup>45</sup>

43. Resp. 550.553/RJ, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJ 03.11.2009.

44. Ob. cit. p. 658.

45. Ob. cit. p. 352-353.

Para que se perfaça o crime, a declaração de inidoneidade deve ter sido aplicada em um processo administrativo com decisão definitiva. Se o licitante foi declarado inidôneo, mas ainda há recurso administrativo capaz de reverter a decisão, sua participação em outro certame e sua contratação não podem ser consideradas criminosas.

Caso o licitante se reabilite perante a Administração Pública após ter cometido o crime, a reabilitação não tem efeito extintivo da punibilidade.

Por fim, se os sócios de uma empresa declarada inidônea constituem nova pessoa jurídica com o objetivo de burlar a efetividade da sanção, e nessa qualidade participam de licitação, a conduta pode se subsumir ao art. 337-F.

#### **9.4. Voluntariedade**

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

Tanto o servidor público quanto o particular devem ter conhecimento da inidoneidade. Se, por alguma falha, o agente responsável pelo procedimento licitatório não souber da declaração de inidoneidade, ou se, pelo mesmo motivo, o particular não tiver sido cientificado de que recebeu a sanção, o fato será atípico por ausência de dolo. Note-se, contudo, que um crime não é dependente do outro. Se o servidor público não tem conhecimento da sanção, mas o particular, sabendo que não pode participar da licitação, ainda assim o faz, comete o crime mesmo diante da atipicidade da conduta do servidor. E o inverso, obviamente, também é verdadeiro.

O tipo não contém nenhum elemento subjetivo específico, nem pune a modalidade culposa.

#### **9.5. Consumação e tentativa**

O momento consumativo depende da modalidade do crime.

A conduta do *caput* se consuma com a admissão formal do inidôneo no processo licitatório, independentemente de ele se sagrar vencedor. Já a conduta do § 1º se consuma com a celebração do contrato.

Em relação ao particular inidôneo, a consumação ocorre no momento do ingresso formal no certame, ou no momento da celebração do contrato, conforme as circunstâncias.

As condutas são passíveis de fracionamento, razão pela qual a tentativa é admissível. Nada impede que o servidor tente admitir o inidôneo no certame, mas, antes de formalizada a admissão, outro licitante conteste a conduta e

impeça que o crime se consuma. O mesmo pode ocorrer se o inidôneo tentar participar da licitação.

A tentativa na celebração do contrato é ainda mais palpável. A celebração é precedida de atos protocolares no decorrer dos quais a execução pode ser interrompida por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. O art. 90 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por exemplo, dispõe que “A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei”. O ato de convocação é sem dúvida executório, e, se a partir dele, a celebração não ocorrer, pode se caracterizar a tentativa.

## 9.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 10. Impedimento indevido

### 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.

### 10.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a regularidade do processo licitatório, com ênfase na igualdade entre os licitantes e no caráter competitivo do certame.

Na Lei 8.666/93, o correspondente deste tipo penal era o art. 98:

Art. 98 da Lei 8.666/93	Art. 337-N do CP
<p>Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>

Houve *novatio legis in pejus* em relação à espécie da pena, que passou de detenção a reclusão.

A pena cominada ao delito permite a aplicação de ambos os benefícios da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo). Admitida a transação penal, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP.

## 10.2. Sujeitos do crime

O crime é próprio, porque somente o servidor público pode impor óbices, embaraços ou tornar dificultosa a inscrição de interessado nos registros cadastrais ou, ainda, promover alteração, suspensão ou cancelamento do registro.

Há na doutrina quem considere a primeira parte do dispositivo (obstar, impedir ou dificultar) um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. Estamos com **Bitencourt**, para quem deve haver uma interpretação teleológica que restrinja a incidência do tipo ao funcionário público. Com efeito, embora, literalmente, as condutas de obstar, impedir ou dificultar a inscrição de interessado possam ser cometidas por qualquer indivíduo que tenha interesse no afastamento de possíveis licitantes, o destinatário da norma é sem dúvida o agente público responsável pelo cadastro:

“Realmente, o texto da norma proibitiva do art. 98 deve ser interpretado a partir de sua *literalidade*, mas orientando-se, contudo, *teleologicamente*, e nessa linha interpretativa chega-se, inevitavelmente, no verdadeiro *destinatário* da norma proibitiva, qual seja, quem tem *atribuição para promover a inscrição dos registros cadastrais* de pretensos licitantes, qual seja, o servidor público. Essa proibição destina-se a evitar a *infidelidade do dever funcional* ou mesmo o *desvio de finalidade* de sua atribuição. Trata-se, na verdade, de autêntico *crime funcional*, admitindo como sujeito ativo somente servidor público, que é verdadeiramente quem pode manipular os registros cadastrais. Se o fizer, injustamente, isto é, obstar, impedir ou dificultar a inscrição cadastral de algum interessado, sem justa causa, incorrerá nessa infração penal. O particular, no entanto, não dispõe nem de espaço e tampouco de atribuição para manipular registros cadastrais, que é uma atividade *interna corporis*, específica do servidor, que, por isso mesmo, também pode promover alteração, suspensão ou cancelamento de registro cadastral. Se sua ação for indevida, incorrerá na proibição contida na segunda parte do dispositivo *sub examine*.

Aliás, o particular se impedir, dificultar ou mesmo obstar a inscrição de algum concorrente não cometerá crime algum, pois fará parte, inclusive, da própria competição eliminar concorrentes. Se usar de meios ilícitos, fraudulentos ou violentos responderá por outro crime, mas não este”.<sup>46</sup>

Sujeitos passivos são o Estado e o interessado cuja inscrição tenha sido prejudicada.

### 10.3. Conduta

O tipo penal é dividido em duas partes.

Na primeira parte são punidas as condutas de obstar (inibir, atrapalhar, embaraçar), impedir (impossibilitar, frustrar, interditar) ou dificultar (complicar, estorvar) a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais.

O tipo é misto alternativo e, de certa forma, composto por condutas redundantes, pois obstar e impedir significam, na prática, o mesmo. Bastaria que fossem tipificados os atos de impedir ou dificultar de qualquer modo a inscrição de interessado nos registros cadastrais.

A segunda parte do tipo pune o ato de promover (propiciar, possibilitar, viabilizar) a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito. Esta ação é realizada depois de efetivado o registro cadastral do interessado.

Em ambas as figuras há elementos normativos. A primeira parte do *caput* impõe que qualquer das condutas seja cometida injustamente, ao passo que a segunda pressupõe que a ação seja indevida. Dessa forma, se o servidor público impede ou cancela a inscrição de um licitante declarado inidôneo, por exemplo, não há o crime. O art. 88 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é, aliás, expresso no sentido de que, para a inscrição, o interessado deve apresentar os dados necessários à satisfação das exigências da própria lei. E o § 5º do art. 88 dispõe que o registro poderá ser alterado, suspenso ou cancelado a qualquer tempo se o inscrito deixar de satisfazer exigências determinadas pela lei ou por regulamento.

Os registros cadastrais são mantidos para facilitar a análise dos requisitos para a habilitação em órgãos que realizam frequentes licitações. Mas, tendo em vista que o *status* dos pretendentes a contratar com a Administração Pública pode mudar a qualquer momento pela perda de qualificação técnica ou econômico-financeira, por atos de irregularidade fiscal ou por declarações de

---

46. Ob. cit. p. 368.

inidoneidade, o cadastro é válido por no máximo um ano, após o qual o interessado deve apresentar novamente as provas de sua capacidade para licitar.

É tamanha a importância conferida pelo legislador à manutenção e à amplitude do cadastro que o art. 87, § 1º, da nova Lei determina sua ampla divulgação e sua permanente abertura aos interessados, obrigando-se o órgão público responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público pela internet para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

Dito isso, indaga-se: comete o crime o servidor público que deixa de cumprir essa determinação de publicidade no intuito de dificultar o cadastro de possíveis novos interessados? Punir criminalmente essa conduta nos parece demasiadamente exagerado e uma ampliação indevida do tipo penal, restrito a atos concretos dispostos a impedir ou a dificultar o registro de pessoas determinadas que tenham manifestado interesse em futuramente contratar com a Administração Pública. Neste caso, eventuais punições administrativas (inclusive no campo da improbidade) são suficientes para reprimir a conduta do servidor que atua sem obedecer aos princípios que regem sua função.

#### **10.4. Voluntariedade**

O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

Não há finalidade específica, nem se pune a modalidade culposa.

#### **10.5. Consumação e tentativa**

Na primeira parte do *caput*, o crime se consuma no momento em que o agente impede ou obsta (*v.g.*, descarta documentos entregues pelo interessado) ou dificulta (*v.g.*, tenta dissuadir, inventa procedimentos inexistentes) a inscrição do interessado no registro cadastral.

Na segunda parte, a consumação se dá com a alteração, a suspensão ou o cancelamento do registro do inscrito.

A nosso ver, a forma como a primeira parte do tipo é composta impede a tentativa daquelas condutas. Embora as ações de impedir e obstar sejam compatíveis com o fracionamento, a ação de dificultar faz com que o crime se consuma por meio de qualquer ato tendente a impedir que o interessado complete sua inscrição. Em outras palavras, um ato executório de impedir a inscrição já constitui a criação de uma dificuldade.

No que concerne às condutas da segunda parte, a tentativa é possível.

## 10.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

## 11. Omissão grave de dado ou de informação por projetista

### 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.

### 11.1. Considerações iniciais

O tipo penal tutela a integridade do processo licitatório, com ênfase no planejamento e na seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, um dos objetivos mais relevantes do certame.

O art. 337-O não tem tipo correspondente na Lei 8.666/93.

A pena cominada ao delito, ainda que aplicada a majorante do § 2º, admite a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

### 11.2. Sujeitos do crime

Figura como sujeito ativo o potencial licitante, sendo perfeitamente o concurso de pessoas nas duas modalidades (coautoria e participação).

Sujeito passivo é o Estado.

### 11.3. Conduta

O tipo em estudo, mesmo construindo uma redação deveras confusa, busca punir as condutas de omitir (esconder, ocultar) ou modificar (alterar, transformar) levantamento cadastral ou condição de contorno, ou entregar (oferecer, confiar) à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, no decorrer de contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse, frustrando o caráter competitivo da licitação ou prejudicando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Trata-se de norma penal em branco, que necessita de complementação relativa a conceitos do processo licitatório.

As condutas típicas recaem no levantamento cadastral e na condição de contorno.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos se refere a “levantamento topográfico e cadastral” como elemento do anteprojeto e do projeto básico de obras ou serviços (art. 6º, incisos XXIV, *h* e XXV, *a*), mas não apresenta nenhum conceito. Trata-se de um procedimento de topografia, efetuado por meio de medições, que consiste em mapear uma área urbana ou rural com a finalidade de apurar suas exatas dimensões, seus limites e suas características físicas (desníveis, vegetação, construções já existentes etc.).

A condição de contorno é definida no próprio tipo penal, que, no § 1º, dispõe: “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”. São, portanto, informações reunidas para orientar a elaboração do projeto.

O levantamento cadastral e a condição de contorno compreendem informações imprescindíveis para a concepção de projetos de obras e serviços, e a precisão de seu conteúdo é condição elementar não apenas para que a contratação seja adequada, mas também para que a execução ocorra sem percalços desnecessários, muito comuns na ausência do devido planejamento.

Omite o levantamento cadastral ou a condição de contorno o agente que deve zelar pelo cumprimento das regras e pela composição do acervo documental no processo licitatório. O mesmo agente pode modificar o documento juntado



para inserir ou extrair um dado relevante que influencie na elaboração do projeto, por exemplo. Em síntese, o crime tem predicados de falsidade ideológica.

Já entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade é conduta relativa ao responsável pela elaboração de análises e estudos. O que nos parece uma falha do legislador é a referência a “relevante dissonância com a realidade”, fórmula exageradamente aberta e conflitante com a tipicidade estrita que deve ser observada na elaboração de um tipo penal. Em um estudo topográfico que, por exemplo, não reflita as reais condições do imóvel, o que se pode considerar em *relevante* dissonância com a realidade? A omissão sobre a existência de uma árvore? A descrição imprecisa de um desnível no terreno? Talvez uma forma de facilitar a interpretação e demarcar com maior precisão a incidência do tipo penal seja relacionar a expressão “relevante dissonância com a realidade” a condutas que efetivamente conturbem o processo licitatório, provocando contratempos como a reelaboração de projetos ou o atraso de obras.

De acordo com o tipo penal, as condutas praticadas sobre o levantamento cadastral e a condição de contorno podem ocorrer na contratação para elaboração de anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.

Entende-se por anteprojeto a “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” (art. 6º, inc. XXIV, da nova Lei).

O projeto básico é definido como o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar 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. 46 desta Lei” (art. 6º, inc. XXV, da nova Lei).

O projeto executivo é “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” (art. 6º, inc. XXVI).

O diálogo competitivo, segundo o art. 6º, inc. XLII, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é a “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”. Esta modalidade de licitação é disciplinada no art. 32 da novel Lei.

E o procedimento de manifestação de interesse é um auxílio para as licitações e as contratações. De acordo com o disposto no art. 81 da recente Lei, a Administração Pública pode solicitar à iniciativa privada “a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções

inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento”. Para instrução do procedimento, o § 1º determina que se disponha aos interessados estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação. É nesses elementos instrutórios que podem recair as condutas criminosas.

#### 11.4. Voluntariedade

É o dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas típicas.

O tipo não contém elemento subjetivo especial. As expressões “em frustração ao caráter competitivo da licitação” e “em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública” não se referem a finalidades específicas, mas a condições objetivas que podem decorrer das condutas típicas.

Não se pune a modalidade culposa.

#### 11.5. Consumação e tentativa

O crime se consuma com a prática de alguma das ações nucleares típicas.

A conduta de omitir o levantamento cadastral ou a condição de contorno se perfaz no momento em que é formalizada a documentação que compõe o anteprojeto e o projeto básico de obras ou serviços (art. 6º, incisos XXIV, *h* e XXV, *a*, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). A modificação se consuma no instante em que algum elemento do levantamento cadastral ou da condição de contorno é alterado pelo agente. E o ato de entregar tais documentos em dissonância com a realidade se consuma quando a Administração Pública os recebe formalmente.

A tentativa é inadmissível na omissão, mas pode ocorrer na modificação e na entrega, que são condutas fracionáveis.

#### 11.6. Ação penal

A ação penal é pública incondicionada.

### 12. Pena de multa

**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.

O Código Penal adota o sistema de dias-multa, baseado tanto nas circunstâncias do crime quanto na capacidade econômica do sentenciado. Esse sistema é vantajoso porque considera a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, além de outras circunstâncias que agravem, atenuem, aumentem ou diminuam a pena, em conjunto com a fortuna do condenado.

Inicialmente, o magistrado deve fixar a quantidade de dias-multa, que variam de no mínimo 10 a no máximo 360 (art. 49, CP). Nessa etapa, trabalha-se com o critério trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal, aquilatando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), as agravantes e atenuantes e as causas de aumento e de diminuição de pena.

Calculada a quantidade de dias-multa, o magistrado decide o valor de cada dia-multa, que não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Nesse momento, observa-se, principalmente, a situação econômica do sentenciado (art. 60, CP). Se, em virtude da situação econômica do réu, o juiz verificar que, embora aplicada no máximo, essa pena é ineficaz, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), podendo chegar a 5.400 salários mínimos.

Além desses critérios, nos crimes licitatórios o juiz deve observar o disposto no art. 337-P, segundo o qual a multa não pode ser inferior a dois por cento do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. Dessa forma, se pela metodologia seguida na Parte Geral do Código o total da multa for menor do que o percentual determinado neste dispositivo, o juiz sentenciante deve fazer o ajuste baseado no valor do contrato administrativo celebrado irregularmente.

Note-se, por fim, que a competência para a cobrança forçada da multa não paga é da vara de execução penal, como dispõe o art. 51 do Código Penal, alterado pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), na esteira da decisão proferida pelo STF na ADI 3150.

# CAPÍTULO III

## DERRUBADA DE VETOS DO

### PACOTE ANTICRIME

Aprovada no final de 2019, a Lei 13.964 (denominada “Pacote Anticrime”) alterou alguns dispositivos e inseriu outros em diversos diplomas legais. À época, o presidente da República vetou vinte e quatro pontos da lei, mas, passado pouco mais de um ano, o Congresso Nacional derrubou alguns dos vetos. Vejamos, resumidamente, quais são os dispositivos que entrarão em vigor.

## 1. Código Penal

### 1.1. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p><b>Caso de diminuição de pena</b> § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.</p> <p><b>Homicídio qualificado</b> § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p>	<p>Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p><b>Caso de diminuição de pena</b> § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.</p> <p><b>Homicídio qualificado</b> § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p>	<p>Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.</p> <p><b>Caso de diminuição de pena</b> § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.</p> <p><b>Homicídio qualificado</b> § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;</p>

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p><b>Feminicídio</b> (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;</p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p> <p>§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - violência doméstica e familiar;</p> <p>II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.</p> <p><b>Homicídio culposo</b></p> <p>§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.</p> <p><b>Aumento de pena</b></p> <p>§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena</p>	<p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p><b>Feminicídio</b> (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;</p> <p><b>VIII - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p> <p>§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - violência doméstica e familiar;</p> <p>II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.</p> <p><b>Homicídio culposo</b></p> <p>§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.</p> <p><b>Aumento de pena</b></p> <p>§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é</p>	<p>IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;</p> <p>V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;</p> <p><b>Feminicídio</b> (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;</p> <p><b>VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos.</p> <p>§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - violência doméstica e familiar;</p> <p>II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.</p> <p><b>Homicídio culposo</b></p> <p>§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.</p> <p><b>Aumento de pena</b></p> <p>§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado</p>

<b>Redação antes da Lei 13.964/19</b>	<b>Redação depois da Lei 13.964/19, com veto</b>	<b>Redação depois que o Parlamento derrubou o veto</b>
<p>é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)</p> <p>§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)</p> <p>§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto</p> <p>II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018)</p>	<p>praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)</p> <p>§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)</p> <p>§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto</p> <p>II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018)</p>	<p>contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)</p> <p>§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)</p> <p>§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)</p> <p>I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto</p> <p>II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)</p> <p>IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018)</p>

Incluído pela Lei 13.964/19, o inciso VIII do § 2º do art. 121 havia sido vetado pelo presidente da República:

“A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas”.

Os argumentos não foram suficientes para convencer o legislador, que decidiu resgatar a disposição original do projeto aprovado e derrubou o veto.

A qualificadora é uma norma penal em branco, pois os conceitos relativos às armas de uso restrito e às armas de uso proibido devem ser obtidos no art. 3º, parágrafo único, do Anexo I do Decreto 10.030/19:

“II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam:

- a) não portáteis;
- b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou
- c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules”.

“III - arma de fogo de uso proibido:

- a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e
- b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”.

Além disso, a Portaria 1.222/19, expedida pelo Comandante do Exército, elenca, no anexo B, os calibres nominais de armas e munições de uso restrito (o que faz do inciso VIII uma norma penal em branco ao quadrado, pois seu complemento imediato deve ser também integrado com outra norma).

Assim como acontece em outros crimes cometidos com o emprego de arma de fogo – como o roubo –, em regra a posse e o porte ilegais são absorvidos



pelo homicídio, pois considerados apenas meios para alcançar o resultado pretendido (ceifar a vida de alguém). Não se exclui, no entanto, a possibilidade de concurso de crimes se as condutas estiverem destacadas no tempo, em distintos contextos fáticos.

Tratando-se de um modo de executar o crime, esta qualificadora tem natureza objetiva.

## 1.2. Causa de aumento de pena nos crimes contra a honra

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.</p>	<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p><b>§ 2º - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p>	<p>Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:</p> <p>I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;</p> <p>II - contra funcionário público, em razão de suas funções;</p> <p>III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.</p> <p>IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)</p> <p>§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p><b>§ 2º - Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p>

O art. 141, § 2º, do CP triplica a pena nos casos em que o crime contra a honra é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores. Este parágrafo havia sido vetado pelo presidente da República, para quem

“A propositura legislativa, ao promover o incremento da pena no triplo quando o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, notadamente se considerarmos a existência da legislação atual que já tutela suficientemente os interesses protegidos pelo Projeto, ao permitir o agravamento da pena em um terço na hipótese de qualquer dos crimes contra a honra ser cometido por meio que facilite a sua divulgação. Ademais a substituição da lavratura de termo circunstanciado nesses crimes, em razão da pena máxima ser superior a dois anos, pela necessária abertura de inquérito policial, ensejaria, por conseguinte, superlotação das delegacias, e, com isso, redução do tempo e da força de trabalho para se dedicar ao combate de crimes graves, tais como homicídio e latrocínio.”

De fato, o crime cometido por meio de redes sociais já podia ter a pena majorada na forma do inciso III do mesmo artigo. O legislador, no entanto, não foi convencido pelo argumento presidencial e derrubou o veto.

O que pode ser considerado uma rede social para os efeitos desta majorante?

Em dezembro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 305, que estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. De acordo com o parágrafo único do art. 2º, são consideradas redes sociais os “sítios da internet, plataformas digitais e aplicativos de computador ou dispositivo eletrônico móvel voltados à interação pública e social, que possibilitem a comunicação, a criação ou o compartilhamento de mensagens, de arquivos ou de informações de qualquer natureza”.

Parece um bom parâmetro para a interpretação desta causa de aumento de pena, pois especifica que rede social é um mecanismo voltado à interação pública e social, o que exclui meios de contato privado. Assim, podem ser consideradas redes sociais plataformas como Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, LinkedIn, Pinterest e grupos ou canais de acesso aberto no Telegram. Excluem-se, por outro lado, meios dedicados à comunicação privada como o Skype, o próprio Telegram utilizado com acesso restrito e o WhatsApp, ainda que, no caso deste último, se trate de grupos, que, pelas características do aplicativo, são restritos a pessoas individualmente adicionadas pelos administradores.

Embora a Lei 13.964/19 tenha entrado em vigor em janeiro de 2020, os efeitos da majorante só se iniciam com a promulgação presidencial em 2021, quando o Congresso Nacional votou a derrubada do veto. A norma não alcança os crimes cometidos nesse intervalo.

## 2. Código de Processo Penal

### 2.1. Audiência de custódia por videoconferência

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Sem norma correspondente.</p>	<p>Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:</p> <p>I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;</p> <p>II – receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;</p> <p>III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;</p> <p>IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;</p> <p>V – decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;</p> <p>VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;</p> <p>VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;</p> <p>VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;</p>	<p>Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:</p> <p>I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;</p> <p>II – receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;</p> <p>III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;</p> <p>IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;</p> <p>V – decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;</p> <p>VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;</p> <p>VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;</p> <p>VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;</p>

<b>Redação antes da Lei 13.964/19</b>	<b>Redação depois da Lei 13.964/19</b>	<b>Redação depois que o Parlamento derrubou o veto</b>
<p>Sem norma correspondente.</p>	<p>IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;                      X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;                      XI – decidir sobre os requerimentos de:                      a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;                      b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;                      c) busca e apreensão domiciliar;                      d) acesso a informações sigilosas;                      e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;                      XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;                      XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;                      XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;                      XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;                      XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;                      XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;                      XVIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.</p>	<p>IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;                      X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;                      XI – decidir sobre os requerimentos de:                      a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;                      b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;                      c) busca e apreensão domiciliar;                      d) acesso a informações sigilosas;                      e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;                      XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;                      XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;                      XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;                      XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;                      XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;                      XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;                      XVIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.</p>

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
Sem norma correspondente.	<p><b>§ 1º (VETADO).</b></p> <p>§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.</p>	<p><b>§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.</b></p> <p>§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.</p>

A Lei 13.964/19 criou a figura do juiz das garantias, órgão jurisdicional com a missão de acompanhar as diversas etapas da investigação. O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B). Dessa forma, quem julgará o caso – juiz de instrução – somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz de instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Uma das atribuições do juiz das garantias é a realização da audiência de custódia. O projeto que originou a Lei 13.964/19 dispunha que essa audiência não poderia ser realizada por meio de videoconferência:

“§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência” (art. 3º-B do CPP).

O presidente da República vetou o § 1º:

“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).”

O Parlamento, contudo, deliberando sobre o veto, decidiu exumar o dispositivo. Por um lado, merece aplausos, pois o art. 310 do CPP, que trata da audiência de custódia, a impõe somente na prisão em flagrante. O §1º do art. 3º-B deixa claro que a audiência se aplica para qualquer espécie de prisão provisória, melhor dialogando com documentos internacionais e com a própria Resolução 213/15 do CNJ. Contudo, com a mesma sinceridade que reconhecemos o acerto, criticamos a vedação ao emprego de videoconferência na realização do ato.

Deve ser lembrado que a Resolução 357/20 do mesmo Conselho, alterando o art. 19 da sua Resolução 329/20, admite a audiência de custódia por videoconferência quando não for possível a realização presencial em 24 horas. Deve ser garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação. Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência. O preso deve permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

- III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e
- IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

A norma administrativa ainda dispõe que deve ser assegurada a participação do Ministério Público, que pode propor, inclusive, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Alerta, por fim, que as salas destinadas à realização de atos processuais por sistema de videoconferência podem ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidem as audiências.

Agora, com a promulgação do §1º do art. 3º-B, instala-se o retrocesso. A videoconferência não pode ser demonizada; deve ser encarada como inevitável instrumento de progresso, celeridade e eficiência. Adotadas as cautelas impostas pelo CNJ, a presença virtual não traz prejuízos.

Lembramos, para finalizar, que o ministro Luiz Fux, no exercício da presidência do STF, suspendeu liminarmente a implantação do juiz das garantias por prazo indeterminado (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305). Em apertada síntese, ponderou o ministro, não sem razão, que a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país, ensejando completa reorganização da justiça criminal. Por isso mesmo, o projeto aprovado funciona como uma reforma do Poder Judiciário. Deveria, então, ter vindo de proposta do Judiciário, como determina o art. 93, “d”, da CF/88.

## 2.2. Indicação de defensor a servidores da segurança pública

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com vetos	Redação depois que o Parlamento derrubou os vetos
Sem norma correspondente.	Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Código Penal, o indiciado poderá constituir defensor.	Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Código Penal, o indiciado poderá constituir defensor.

<p>Sem norma correspondente.</p>	<p>§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até quarenta e oito horas a contar do recebimento da citação.</p> <p>§ 2º Esgotado o prazo disposto no §1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de quarenta e oito horas, indique defensor para a representação do investigado.</p> <p><b>§ 3º (Vetado)</b></p> <p><b>§ 4º (Vetado)</b></p> <p><b>§ 5º (Vetado)</b></p> <p>§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para Garantia da Lei e da Ordem.</p>	<p>§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até quarenta e oito horas a contar do recebimento da citação.</p> <p>§ 2º Esgotado o prazo disposto no §1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de quarenta e oito horas, indique defensor para a representação do investigado.</p> <p><b>§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.</b></p> <p><b>§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.</b></p> <p><b>§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.</b></p> <p>§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para Garantia da Lei e da Ordem.</p>
----------------------------------	--	--



A Lei 13.964/19 assegura aos servidores vinculados às instituições dispostas nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal que figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional ou missões para garantia da lei e da ordem, o direito de constituir defensor para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à sua defesa administrativa. A regra parece, nesse tanto, inútil. Qualquer pessoa investigada pode constituir defensor. Até mesmo uma testemunha pode, caso assim deseje, ser acompanhada por advogado em seu depoimento.

A lei determina que o investigado seja citado da instauração do procedimento, em razão do que pode constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação (§ 1º).

De acordo com o § 2º, esgotado o prazo sem a nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deve intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no mesmo prazo, indique defensor para a representação.

A regra foi criticada por diversas razões: a) viola a cláusula constitucional isonômica, pois restringe a garantia anunciada aos agentes públicos investigados por “fatos relacionados ao uso da força letal”, em evidente discriminação aos demais servidores da segurança pública investigados por ações diversas; b) dificulta a investigação de fatos graves, pois a falta de nomeação de defensor pelo investigado no início da apuração administrativa resulta na suspensão da persecução inquisitorial até o saneamento da exigência imposta pela lei; c) desvio de finalidade no campo da assistência judiciária gratuita, assegurada, nos termos do art. 5º, inc. LXXIV, da CF/88, àqueles que comprovam a insuficiência de recursos para arcar com o pagamento dos honorários atinentes à prestação de serviços de defesa técnica por advogados particulares; d) afronta a cláusula constitucional de prévia dotação orçamentária. As instituições militares estaduais, tanto como as instituições civis de segurança pública, não contam com orçamento próprio. A solução para o problema seria a implementação de assistência jurídica a seus integrantes; e, por consequência, seriam necessárias a criação de um corpo jurídico de defensores e a consecutiva contratação de pessoal, mediante lei, com respectiva previsão de recursos financeiros à criação de cargos e funções próprios para o exercício de defesa técnica ao efetivo militar e civil.

Os parágrafos 3º, 4º e 5º ainda dispunham o seguinte:

“§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.”

Foram vetados pelo presidente da República, que argumentou:

“A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005)”.

Derrubado o veto, o art. 14-A do CPP entra plenamente em vigor.

### 3. Lei de Execução Penal

#### 3.1. Identificação do perfil genético

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com vetos	Redação depois que o Parlamento derrubou os vetos
<p>Art. 9º.-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.</p> <p>§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p>	<p><b>Art. 9º.-A. (VETADO) (A redação nova do caput foi vetada, mantendo-se a anterior)</b></p> <p>§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p> <p>§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.</p> <p>§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.</p>	<p><b>Art. 9º.-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.</b></p> <p>§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.</p> <p>§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.</p> <p>§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.</p> <p>§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.</p> <p>§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.</p>

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com vetos	Redação depois que o Parlamento derrubou os vetos
	<p><b>§ 5º (VETADO).</b>  <b>§ 6º (VETADO).</b>  <b>§ 7º (VETADO).</b></p> <p>§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.</p>	<p><b>§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.</b></p> <p><b>§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.</b></p> <p><b>§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.</b></p> <p>§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.</p>

Com o advento da lei 12.654/12, passou a ser obrigatória para os condenados por crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes etiquetados como hediondos, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA com técnica adequada e indolor.

A Lei 13.964/19 alterou o *caput* do art. 9º-A, segundo o qual submete-se à extração de DNA o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual e por crime sexual contra vulnerável.

O presidente da República havia vetado a alteração do *caput*:

“A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 1990, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosas”.

Com a derrubada do veto, a redação modificada prevaleceu.

Essa identificação (na fase de execução da pena) não serve, necessariamente, para subsidiar investigação criminal em curso ou esclarecer dúvida eventualmente gerada pela identificação civil (ou mesmo datiloscópica), tendo como fim principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo (podendo servir para investigação futura). Já a coleta de perfil genético durante a fase de investigação policial obedece às disposições previstas na Lei 12.037/09, que versa sobre a identificação criminal de civis.

De acordo com o § 5º do art. 9º-A, a amostra biológica coletada só pode ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, vedadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar. Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do *caput* deve ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim (§ 6º). O § 7º, por sua vez, impõe que a coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo sejam realizadas por perito oficial.

Os parágrafos 5º, 6º e 7º haviam sido vetados pelo Presidente da República, pelas seguintes razões:

“A propositura legislativa, ao vedar a utilização da amostra biológica coletada para fins de fenotipagem e busca familiar infralegal, contraria o interesse público por ser uma técnica que poderá auxiliar no desvendamento de crimes reputados graves, a exemplo de identificação de irmãos gêmeos, que compartilham o mesmo perfil genético, e da busca familiar simples para identificar um estupro, quando o estupro resulta em gravidez, valendo-se, no caso, do feto abortado ou, até mesmo, do bebê, caso a gestação seja levada a termo”.

“A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (**match**) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros”.

“A proposta legislativa, ao determinar que a coleta da amostra biológica ficará a cargo de perito oficial, contraria o interesse público, notadamente por se tratar de mero procedimento de retirada do material. Ademais, embora a análise da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo pericial sejam atribuições exclusivas de perito oficial, já existe um consenso que a coleta

deve ser supervisionada pela perícia oficial, não necessariamente realizada por perito oficial. Além disso, tal restrição traria prejuízos à execução da medida e até mesmo a inviabilizaria em alguns estados em que o número de peritos oficiais é insuficiente”.

Decidiu a Casa de Leis derrubar os vetos.

### 3.2. Reabilitação do condenado autor de falta grave e progressão de regimes

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.</p> <p>§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.</p> <p>§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:</p> <p>I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;</p> <p>III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;</p>	<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:</p> <p>I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;</p> <p>VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:</p> <p>a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;</p> <p>b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou</p>	<p>Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:</p> <p>I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;</p> <p>V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;</p> <p>VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:</p> <p>a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;</p> <p>b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou</p>

<p><b>Redação antes da Lei 13.964/19</b></p>	<p><b>Redação depois da Lei 13.964/19, com veto</b></p>	<p><b>Redação depois que o Parlamento derrubou o veto</b></p>
<p>IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;</p> <p>V - não ter integrado organização criminosa.</p> <p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.</p>	<p>c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;</p> <p>VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;</p> <p>VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.</p> <p>§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.</p> <p>§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:</p> <p>I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;</p> <p>III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;</p> <p>IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;</p> <p>V - não ter integrado organização criminosa.</p> <p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.</p> <p>§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas</p>	<p>c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;</p> <p>VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;</p> <p>VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.</p> <p>§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.</p> <p>§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.</p> <p>§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:</p> <p>I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;</p> <p>III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;</p> <p>IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;</p> <p>V - não ter integrado organização criminosa.</p> <p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.</p>

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
	<p>previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.</p> <p>§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.</p> <p><b>§ 7º (VETADO).</b></p>	<p>§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.</p> <p>§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.</p> <p><b>§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.</b></p>

Um dos requisitos para a progressão de regime é o bom comportamento durante a execução da pena. O bom comportamento decorre da ausência de registro de falta disciplinar – leve, média ou grave – no prontuário do preso. Deve ser atestado pela administração prisional.

A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento da infração, tendo como base o tempo remanescente de pena (súmula 534 do STJ e art. 112, § 6º, LEP).

Para lograr nova progressão, o condenado deve se reabilitar. De acordo com o § 7º do art. 112 da Lei de Execução Penal, que havia sido vetado e foi exumado pela Casa de Leis, essa reabilitação depende do decurso do prazo de um ano, salvo se, antes, o preso cumprir o requisito temporal para a progressão. A redação, portanto, parece inútil, o que confirma o acerto do veto, assim fundamentado:

“A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom



comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já pré-concebida pela Lei nº 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados”.

Essa postura legislativa contraria o que se percebe de ordinário no regime interno padrão das unidades prisionais, que acabam estipulando um prazo de reabilitação independente do requisito temporal da progressão. Ou seja, mesmo que cumprido o requisito temporal, o condenado só será considerado portador de bom comportamento depois do prazo da reabilitação.

#### 4. Lei de Interceptação Telefônica

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
Sem norma correspondente.	<p>Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>	<p>Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p>§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19, com veto	Redação depois que o Parlamento derrubou o veto
Sem norma correspondente.	<p><b>§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p><b>§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>	<p><b>§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p> <p><b>§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</b></p> <p>§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</p>

O Pacote Anticrime inseriu na Lei 9.296/96 o art. 8º-A para disciplinar, juntamente com a interceptação telefônica, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A diligência é cabível, mediante requerimento no qual se descrevam circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental, quando a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes e se há elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas. A captação tem o prazo de quinze dias, renováveis por períodos sucessíveis por meio de decisões judiciais, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e se presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

O presidente da República havia vetado o § 2º pelas seguintes razões:

“§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.”

#### Razões do veto

“A propositura legislativa, gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar do seu alcance a ‘casa’, nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de ‘casa’ deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Penal (v. g. HC 82788, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005).”

A nosso ver, o § 2º não impõe que a instalação do dispositivo de captação ambiental seja feita em operação policial disfarçada. Trata-se apenas de mais um meio de instalar o dispositivo, caso seja necessário o uso de uma operação dessa natureza. A rigor, na verdade, a regra é dispensável, tendo em vista que a autorização judicial da captação pode, de qualquer forma, incluir cumulativamente o ingresso das autoridades policiais no domicílio do investigado.

O dispositivo é também criticável por impedir a instalação do dispositivo na residência do investigado no período noturno. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, que tem decisões nas quais equipara o escritório profissional à casa para os efeitos da proteção constitucional, já admitiu a instalação do equipamento em ambiente profissional no período noturno se a movimentação no local impede a diligência durante o dia:

“Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de madrugada. Esclareceu-se que o relator, de fato, teria autorizado, com base no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95, o ingresso sigiloso da autoridade policial no escritório do acusado, para instalação dos referidos equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posteriormente, determinara a realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos. Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial” (Inq. 2424/RJ, j. 19 e 20/11/2008).

O presidente da República também havia vetado o § 4º do art. 8º-A:

“§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.”

Razões do veto

“A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova da infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v. g. Inq-QO 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).”

Parece-nos que o veto deveria ter sido mantido.

Em primeiro lugar, porque, se o dispositivo estabelece que a captação realizada *sem* o conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público pode ser usada pela defesa, conclui-se que apenas a captação efetuada *com* o conhecimento desses órgãos pode ser usada também pela acusação. Mas o que determina se a diligência é válida é a existência de autorização judicial, não o prévio conhecimento do órgão de investigação ou do Ministério Público. Não há sentido, ademais, em limitar o uso do material quando a captação é feita por um dos interlocutores, pois esse procedimento é lícito, tanto que o crime do art. 10-A (realizar captação ambiental para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando exigida) é excluído na captação realizada nessas circunstâncias (§ 1º). Ora, se a própria lei exclui de consequências criminais a captação promovida por uma das pessoas envolvidas no diálogo – considerando-a, portanto, lícita –, por que haveria de limitar seu uso à matéria de defesa e tratá-la como ilícita apenas do ponto de vista da acusação?

A limitação ofende, de resto, princípios processuais como a paridade de armas e a comunhão das provas, segundo o qual a prova integra o processo, independentemente da parte que tomou a iniciativa de produzi-la.

# CAPÍTULO IV

## LEI 14.155/2021: ALTERA OS ARTIGOS 154-A, 155 E 171 DO CÓDIGO PENAL E O ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

### 1. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (ART. 154-A DO CP)

Redação original	Redação dada pela Lei 14.155/2021
<p>Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.</p>	<p><b>Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:</b></p> <p><b>Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</b></p>
<p>§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.</p>	<p>§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.</p>
<p>§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.</p>	<p><b>§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.</b></p>
<p>§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:</p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.</p>	<p>§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:</p> <p><b>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.</b></p>
<p>§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.</p>	<p>§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.</p>

Redação original	Redação dada pela Lei 14.155/2021
<p>§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:</p> <p>I - Presidente da República, governadores e prefeitos;</p> <p>II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;</p> <p>III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou</p> <p>IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.</p>	<p>§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:</p> <p>I - Presidente da República, governadores e prefeitos;</p> <p>II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;</p> <p>III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou</p> <p>IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.</p>

A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, tipificou como crime a invasão de dispositivo informático, criminalização fomentada pelo episódio que vitimou a atriz Carolina Dieckmann, que teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais subtraídos, vendo expostas suas fotos íntimas na rede mundial de computadores.

Apesar de a sociedade estar cada vez mais inserida no mundo da informática, percebe-se que o Direito (em especial, o Direito Penal) não acompanha, como deveria, a evolução que movimenta o setor cibernético. No espírito de modernização da legislação criminal, o art. 154-A do CP tipifica o comportamento de quem, com propósitos escusos, invade dispositivo informático alheio para obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou para instalar vulnerabilidades que lhe possam proporcionar vantagem ilícita.

Em vigor desde 2012, o tipo penal foi modificado pela Lei 14.155/21, que alterou a redação do *caput* e aumentou sua pena, elevou as frações da majorante do § 2º e impôs novos patamares de pena para o crime qualificado na forma do § 3º.

### 1.1. Alterações nas penas

A pena abstratamente cominada era de detenção de três meses a um ano. Em regra, o crime era de menor potencial ofensivo, exceto se, qualificado (§ 3º), fosse ainda majorado na forma do § 4º ou do § 5º. Nesse caso, deixava de ser competência do JECRIM, passando a admitir o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

A pena atual é de reclusão de um a quatro anos. Perdeu a natureza de menor potencial ofensivo. Permite-se a suspensão condicional do processo, desde que não incidente circunstância majorante. Admite-se igualmente o acordo

de não persecução penal (art. 28-A do CPP) nas formas simples, majorada ou qualificada do crime.

O § 2º manteve seu núcleo, relativo ao aumento da pena se da invasão resulta prejuízo econômico. Mas, antes, o aumento variava entre 1/6 e 1/3. Agora, varia entre 1/3 e 2/3.

O § 3º também manteve sua essência para qualificar o crime se da invasão resulta a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. A pena, no entanto, que antes consistia em reclusão de seis meses a dois anos, passou a ser de reclusão de dois a cinco anos.

Outra alteração no § 3º foi a supressão da ressalva sobre a incidência da qualificadora “se a conduta não constitui crime mais grave”. A redação atual não se refere à subsidiariedade dessa infração penal, mas isso é indiferente, pois o caso concreto deve determinar se a conduta descrita na qualificadora constitui o crime do art. 154-A ou outro de natureza mais grave.

No mais, manteve-se, tanto no *caput* quanto na qualificadora, a pena de multa cumulativa.

## 1.2. Redação do *caput*

O *caput* do art. 154-A sofreu algumas alterações que ampliam a incidência do tipo penal.

Originalmente, o crime consistia em invadir **dispositivo informático alheio**, conectado ou não à rede de computadores, **mediante violação indevida de mecanismo de segurança** e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do **titular do dispositivo** ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Segundo a redação atual, o crime consiste em invadir **dispositivo informático de uso alheio**, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do **usuário do dispositivo** ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Nota-se, primeiramente, que o tipo penal não exige mais que o dispositivo informático seja de propriedade alheia, bastando que esteja sendo utilizado por outra pessoa. Dessa forma, ainda que o agente seja o proprietário do aparelho, pode cometer o crime se esse aparelho estiver sendo utilizado por alguém. E, por coerência, a lei agora faz referência à falta de autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo, não mais do titular.

Além disso, o tipo não pressupõe mais que haja violação indevida de mecanismo de segurança. Antes, a violação era um meio necessário para que o invasor respondesse criminalmente pela invasão com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou de instalar vulnerabilidades no aparelho. A ausência de dispositivo de segurança, ou o seu não acionamento, impedia a configuração típica, como ensinava Bitencourt:

“Assim, o tipo penal é aberto e exige um juízo de valor para complementar a análise da tipicidade. Aliás, é um tipo semiaberto, ou seja, nem aberto nem fechado, pois ao mesmo tempo que abre com a locução “mediante violação indevida”, fecha com a complementação. “de mecanismo de segurança”, limitando, portanto, o âmbito da violação. Em outros termos, qualquer outra violação que não se refira a “mecanismo de segurança”, não tipificará a conduta descrita no caput que ora examinamos. Ou, dito de outra forma, ainda que haja a violação ou invasão “de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores”, se não houver “mecanismo de segurança” (ou caso haja, não estando acionado) que seja violado, a conduta não se adequará a esta descrição típica. Poderá, eventualmente, adequar-se a outro dispositivo penal, mas não a este, sob pena de violar-se a tipicidade estrita” (*Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2 (19 ed.), p. 633).

Exatamente com o propósito de evitar essa restrição, o tipo penal foi alterado para possibilitar a punição do simples ato de invadir o dispositivo informático com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

## 2. FURTO (ART. 155 DO CP)

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/2021
<p>Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.</p>	<p>Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.</p>



Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/2021
<p>§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.</p> <p>§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:</p> <p>I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;</p> <p>II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;</p> <p>III - com emprego de chave falsa;</p> <p>IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.</p> <p>§ 4º-A - A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.</p> <p>§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.</p> <p>§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.</p> <p>§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.</p>	<p>§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.</p> <p>§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:</p> <p>I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;</p> <p>II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;</p> <p>III - com emprego de chave falsa;</p> <p>IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.</p> <p>§ 4º-A - A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.</p> <p><b>§ 4º-B - A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</b></p> <p><b>§ 4º-C A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:</b></p> <p><b>I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;</b></p> <p><b>II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.</b></p> <p>§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.</p> <p>§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.</p> <p>§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.</p>

De acordo com o disposto no art. 155, § 4º, inc. II, do CP, o crime de furto é qualificado – punido com reclusão de dois a oito anos – se cometido com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza. Na lição de Damásio de Jesus, a fraude é

“[...] meio enganoso capaz de iludir a vigilância do ofendido e permitir maior facilidade na subtração do objeto material. Ex.: O sujeito se fantasia de funcionário da companhia telefônica para penetrar na residência da ví-

tima e subtrair-lhe bens. Há furto com fraude no caso dos dois sujeitos que entram num estabelecimento comercial, sendo que, enquanto um distrai o ofendido, o outro lhe subtrai mercadorias” (*Direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva. v. 2 (26. ed., 2004), p. 327).

Os exemplos mencionados pelo autor eram os mais comuns desde a entrada em vigor do Código Penal até alguns anos atrás. Mas a expansão da rede mundial de computadores, do mercado de dispositivos eletrônicos e de informática conectados à *internet* e da gama de serviços eletrônicos oferecidos nos mais diversos segmentos criou um ambiente vulnerável no qual milhares de pessoas se tornaram alvos fáceis e recorrentes de criminosos hábeis na exploração dessas circunstâncias. Uma breve pesquisa na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça nos revela reiteradas decisões em conflitos de competência relativos a subtrações fraudulentas cometidas pela rede mundial de computadores, nas quais a conduta é cometida em um lugar e o patrimônio atacado se encontra em outro. No ano de 2020, em razão da pandemia do coronavírus, milhões de pessoas tiveram de permanecer a maior parte do tempo em suas casas e passaram a utilizar com maior frequência serviços eletrônicos das mais diversas espécies, o que multiplicou de forma preocupante os casos de fraude eletrônica.

Até agora, essas subtrações se subsumiram à qualificadora do art. 155, § 4º, inc. II, com pena de dois a oito anos. No entanto, em razão dos prejuízos provocados e da maior dificuldade de apuração revelada nesses casos, o legislador decidiu inserir no art. 155 uma qualificadora específica para as situações em que o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático.

Para esse efeito, dispositivo eletrônico ou informático pode ser conceituado como qualquer aparelho com capacidade de armazenar e processar automaticamente informações/programas: computador, *notebook*, *tablet*, *smartphone*. Como destaca o próprio dispositivo legal, é indiferente o fato de o dispositivo estar ou não conectado à rede interna ou externa de computadores (*intranet* ou *internet*), embora seja recorrente a prática do crime por meio de *internet*.

Pouco importa, também, a forma como o agente comete a fraude, ou seja, se viola mecanismo de segurança, se utiliza componentes ou arquivos maliciosos, se simplesmente acessa o dispositivo após ter obtido uma senha, se induz a vítima a praticar algum ato que a distraia e facilite a subtração. Qualquer

manobra fraudulenta que, envolvendo dispositivo eletrônico ou informático, resulta em subtração atraindo a qualificadora.<sup>47</sup>

Lembramos que a qualificadora do § 4º-B se refere a um meio de cometer a fraude, que mantém o pressuposto do inc. II do § 4º: a manobra ardilosa visa a afastar a vigilância da vítima e possibilitar a subtração. O bem é retirado sem que a vítima o perceba. Não se trata de induzir alguém em erro para que entregue voluntariamente o bem (fazendo uma transferência, por exemplo), caso em que ocorre estelionato.

O § 4º-C traz circunstâncias em que a pena da qualificadora do § 4º-B é majorada.

De acordo com o inciso I, aumenta-se de 1/3 a 2/3 a pena se o crime é praticado por meio de servidor mantido fora do território nacional. Justifica-se a elevação da pena em razão das barreiras naturalmente impostas à investigação. Essa circunstância, por óbvio, não determina, por si só, a competência da Justiça Federal.

O inciso II aumenta a pena de 1/3 até o dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável. É idosa a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, como dispõe o art. 1º da Lei 10.741/03.

A lei não conceitua, para os efeitos do furto, quem pode ser considerado vulnerável. O conceito pode ser obtido no art. 217-A, ou seja, podemos considerar vulneráveis o menor de quatorze anos e a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

O § 4º-C se refere ao aumento da pena “considerada a relevância do resultado gravoso”, fórmula inédita no Código Penal. Considerando que ambos os incisos têm frações variáveis, infere-se que o legislador deixou expresso o que seria mesmo intuitivo: quanto mais severo o prejuízo, maior deve ser o aumento. Mas, no parecer em que se analisava o projeto de lei, o relator da matéria fez a seguinte observação:

“Todavia, concordamos que a elevação da pena do crime de furto mediante fraude eletrônica cometida contra idosos ou fora do território nacional não deva se dar indiscriminadamente: deve haver algo mais que torne a conduta mais grave. Assim, a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para

---

47. Se o agente utiliza a invasão de dispositivo informático para cometer o furto, o crime do art. 154-A é absorvido, e o ato de invasão deve ser considerado na aplicação da pena-base do furto qualificado pelo § 4º-B, tendo em vista a maior gravidade da conduta.

a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.

Essa não nos parece a melhor forma de aplicar a causa de aumento de pena. Ora, se a majorante se refere ao crime cometido fora do território nacional e ao crime cometido contra idoso ou vulnerável, são as características intrínsecas do idoso, do vulnerável e da transnacionalidade do meio de execução que justificam primariamente o aumento. Se essas são as circunstâncias do crime, impõe-se o aumento, cuja variação, sim, deve se basear na maior gravidade do caso concreto. Utilizar a gravidade como fundamento da majorante, e não como algo derivado das circunstâncias mencionadas nos incisos I e II, subverte a lógica da aplicação da pena. Se o fundamento para a majoração fosse a extensão do prejuízo, o texto legal deveria consistir em algo como “Aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 conforme a relevância do resultado”.

Note-se, por fim, que a majoração da pena pressupõe a ciência das circunstâncias referidas no § 4º-C. O autor da subtração deve ter conhecimento de que sua conduta se vale de conexão internacional. Ou deve saber que a vítima é idosa ou vulnerável, o que nem sempre ocorrerá, em razão das circunstâncias dos crimes cibernéticos, nos quais muitas vezes o criminoso não tem nenhum contato – nem mesmo remoto – com sua vítima.

### 3. ESTELIONATO (ART. 171 DO CP)

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
<p>Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:</p> <p>Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.</p> <p>§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.</p> <p>§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:</p> <p><b>Disposição de coisa alheia como própria</b></p> <p>I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;</p> <p><b>Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria</b></p> <p>II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;</p>	<p>Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:</p> <p>Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.</p> <p>§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.</p> <p>§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:</p> <p><b>Disposição de coisa alheia como própria</b></p> <p>I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;</p> <p><b>Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria</b></p> <p>II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;</p>

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
<p><b>Defraudação de penhor</b>                      III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;</p> <p><b>Fraude na entrega de coisa</b>                      IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;</p> <p><b>Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro</b>                      V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;</p> <p><b>Fraude no pagamento por meio de cheque</b>                      VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.</p> <p>§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.</p> <p><b>Estelionato contra idoso</b>                      § 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso.</p> <p>§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:</p> <p>I - a Administração Pública, direta ou indireta;                      II - criança ou adolescente;                      III - pessoa com deficiência mental; ou                      IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.</p>	<p><b>Defraudação de penhor</b>                      III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;</p> <p><b>Fraude na entrega de coisa</b>                      IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;</p> <p><b>Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro</b>                      V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;</p> <p><b>Fraude no pagamento por meio de cheque</b>                      VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.</p> <p><b>§ 2º-A - A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.</b></p> <p><b>§ 2º-B - A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.</b></p> <p>§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.</p> <p><b>Estelionato contra idoso ou vulnerável</b>  <b>§ 4º - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.</b></p> <p>§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:</p> <p>I - a Administração Pública, direta ou indireta;                      II - criança ou adolescente;                      III - pessoa com deficiência mental; ou                      IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.</p>

O crime de estelionato também passou a contar com uma qualificadora semelhante à inserida no furto. Neste caso, contudo, a lei não faz referência específica a dispositivo eletrônico ou informático, que, no furto, pode ser invadido por meio de manobras fraudulentas. A invasão é justamente o que possibilita a subtração sem que a vítima se dê conta. No caso do estelionato, é mais grave a conduta de quem obtém vantagem utilizando informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido em erro:

- a) **por meio de redes sociais:** atualmente são muito comuns os anúncios promovidos em redes sociais como Facebook e Instagram. Não raro, são anúncios fraudulentos, manobras ardilosas para atrair pessoas que forneçam seus dados;
- b) **por contatos telefônicos:** são também muito comuns as fraudes cometidas por meio telefônico. Uma situação que se vê com certa frequência é o envio de mensagem (por *WhatsApp*, por exemplo) na qual o estelionatário se identifica como amigo ou familiar da vítima e lhe pede um depósito bancário devido a uma emergência. Sem dar-se conta, a vítima efetua o depósito na conta do criminoso;
- c) **pelo envio de correio eletrônico fraudulento:** neste caso, a vítima recebe um e-mail fraudulento, muitas vezes imitando os caracteres de empresas ou organizações conhecidas e, a partir do acesso por meio do *link* disponibilizado, insere dados de cartão de crédito ou efetua pagamentos de compras simuladas, o que proporciona a vantagem ao estelionatário;
- d) **por qualquer outro meio fraudulento análogo:** nesta fórmula analógica se inserem quaisquer outras práticas fraudulentas cometidas por meios eletrônicos ou informáticos, como páginas na *internet*, por exemplo, em que a vítima não é diretamente abordada pelo estelionatário, como nas modalidades anteriores, mas é induzida em erro por fatores diversos (simulação de um estabelecimento comercial regularmente constituído; cópia de outra página conceituada etc.).

Nesses casos, ao contrário do que acontece no furto, a vítima, ao fornecer informações que possibilitam a prática do crime, integra diretamente o artilheiro preparado pelo estelionatário para obter a vantagem indevida. Ilustremos com exemplos ambas as figuras para bem diferenciá-las:

- a) Aproveitando a vulnerabilidade de pessoas que utilizam uma rede pública de *internet*, um *hacker* intercepta a conexão e obtém dados de acesso a contas bancárias. Com esses dados à disposição, acessa as contas e transfere quantias em dinheiro para outra conta da qual efetua saques. É um caso típico de furto mediante fraude, no qual a manobra ardilosa (interceptar os dados transmitidos entre o usuário e o ponto de conexão) é utilizada para que as vítimas sejam despojadas de seus bens sem que nada percebam.
- b) Pretendendo adquirir um televisor, um indivíduo faz uma pesquisa na *internet* e encontra a página de uma conhecida rede varejista na qual o produto está sendo anunciado por um preço muito abaixo das concorrentes. Insere seus dados pessoais e bancários sem saber que, na verdade, se trata de uma página clonada,

que apenas copia os caracteres da famosa rede varejista, para induzir as pessoas em erro. Efetuado o pagamento, o dinheiro é creditado ao autor da fraude, que evidentemente não pretende entregar o produto anunciado. Nesse exemplo, ao contrário do anterior, a vítima tem participação direta, pois, induzida por um anúncio enganoso, fornece os dados para que o autor da fraude possa obter a vantagem. Trata-se, portanto, de estelionato.

Houve ainda duas alterações relativas a causas de aumento de pena para o estelionato.

O § 2º-B foi inserido no art. 171 para majorar de 1/3 a 2/3 a pena se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. O § 4º, por sua vez, foi modificado para aumentar de 1/3 (um terço) ao dobro a pena se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável.

Em ambos os dispositivos, assim como no § 4º-C do art. 155, a lei faz referência à relevância do resultado gravoso. Ressaltamos novamente que a gravidade do resultado deve servir não para a incidência das majorantes, mas sim para dosar a fração de aumento. Como já destacamos nos comentários ao crime de furto, o que justifica o aumento da pena são as características inerentes ao crime cometido por meio de conexões transnacionais ou que vitima idosos e vulneráveis.

Há um detalhe importante em relação ao § 4º, que integra o art. 171 desde a edição da Lei 13.228, em 2015. O dispositivo determinava a aplicação da pena em dobro no caso da vítima idosa. A redação atual impõe um aumento variável entre 1/3 e o dobro, ou seja, a majorante passou a ser mais branda, e pode retroagir para beneficiar condenados pela prática de estelionato contra idosos se as circunstâncias concretas não justificam a manutenção do aumento no máximo.

#### 4. ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
<p>Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.</p> <p>§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.</p>	<p>Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.</p> <p>§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.</p>

Redação anterior	Redação dada pela Lei 14.155/21
<p>§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.</p> <p>§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.</p>	<p>§ 2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.</p> <p>§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.</p> <p><b>§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Código Penal, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção.</b></p>

Dadas as diversas circunstâncias em que o estelionato pode ser cometido, não raro surgem dúvidas a respeito do juízo competente para julgamento, pois nem sempre quem sofre o prejuízo e quem obtém a vantagem se encontram no mesmo local e, em tais situações, pode haver certa dificuldade para estabelecer com precisão onde o estelionatário realmente alcançou o proveito de seu ardil.

O Superior Tribunal de Justiça julga incontáveis casos dessa natureza. Em seus julgamentos, a Terceira Seção do tribunal tem diferenciado as situações em que a fraude é cometida por meio de saque ou compensação de cheque das situações em que a vítima efetua depósito ou transferência de valores para uma conta corrente designada pelo estelionatário:

“[...] 2. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente. 3. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, vo-



luntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário.

Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. Em tais casos, entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária.

Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. Precedentes: CC 169.053/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 19/12/2019; CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 114.685/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 22/04/2014; CC 101.900/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010; CC 96.109/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 23/09/2009. 4. Tendo a vítima efetuado transferências bancárias para contas de pessoas físicas cujas agências bancárias localizam-se todas no Município de Guarulhos/SP, é de se reconhecer que a competência para condução do inquérito policial é do Juízo de Direito da 4ª Vara criminal de Guarulhos/SP, o suscitado” (AgRg no CC 171.632/SC, j. 10/06/2020).

A Lei 14.155/21 inseriu no art. 70 do CPP o § 4º para dispor o seguinte:

“Nos crimes previstos no art. 171 do Código Penal, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

A partir de agora, portanto, grande parte da controvérsia envolvendo a competência do estelionato plurilocal está resolvida: o crime cometido median-

te depósito, emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores deve ser julgado segundo o domicílio da vítima.

Nota-se que a solução legal diverge um tanto da orientação firmada pelo STJ. Para o tribunal, como vimos, o estelionato em que a vítima efetua depósito ou transferência bancária deve ser julgado no local em que se localiza a agência na qual o criminoso recebe o dinheiro. Mas o § 4º do art. 70 determina que, também nesse caso, a competência deve ser determinada pelo domicílio da vítima.

Por fim, uma observação: nos casos de pagamento por cheque, as decisões do STJ fazem referência ao local em que situada a agência bancária na qual a vítima mantém sua conta corrente. Embora, na grande maioria dos casos, a vítima mantenha a conta bancária no mesmo lugar de seu domicílio, é possível que isso não ocorra. Pela regra do § 4º do art. 70, importa o domicílio da vítima, não o local em que se situa a instituição financeira.

É provável que o legislador tenha concebido a regra pensando também nas contas bancárias digitais, operadas por instituições financeiras que têm apenas uma agência – a sede, a qual na maioria das vezes está muito distante do local em que o crime é cometido.

O novo parágrafo acaba tornando sem eficácia as súmulas 244 STJ e 521 STF, mas não a súmula 48. É que o parágrafo incluído pela Lei 14.155/21 tem como objeto cheque sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado. A súmula 48, por sua vez, se refere ao cheque falsificado.

Por fim, havendo processo, deve ser observado o instituto da “perpetuatio iurisdictionis”, necessário para a estabilidade da competência de foro. Uma vez determinada e fixada esta, quaisquer modificações de fato ou de direito supervenientes são irrelevantes em sua estabilidade.