

O CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO ADMINISTRATIVO PREVISTO NO ART. 337-L DO CÓDIGO PENAL: ANÁLISE SOBRE SUA OBJETIVIDADE JURÍDICA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO SUJEITO PASSIVO DO BEM JURÍDICO-PENAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE CRIME OF FRAUD IN BID-RIDDING OR ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN ART. 337-L OF THE PENAL CODE: ANALYSIS OF ITS LEGAL OBJECTIVITY AND THE PUBLIC ADMINISTRATION AS A PASSIVE SUBJECT OF THE LEGAL GOOD OF CONSUMER RELATIONS

Anderson Burke⁴⁰

Resumo: O crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, que veio em atualização ao revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, tipifica cinco condutas comissivas na execução do contrato administrativo, o que acontece no contexto posterior ao procedimento licitatório e, deste modo, é criticável a nomenclatura do tipo penal, haja vista que pode induzir a erro os intérpretes em imaginar que se trata da conduta que se encontra com a atual nomenclatura de “frustração do caráter competitivo da licitação”, esta que era tradicionalmente prevista no artigo 89 da Lei 8666/93 e que foi remetida para o artigo 337-F do Código Penal, tipo penal popularmente conhecido como “fraude à licitação”. Nos cinco incisos previstos no tipo penal, é de se notar que existem semelhanças com condutas típicas dos crimes contra as relações de consumo previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e na Lei 8.078/90. Ficou constatado que o entendimento tradicional é de que o crime do artigo 337-L do Código Penal tutela majoritariamente o bem jurídico da administração pública na execução do contrato administrativo. Parte da doutrina administrativista, embora resistente em reconhecer a administração pública enquanto “consumidora” para fins do Código de Defesa do Consumidor, a partir das premissas analisadas no presente estudo, foi possível se concluir que em determinadas ocasiões nas quais exista a vulnerabilidade técnica, científica ou fática da administração enquanto destinatária final em face do contratado, ela é consumidora para fins do CDC e, em se tratando dos fins penais, necessita da tutela do bem jurídico das relações de consumo. Portanto, além dos bens jurídicos tradicionais da administração pública e da livre iniciativa (este a depender do caso concreto conforme debatido), o crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, quando constatada a vulnerabilidade técnica, científica ou fática da administração em determinado caso concreto, tutela o bem jurídico das relações de consumo do Estado na execução do contrato administrativo, concomitantemente ou não com o bem jurídico da administração pública.

Palavras-Chave: Crimes em licitações e contratos administrativos. Crimes licitatórios. Crimes contra a administração pública. Fraude em licitação ou contrato administrativo. Artigo 170, V, da Constituição.

Abstract: The crime of fraud in bid-rigging or administrative contract as stated in art. 337-L of the Penal Code, which updated the revoked art. 96 of Law 8,666/93, criminalizes five commissive conducts in the execution of the administrative contract, which happens in the context after the procedure bid-rigging process and, therefore, the nomenclature of the criminal type is erroneous, given that it can mislead interpreters into imagining that it punishes the conduct that meets the current nomenclature of “frustration of the competitive nature of the bid-

⁴⁰ Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais, Direito Tributário e Direito Constitucional. Professor no curso de graduação em Direito e na pós-graduação “lato sensu” em Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Presidente da Comissão da Advocacia Criminal e Política Penitenciária da OAB/ES. Conselheiro Seccional da OAB/ES. Advogado Criminal. burke@burke.com.br

rigging”, which was traditionally provided for in art. 89 of Law 8666/93 and which was referred to art. 337-F of the Penal Code, a crime popularly known as “tender fraud”. In the five sections of the crime, it should be noted that there are similarities with crimes against consumer relations, as stated in art. 7 of Law 8.137/90 and in the crimes of Law 8.078/90. Traditional doctrine understands that the crime of art. 337-L of the Penal Code mainly protects the legal good of the public administration in the execution of the administrative contract. Part of the administrative doctrine, although resistant to recognizing the public administration as a “consumer” for the purposes of the Consumer Protection Code, based on the premises analyzed in the present study, concludes that on certain occasions in which there is technical, scientific or factual vulnerabilities of the administration as the final recipient vis-à-vis the contracted party, the public administration can figure as a consumer for the purposes of the CDC and, when it comes to criminal purposes, it requires protection of the legal goods of consumer relations. Therefore, in addition to the traditional legal goods of public administration and free market (this depending on the specific case as discussed), the crime of fraud in bid-rigging or administrative contracts in article 337-L of the Penal Code, when technical, scientific or factual vulnerability is identified, the Administration, in a given specific case, figures as a consumer, and the crime aims to protect the legal good of the State's consumer relations in the execution of the administrative contract, concomitantly or not with the legal interest of the public administration.

Keywords: Crimes in bid-rigging and administrative contracts. Bid-rigging crimes. Crimes against public administration. Fraud in bid-rigging or administrative contract. Article 170, V, of the Constitution.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal. 3. A tradicional objetividade jurídica do crime previsto no artigo 337-L do Código Penal. 4. O bem jurídico das relações de consumo e comparação do artigo 337-L do CP com o artigo 7º da lei 8.137/90 e tipos penais da lei 8.072/90. 5. Administração pública enquanto sujeito passivo do bem jurídico penal das relações de consumo. 6. Conclusões. Referências.

1. Introdução e desenvolvimento

O crime de fraude em licitação ou contrato administrativo positivado no artigo 337-L do Código Penal no Título XII, pertinente aos crimes contra a administração pública que tutelam o regular funcionamento das atividades públicas⁴¹, atualizou o revogado tipo penal previsto então no artigo 96 da antiga Lei de Licitações – a Lei 8.666/93 –, que muitas vezes tem a nomenclatura indevidamente confundida com a conduta incriminada no artigo 337-F do Código Penal, qual seja, a da frustração do caráter competitivo de licitação. São condutas bem distintas e necessitam de melhor explicação.

Em primeiro lugar, o presente estudo busca esclarecer as peculiaridades técnicas pertinentes à tipicidade objetiva e subjetiva do preceito primário do crime previsto no artigo 337-L do CP, bem como as consequências de ordem penal previstas no preceito secundário do tipo. Além destas análises, busca-se esclarecer a ordem e a natureza das alterações promovidas quando da positivação do mencionado tipo penal em comparação com o antigo, com a finalidade de se compreender, a princípio, o que o legislador buscou tutelar ao introduzir o rol de condutas proibidas nos cinco incisos do dispositivo legal em comento.

Num segundo momento, serão desenvolvidas e analisadas as definições tradicionais lançadas sobre a objetividade jurídica do crime de fraude em licitação ou contrato administrativo, tanto as considerações sobre o revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 e sobre o

⁴¹ O conceito a que nos filiamos quanto ao bem jurídico que é tutelado pelos crimes contra a administração pública desenvolvido na obra do professor Luciano Anderson de SOUZA (2018).

atual artigo 337-L do Código Penal, com o intuito de se tentar identificar alguma hipótese científica penal que reconheça ou desconsidere as relações de consumo enquanto bem jurídico tutelado pelo tipo penal aqui trabalhado.

Uma terceira e breve análise será feita sobre o instituto do bem jurídico penal das relações de consumo, para que possamos realizar uma comparação com o rol de condutas previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e no Título II da Lei 8.078/90 e, com isso, colocar à prova, no capítulo seguinte, a possibilidade de as relações de consumo, como previsto no artigo 170, V, da Constituição, serem tuteladas pelo tipo penal previsto no artigo 337-L do Código Penal.

Por fim, a partir das premissas analisadas nos capítulos anteriores em comparação com premissas que foram identificadas nas doutrinas administrativista e consumerista que discutem a possibilidade de a Administração Pública ser consumidora propriamente dita para os fins do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 –, poderemos concluir se, no atual contexto social e dogmático, o bem jurídico penal das relações de consumo, junto aos bens jurídicos tradicionalmente tutelados pelo crime de fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no artigo 337-L do Código Penal, integra a objetividade jurídica do referido tipo penal e, portanto, concluir se a administração pode ser sujeito passivo das relações consumeristas para fins penais.

2. Fraude em licitação ou contrato administrativo previsto no art. 337-L do Código Penal

O crime nomeado pelo legislador como “fraude à licitação ou contrato administrativo” está previsto no artigo 337-L do Código Penal e possui cinco incisos com a descrição de condutas incriminatórias⁴². O dispositivo legal veio em atualização ao revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, o que resultou em quatro relevantes alterações que comentaremos a seguir.

Antes da análise técnica sobre a tipicidade objetiva e subjetiva do artigo 337-L do CP, cabe apontar o equívoco da nomenclatura atribuída pelo legislador ao tipo penal⁴³. Por uma

⁴² Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); III - entrega de uma mercadoria por outra; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021); Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

⁴³ Interessante se notar que no revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 também tínhamos no preceito primário a

simples leitura e interpretação literal do seu preceito primário, é possível se observar que as condutas vedadas pelo tipo penal são passíveis de se realizar somente na execução do contrato administrativo que tenha como objeto quaisquer contratações que envolvam a aquisição ou venda de bens ou mercadorias, obras ou serviços (SALGADO, 2023, p. 157), o que somente pode ser formalizado e fraudulentamente descumprido após a realização e conclusão da concorrência mediante procedimento licitatório ou até mesmo com a sua dispensa legal nas hipóteses cabíveis. Caso exista alguma fraude anterior, no curso ou na conclusão do procedimento licitatório que cause danos à livre iniciativa⁴⁴ entre reais ou potenciais licitantes, teremos o crime de “frustração do caráter competitivo da licitação”, que instrumentaliza a administração, previsto no artigo 337-F do CP, o qual inclusive é a “fraude à licitação” propriamente dita, o que se coaduna com a crítica realizada pelo professor REALE JÚNIOR⁴⁵. No caso do crime do artigo 337-L do CP aqui analisado, o correto seria nominá-lo como “fraude ao contrato administrativo”, ou, levando-se em conta as definições trabalhadas pela doutrina, do “crime de estelionato na execução do contrato administrativo”, nomenclatura que é observada por TOJAL (2022, p. 1221)⁴⁶, ARAUJO (2022, p. 246)⁴⁷ e

menção à “fraude à licitação”, o que é uma contradição com os incisos do próprio dispositivo legal, que elenca hipóteses que somente são passíveis de execução no curso contrato administrativo. Veja: Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Tipo penal revogado pela Lei nº 14.133, de 2021).

⁴⁴ A partir de considerações que realizamos em estudo anterior, é possível verificar que a tutela da livre iniciativa está diretamente atrelada à regularidade da concorrência mediante licitação ou até mesmo da regularidade de sua dispensa legal quando cabível. Ou seja, não há o que se falar em tutela da livre iniciativa no inadimplemento fraudulento de um contrato administrativo que foi regularmente celebrado num procedimento licitatório limpo. Caso estejamos falando de fraude no procedimento licitatório, não se trata do crime do artigo 337-L do CP e sim do artigo 337-F do CP. Vejamos: “No que toca ao tipo penal da frustração do caráter competitivo de licitação, diferentemente do crime analisado no parágrafo anterior, neste não temos um procedimento licitatório em potencial que teria sido dispensado ou inexigido [...] é pacífico que estamos diante de um crime pluriofensivo, pois existe a ofensa à administração pública enquanto seu regular funcionamento e, ao mesmo tempo, à livre concorrência pelo prejuízo concreto em face dos concorrentes presentes no certame que potencialmente poderiam vencê-lo (BURKE, 2023, pp. 62-63).

⁴⁵ O tipo penal previsto no artigo 337-L, a despeito do *nomen iuris* “fraude em licitação ou contrato”, não diz respeito à fraude no processo licitatório, mas apenas em um momento alheio e posterior a ele: na execução do contrato administrativo. A fraude à licitação, de seu lado, encontra-se prevista em artigo anterior, art. 337-F, sob a denominação de “frustração do caráter competitivo de licitação”. A conduta prevista no artigo 337-L visa, pois, punir a fraude ocorrida durante a execução do contrato, quando já findos a licitação e o processo de escolha da melhor oferta. Vê-se, portanto, um descolamento e um afastamento dessa figura do que deveria ser o objeto de proteção da lei e dos tipos penais nela insertos: o processo licitatório (REALE JR., 2021, p. 62).

⁴⁶ “O crime de fraude em licitação ou contrato corresponde a uma espécie de estelionato voltado ao contexto licitatório, seja durante o certame, seja ao longo da execução do contrato dele decorrente”.

⁴⁷ “[...] assemelham-se a modalidades de estelionato, como do art. 175 do CP, referindo-se à execução dos contratos (não à formação), e destoa da doutrina majoritária que reputa irrelevante o conhecimento do adquirente. Esse deveria ser enganado. Lembra que, se tais inadimplementos contratuais partirem da Administração, poderia haver infração contra o consumidor”.

MARTINELLI (2023, p. 422)⁴⁸ e que possui coerência com as hipóteses do tipo penal, pois todas elas demandam o elemento fraude na prestação do contrato e a utilização de algum meio ardil para induzir em erro a administração.

Vejam as condutas incriminadas artigo 337-L detalhadas uma a uma, que somente são possíveis de serem praticadas na execução do contrato administrativo.

O *caput* fala em “fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente”. Ratificamos que foi um equívoco do legislador constar a “licitação” como elementar e, por consequência, objeto material do presente dispositivo. Reafirmamos a ideia de que é imprescindível o emprego de algum artifício fraudulento para a tipicidade do presente crime.

O inciso I proíbe a “entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversa das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais”. Portanto, por uma simples interpretação literal pode se entender que a entrega de mercadorias ou prestação de serviços somente pode ser praticada durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso II proíbe o “fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido”. Logo, visualiza-se que o fornecimento de mercadorias nestas condições se faz durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso III proíbe a “entrega de uma mercadoria por outra”. Mais uma vez, se entende que a entrega de mercadorias por outra é praticada durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso IV proíbe a “alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido”. Portanto, entende-se que a alteração nas condições estabelecidas no inciso é feita durante a execução do contrato administrativo que já foi celebrado e após consumado procedimento licitatório.

O inciso V proíbe “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”. Daí, raciocina-se que o emprego de meio fraudulento que torne a proposta ou execução do contrato mais onerosos para a administração é efetuado durante a execução do contrato administrativo que já foi

⁴⁸ “Constata-se que o crime em análise é uma espécie de estelionato voltado aos procedimentos licitatórios. O agente ingressa em certame para a aquisição de determinado produto ou prestação de serviço, especificados em edital, compromete-se a fornecer ou prestar se for declarado vencedor, não obstante, no momento do fornecimento ou da prestação, não cumpre sua parte. É daí que vem o prejuízo à Administração Pública: o pagamento realizado ao agente é de valor correspondente ao produto ou serviço que deveria ter entregado, não daquilo que efetivamente entregou, com qualidade inferior”.

celebrado e após consumado procedimento licitatório. Caso o meio fraudulento que torne a proposta mais onerosa para a administração for na deflagração, curso ou conclusão do procedimento licitatório, teremos a o crime previsto no artigo 337-F do CP, ou caso no momento de celebração do contrato administrativo, teremos o crime previsto no artigo 337-H do CP. Caso ocorra a conduta prevista na execução do contrato administrativo, que é a hipótese do inciso aqui analisado, estamos diante da tipicidade do art. 337-L.

Importante frisar que o mero descumprimento contratual é fato atípico para fins penais e terá o seu tratamento pela seara administrativa. Para a configuração típica do artigo 337-L do CP, requer-se o emprego de fraude com o *animus* subjetivo de se ludibriar o Poder Público contratante para fins de locupletamento às custas do dinheiro público (LUCCHESI, 2023, p. 1113). Não há previsão de punição por conduta culposa, é necessário o dolo.

A hipótese acima é reafirmada pela análise de ROCHA (2016, p. 127)⁴⁹, que, ao realizar uma introdução sobre o tipo penal, apenas leva em consideração a discussão quanto ao objeto material do crime quanto às suas espécies de contrato e das formas de pactuação entre o contratante com a administração que seriam possíveis para se verificar a tipicidade objetiva, como, por exemplo, se somente o contrato administrativo ou também a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço.

O presente tipo penal se diferencia do crime de “modificação irregular do contrato administrativo” previsto no artigo 337-H do CP, pois neste é vedado o descumprimento contratual fraudulento conforme pactuado no edital da licitação ou instrumento convocatório que demanda a boa-fé da administração, enquanto naquele não existe o descumprimento propriamente dito do contrato administrativo e, na realidade, a modificação ou qualquer outra alteração dolosa pelo administrador que prejudique a livre concorrência entre reais ou potenciais licitantes, bem como a instrumentalização da administração pública. Não há sobreposição entre tipos penais, pois são condutas bem distintas.

Ainda antes de adentrarmos na tipicidade objetiva e subjetiva do tipo penal, importa a demonstração das principais alterações realizadas pela Lei 14.133/21 em atualização sobre a Lei 8.666/93⁵⁰.

⁴⁹ A Lei de Licitações no artigo 62 distingue o contrato de outros instrumentos jurídicos que podem ser utilizados, também, para formalizar a avença e facilitar sua prova, como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra, a ordem de execução de serviço que deverão conter naquilo que for possível, as informações previstas no artigo 55 da Lei 8.666/1993. A dúvida que remanesce é se a incriminação recairia apenas quando houvesse a celebração de contrato ou, pelo contrário, os outros modos de formalização da avença poderiam caracterizar o tipo penal. [...]

⁵⁰ Destaca-se que esse verbo nuclear também está presente em outros crimes praticados em licitações e contratos administrativos: para além do art. 337-L do diploma penal, compõe os delitos de frustração do caráter competitivo de licitação (art. 337-F) e perturbação de processo licitatório (art. 337-I) (SALGADO, 2023, p. 165).

Primeiramente, se observa que houve *abolitio criminis* quanto à conduta da elevação arbitrária de preços que era prevista no inciso I do artigo 96 da lei revogada, o que tem coerência, pois a “elevação arbitrária” numa das espécies de concorrência – conduzida de modo honesto – previstas na nova lei, conduz logicamente a uma derrota no certame, ou seja, é hipótese de crime impossível, pois impossibilita a formalização do contrato administrativo, que é o objeto material do presente crime. Após formalizado, caso exista a elevação arbitrária de preços no curso do contrato administrativo, existirá procedimento próprio para avaliar a licitude e viabilidade legal de possível reequilíbrio contratual conforme os instrumentos previstos na própria Lei 14.133/21. Se existir algum ato doloso pelo administrador no sentido de aceitar o valor arbitrário dolosamente para fins de locupletamento do particular em detrimento da Administração, teremos o crime previsto no artigo 337-H do CP, não do 337-L.

Pela leitura do dispositivo penal, o sujeito passivo não mais se restringe à “Fazenda Pública”, o que gerava a interpretação que somente se teria a tipicidade objetiva quando o crime fosse praticado em detrimento da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias (BITENCOURT, 2021, p. 323). Com a supressão do termo “Fazenda Pública” e alteração no preceito primário para o termo “Administração Pública”, agora também é possível se ter como sujeito passivo as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado⁵¹.

Outra mudança significativa foi o alargamento da hipótese do objeto do contrato administrativo passíveis de tipicidade objetiva. Antes no artigo 96 da revogada lei, havia restrição para celebrações que formalizassem a aquisição ou venda de bens ou mercadoria com o Poder Público, pois existia menção expressa no preceito primário do mencionado tipo. A nova redação suprimiu as restrições às hipóteses mencionadas e, deste modo, se possibilita a tutela de outras hipóteses, como a contratação de obras e quaisquer espécies de serviços (SALGADO, 2023, p. 157).

Por fim, pela comparação literal dos tipos penais, constata-se também uma elevação, a nosso ver desproporcional, do *quantum* de pena estabelecido no seu preceito secundário, pois a pena que era de detenção de 3 (três) a 6 (seis) anos foi elevada para o patamar de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, o que inviabiliza a aplicação de institutos despenalizadores que poderiam contribuir de forma mais eficaz para a reparação do dano em favor da administração, bem como para com a prevenção sobre o particular infrator.

⁵¹ “[...] é figura mais abrangente que a previsão anterior, pois se restringia à Fazenda Pública, e agora à Administração pública o que compreende o patrimônio das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado” (SOUZA, 2022, p. 461).

Passaremos agora à leitura e análise da objetividade jurídica tradicionalmente classificada pela doutrina sobre o 337-L do CP que obrigatoriamente necessita ser lido em conjunto com as considerações da doutrina sobre o revogado 96 da 8666/93, este que foi continuamente remetido para aquele.

3. A tradicional objetividade jurídica do crime previsto no art. 337-L do Código Penal

Na perspectiva da função dogmática ou imanente do bem jurídico⁵², para se ter o requisito da tipicidade material para a configuração do crime, é fundamental, conforme o princípio da ofensividade ou lesividade como previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que exista a lesão ou ameaça concreta a um direito essencial ao ser humano⁵³. Nesse sentido, investigamos sob o ponto de vista quantitativo do princípio da lesividade⁵⁴, isto é, segundo a verificação da relevância da extensão da lesão, assim como sobre qual(is) direito(s) do ser humano afetados são significativos para fins de tipicidade material quando praticada algumas das condutas vedadas pelo artigo 337-L do CP.

Sobre a objetividade jurídica do artigo 337-L e do artigo 96 (revogado), não há distinção dogmática relevante a se realizar entre ambos – no caso entre o vigente e o revogado –, haja vista que, embora se tenha realizado três mudanças significativas no preceito primário já demonstradas no capítulo anterior, a substância das incriminações e o objeto material dos tipos penais permaneceram os mesmos.

Acerca da objetividade jurídica propriamente dita, a doutrina de modo uníssono já considerava, ainda no contexto de vigência da Lei 8.666/93 conforme observado por NUCCI (2015, p. 577)⁵⁵, PRADO (2016, p. 96)⁵⁶, que se tratava de um crime que tutelava o bem jurídico da administração pública, o que ficou consagrado pela positivação do tipo penal no Capítulo II-B do Título XI do Código Penal que é o capítulo com os crimes contra a

⁵² “A função dogmática ou imanente do bem jurídico relaciona-se, então, à interpretação das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência dogmática principal desse uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade, entendida nos sentidos formal (violação da norma correspondente ao tipo delitivo) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma)” (BECHARA, 2014, p. 144).

⁵³ “O princípio da lesividade, ou ofensividade, que está consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição, dispõe que só poderá ser levado a julgamento perante o Poder Judiciário ato que constitua uma lesão ou ameaça a um direito subjetivo” (TAVARES, 2022, p. 108).

⁵⁴ “Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos” (SANTOS, 2022, p. 54).

⁵⁵ “O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral”.

⁵⁶ “[...] tutela-se o regular funcionamento da Administração Pública, quanto à lisura e credibilidade dos procedimentos licitatórios e o próprio patrimônio público, uma vez que as condutas tipificadas implicam prejuízo considerável ao erário na aquisição ou venda de bens ou mercadorias”.

administração pública. No mesmo sentido foi o entendimento de estudos realizados por SOUZA (2022, p. 461)⁵⁷, BITENCOURT (2021, p. 323)⁵⁸, MASSON (2021, p. 74)⁵⁹, GRECO FILHO, GRECO e RASSI (2021, p. 156)⁶⁰ e BITTENCOURT (2021, p. 241)⁶¹ sobre a nova tipologia positivada pela Lei 14.133/21, o que assiste razão, haja vista que se praticada alguma das condutas dos cinco incisos do artigo 337-L do CP, existe grande potencialidade de se ter a afetação do regular funcionamento das atividades públicas ou suas funções, assim como danos ao erário público. Portanto, verifica-se a pretensão da tutela do bem jurídico da administração pública.

Entendimento comum constante na doutrina e jurisprudência dos crimes em licitação ou contratos administrativos, conforme até já defendido em pesquisa anterior em que nos debruçamos sobre os tipos penais dos artigos 337-E e 337-F do CP (BURKE, 2023, pp. 51-76), é o de que existe a tutela da livre iniciativa ou livre concorrência consagrada no artigo 170 da Constituição. Porém, entendemos que este bem jurídico tem a particularidade de se aplicar somente a alguns dos crimes positivados pela Lei 14.133/21, não a todos indistintamente. Explicaremos o porquê a seguir.

Especificamente sobre o presente tipo penal em análise, qual seja, o previsto no artigo 337-L do CP, PITOMBO (2021, pp. 173-174) entende que se tutela livre iniciativa, a livre concorrência, assim como danos à propriedade da Administração e à sociedade com fundamento nos incisos II e III do artigo 170, *caput* e inciso V, da Constituição. Especificamente sobre o que considerou por danos à propriedade do Poder Público e à sociedade, acreditamos que os fundamentos expostos pelo autor se coadunam com o regular funcionamento das atividades públicas que se prejudicado, passa a ofender concretamente o patrimônio do órgão estatal afetado e igualmente os direitos sociais, difusos e coletivos. Ou seja, na realidade o autor faz referência ao bem jurídico da administração pública em sua fundamentação, que é uma ideia acompanhada pelos demais autores e pelo legislador na positivação da Lei 14.133/21. Danos à “sociedade” é uma perspectiva vaga e abstrata quando se trata da definição de um bem jurídico ou justificação de algum instituto repressivo, uma

⁵⁷ “O bem jurídico protegido refere-se às funções públicas, afetadas pelo prejuízo ocasionado em face do descumprimento da licitação ou do contrato administrativo dela decorrente”.

⁵⁸ “Garantia da preservação do patrimônio da Administração Pública, bem como valores morais da administração”.

⁵⁹ “O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no tocante ao seu patrimônio, e também a moralidade administrativa, a integridade e a regularidade do processo licitatório e do contrato dele decorrente. Na seara do contrato administrativo, o tipo penal igualmente protege o princípio da justiça contratual, a cumulatidade e a boa-fé que orientam a execução dos contratos”.

⁶⁰ “O bem jurídico tutelado é o patrimônio público da entidade que sofre o prejuízo resultante das condutas.”

⁶¹ “O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, ameaçada com fraude na licitação ou na contratação para a aquisição de mercadorias ou serviços.”

vez que deve ser identificada qual espécie de direito difuso e coletivo é atingido para se provocar a lesão ou perigo de lesão a uma certa coletividade do corpo social.

Entretanto, especificamente sobre os bens jurídicos da livre iniciativa ou livre concorrência, apesar de existir robusto suporte teórico para tal entendimento, pois respeitados autores entendem que o art. 337-L tem como objeto material o procedimento licitatório. Nesta perspectiva de raciocínio, concordaríamos que o bem jurídico previsto no artigo 170, *caput* e em seu inciso V, da Constituição, seriam objeto de tutela, porém entendemos que o objeto material do 337-L é unicamente o contrato administrativo na sua execução.

A livre iniciativa e a livre concorrência não se aplicam ao artigo 337-L do CP, pois, pela leitura do tipo penal – conforme já debatido e defendido no capítulo anterior –, o objeto material deste tipo penal é somente o contrato administrativo, haja vista que apesar da nomenclatura do tipo penal e do legislador ter positivado o termo “fraudar licitação”, as condutas descritas nos seus cinco incisos representam um descumprimento fraudulento do contrato administrativo que somente pode ter o início da execução em momento posterior à conclusão e ao exaurimento do procedimento licitatório com a celebração do contrato, e, somente e neste momento de execução contratual, é possível se ter a tipicidade objetiva prevista. Esse pensamento vai ao encontro ao que entende ROCHA (2016, p. 126)⁶², uma vez que o autor, quando da leitura do 96 da 8666/93, identificou que o dispositivo não pretendia tutelar o procedimento licitatório, e sim o contrato celebrado com a administração.

Se por acaso existiu alguma fraude no procedimento licitatório, estaremos tratando do crime de frustração do caráter competitivo da licitação do artigo 337-F do CP, que além da administração pública também tutela a livre iniciativa e livre concorrência entre os licitantes. Porém, se a concorrência foi limpa e o vencedor descumprir o contrato fraudulentamente nestas condições, não há como se tutelar este bem jurídico. Pensando ainda na hipótese de que o contratado desde a licitação tinha o dolo de descumprir fraudulentamente o contrato administrativo, o procedimento licitatório e a posterior celebração do contrato são atos preparatórios para o futuro descumprimento contratual mediante fraude, que é a conduta tipificada no 337-L do CP, que é possível de ser cometido no segundo seguinte à vigência do contrato quando publicado no diário oficial. Portanto, o artigo 337-L do CP não tutela a livre iniciativa ou livre concorrência.

⁶² O bem jurídico tutelado não seria exatamente o mesmo dos demais crimes, isto é, a integridade do procedimento licitatório, considerado essencial para assegurar a impessoalidade e a moralidade. O que se busca proteger, em última análise, além dos valores e princípios acima nominados, seria também a comutatividade, a boa-fé e a justiça contratual que devem orientar a execução dos contratos firmados.

ROCHA (2016, p. 128)⁶³ entende que o tipo penal tutela a “justiça contratual”, ao visualizar com nitidez que é violada a boa-fé contratual com a prática de alguma das condutas tipificadas no revogado artigo 96 da Lei 8.666/93, que foi deslocado ao atual 337-L do CP por excelência do princípio da continuidade normativo-típica. Concordamos com a premissa lançada pelo autor de que o dispositivo tutela a justiça contratual, porém ela por si, caso seja um contrato comum sem qualquer especialidade que demonstre alguma vulnerabilidade do contratado, não se sustenta em se tratando do Poder Público, pois neste caso somente teremos a legítima tutela do bem jurídico da administração pública se identificados danos ao regular funcionamento das atividades públicas.

Porém, por uma simples leitura do artigo 337-L do CP em comparação literal com algumas das hipóteses do artigo 7º da Lei 8.137/90 e alguns dos tipos penais da Lei 8.078/90, quais sejam os crimes contra as relações de consumo, há fortes indícios de que podemos estar diante de um contrato especial iluminado pelo direito do consumidor em favor da Administração, o que investigaremos nos capítulos a seguir.

4. O bem jurídico das relações de consumo: comparação do art. 337-L do CP com o art. 7º da Lei n. 8.137/90 e tipos penais da Lei n. 8.078/90

No presente capítulo pretendemos realizar uma comparação literal entre o preceito primário do artigo 337-L do CP com algumas hipóteses do artigo 7º da Lei 8.137/90 e alguns dos tipos penais do Título II da Lei 8.078/90, ambos diplomas legais que tratam dos crimes contra as relações de consumo⁶⁴, bem como conhecer o bem jurídico propriamente dito das relações de consumo, com a finalidade de se verificar possível adequação para ser objeto de proteção do art. 337-L.

Feita a leitura do extenso rol de hipóteses delituosas dispostas no artigo 7º da Lei 8.137/90, foi verificado que é de interesse para o presente estudo as disposições constantes nos incisos II, III, IV, “a” e “d”, VII, VIII e IX⁶⁵. No Título II da Lei 8.078/90⁶⁶, e os tipos

⁶³ O tipo protege a justiça contratual, principalmente porque deve existir boa-fé na sua execução do contrato. A justiça contratual manifesta-se pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, de modo que ambas tenham valor correspondente, conforme preconizam a exceção do contrato não cumprido, a possibilidade do abatimento do preço vício da coisa ou evicção. Além disso, a justiça contratual encontra amparo na justa distribuição de ônus e risco de contrato, na proibição da lesão e na proibição das cláusulas abusivas.

⁶⁴ “[...] é o ramo do Direito Penal Econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor” (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 894).

⁶⁵ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para

penais dos artigos 66 e 70, pois estes se assemelham com as condutas delituosas dispostas nos cinco incisos do artigo 337-L do CP. Todos os dispositivos relacionados buscam evitar que o consumidor, que está em situação de vulnerabilidade pela sua hipossuficiência presumida, seja enganado ou prejudicado fraudulentamente pelo prestador de bens ou serviços com a entrega de produtos ou serviços de má qualidade ou nocivos, ou por manipulações de informações que causem danos pessoais ou patrimoniais.

O bem jurídico das relações de consumo é tutelado por tipos penais previstos nas leis listadas acima e possui seu fundamento constitucional no artigo 170, V, da Constituição, e se qualifica pela violação de interesses sociais de natureza econômica, especificamente os interesses econômicos do consumidor (BITENCOURT, 2016, p. 609), que foram construídos no contexto da pós-modernidade com árduas lutas sociais decorrente de desequilíbrios causados pelo fortalecimento econômico da burguesia e grandes indústrias e perpetuação das necessidades da sociedade capitalista⁶⁷.

O bem jurídico das relações de consumo é de natureza supraindividual⁶⁸, pois tutela a

vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV - fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; [...] d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa; Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

⁶⁶ TÍTULO II; Das Infrações Penais; Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes; Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa; Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor: Pena Detenção de três meses a um ano e multa;

⁶⁷ Sobre a afirmação histórica realizada, fundamental a leitura do minucioso estudo feito pelo professor Luiz Regis PRADO (2016, p. 81): “A evolução da proteção legal do consumidor passa por etapas de maior realce, como o desenvolvimento da economia de mercado (séculos XIX e XX), a formatação jurídica do princípio da autonomia da vontade e ampliação das leis trabalhistas, muito embora não deixasse de estar presente, de uma forma ou de outra, o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor. A evolução da proteção legal a partir da metade do século XX que as relações de consumo emergiram como uma questão socioeconômica, chegando-se a afirmar que o grau de desenvolvimento de uma sociedade está em função da satisfação das necessidades de seus consumidores. De qualquer modo, a proteção jurídica dos consumidores se reveste de grande importância em uma sociedade livre e democrática, e que se apresenta como eminentemente consumista”.

⁶⁸ Sobre os bens jurídicos de natureza supraindividual, esclarecedora a lição dos professores Leonardo Schmitt BEM e João Paulo MARTINELLI (2022, p. 180): “[...] os titulares dos bens jurídicos coletivos são indetermináveis, diversamente dos bens individuais, cujos titulares podem ser determináveis. A proteção penal dos bens coletivos possui especial tratamento porque o consentimento de algum ou alguns de seus titulares é irrelevante para a tipicidade material do fato. Ademais, quando um bem é coletivo, não há de se falar em

colocação em perigo de pessoas não individualizáveis e indistintas, seja em caráter individual ou até mesmo em pequenos, médios ou grandes grupos de pessoas, o que em caráter mediato pode causar a ofensa a bens jurídicos pessoais dos consumidores, como por exemplo o patrimônio, a saúde, a integridade física ou mesmo a vida de um consumidor específico, o que se faz a partir da garantia de higidez ao tráfico econômico que é configurado na regular produção, circulação e distribuição dos bens e serviços, que tem no final de sua cadeia o destinatário final que é o consumidor (NAVES, 2023, p. 562).

Pela semelhança existente entre os preceitos primários dos dispositivos constantes incisos II, III, IV, “a” e “d”, VII, VIII e IX⁶⁹ do artigo 7º da Lei 8.137/90, bem como dos artigos 66 e 70 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), além da compreensão sobre o conteúdo dogmático do bem jurídico das relações de consumo, conclui-se que a tutela do bem jurídico das relações de consumo se aproxima de modo contundente do que pretende proteger o artigo 337-L do CP, que com sua atual redação que suprimiu os termos “aquisição ou venda de bens ou mercadoria com o Poder Público” que já demonstrava certa identidade com o bem jurídico aqui analisado, fica ainda mais evidente com a atual elementar que possibilita a tutela de outras hipóteses como a contratação de obras e quaisquer espécies de serviços, que é o que pretende proteger o CDC quando verificada a vulnerabilidade do consumidor.

A constatação trabalhada acima sobre a forte identidade entre os tipos penais já era identificada por NUCCI (2015, p. 578) desde o estudo do revogado artigo 96 da Lei 8666/93, pois o autor o classificava como um “crime contra as relações de consumo às avessas”, pois se fosse o particular a vítima, se faria a subsunção em figura própria de crime contra o consumidor. Afirmava o autor que somente não era possível essa classificação, pois seria o Estado o receptor das “mercadorias” e, mesmo que não tenha se entrado na discussão que

autolesão, pois o agente que praticar a conduta proibida afeta interesse que não é exclusivamente seu”.

⁶⁹ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV - fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; [...] d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa; Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

entraremos no capítulo seguinte sobre a possibilidade do Poder Público ser consumidor para fins do CDC, deveria o empresário-fornecedor responder pela fraude nos termos do crime previsto na Lei de Licitações. O raciocínio de NUCCI não entra neste mérito, mas é uma premissa importante para se analisar a possibilidade do atual art. 337-L do CP tutelar o bem jurídico das relações de consumo previsto no artigo 170, V, da Constituição.

Sem dúvidas, pelo princípio da especialidade, caso a fraude aqui em estudo seja empregada pelo particular contratado na execução de um contrato administrativo, era correta à época a tipicidade nos termos do revogado artigo 96 da Lei 8.666/93 e, agora, nos ditames do artigo 337-L da Lei 14.133/21. O que é fundamental se esclarecer no próximo capítulo, é se atualmente a Administração pode ser considerada consumidora para fins do Código de Defesa do Consumidor e, com isso, ser objeto de tutela das relações de consumo para fins penais.

5. Administração Pública enquanto sujeito passivo do bem jurídico-penal das relações de consumo

A discussão jurídica sobre a possibilidade de a Administração ser consumidora enquanto destinatária final para fins de aplicação do CDC, é discussão antiga que surge desde anos de 1990 quando da positivação do Código de Defesa do Consumidor, e que vem causando divergências nas doutrinas de ordem administrativista e consumerista, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Na doutrina penal não se verifica algum debate específico sobre este ponto de divergência. O mais perto que chegamos desta discussão entre os penalistas foi uma tímida observação de que, caso não fosse o Poder Público na qualidade de destinatário final da cadeia de fornecimento, se trataria de um crime contra as relações de consumo (NUCCI, 2015, p. 578), porém sem entrar nesta discussão propriamente dita, bem como de modo ainda mais tímido, que o bem jurídico do crime aqui investigado protegeria a “justiça contratual” (ROCHA, 2016, p. 128).

O que se fará, portanto, é se discutir na perspectiva do direito administrativo e do direito do consumidor, para fins da objetividade jurídica do crime previsto no artigo 337-L do Código Penal, se nos tempos atuais a administração pode ser considerada consumidora para fins do CDC e, com isso, ser considerada objeto de tutela do tipo penal aqui investigado.

O entendimento tradicional desenvolvido por CRISTÓFARO⁷⁰ e JUSTEN FILHO⁷¹,

⁷⁰ “Assim, o Estado, quando contrata, como “destinatário final”, o fornecimento de bens ou serviços, o faz mediante normas próprias de Direito Administrativo que lhe outorgam uma proteção específica que não se superpõe, sob pena de implantar-se incontrolável confusão, aquela que a Lei nº 8.078/90 dispensa aos “consumidores”. O Estado adquire bens e serviços das empresas privadas, mas o faz em condições próprias e

que vem no mesmo sentido da jurisprudência do STJ,⁷² num primeiro momento no ano de 2004 e no ano de 2019⁷³, segue no sentido da impossibilidade do Poder Público ser consumidor com enquadramento no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o regime jurídico próprio do Direito Administrativo que lhe é peculiar é composto por um sistema de prerrogativas próprias, o qual é hipertrofiado com cláusulas exorbitantes que desequilibram em favor do Estado a relação contratual com o particular contratado para a satisfação do interesse público e, portanto, retiraria qualquer hipótese de vulnerabilidade do ente estatal contratante e não se poderia ser consumidora para fins do CDC em caso de sofrer alguma violação pelo fornecedor que pratique alguma violação na prestação de bens, serviços ou obras.

Com o entendimento acima, o Poder Público não poderia ser considerado consumidor para fins do CDC. Nesse sentido, *a fortiori*, ou seja, com muito melhor razão, haja vista que os crimes em licitações e contratos administrativos contêm elementos descritivos

peculiares que o protegem – ou devem protegê-lo desde que os administradores sejam diligentes como é seu dever –, melhor do que são protegidos os destinatários do Código de Defesa do Consumidor. O Estado (refiro-me às pessoas jurídicas de Direito Público, não às empresas estatais que se submetem às normas de direito privado – CF de 1988, art. 173, § 1º) pode ser fornecedor (v. arts. 4º, VII, 6º, X e 22 da Lei nº 8.078/90, este último quando o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público). Jamais será, porém, “consumidor”, colocado sob a proteção da Lei nº 8.078/90. Aliás, essa proteção certamente desfavoreceria o Estado, limitando-lhe o poder de autotutelar seus interesses” (CRISTÓFARO, , 1993, p. 132).

⁷¹ “O Regime da contratação administrativa é incompatível com a aplicação subsidiária do regime da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Isso é inviável, porquanto a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que se pudesse caracterizar a Administração como “consumidor”, não haveria espaço para a incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. Quando muito, poderia cogitar-se da situação em que a Administração Pública adquirisse produto no mercado, em situação equivalente à de um consumidor” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 1327).

⁷² ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. [...] 2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva [...] 4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. 5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado. 6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. 7. Consoante o acórdão a quo, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes. 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 527.137/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/5/2004, DJ de 31/5/2004, p. 191.)

⁷³ REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019.

consubstanciados na assessoriedade administrativa, não se poderia por consequência ser objeto de tutela do direito penal no que tange às relações de consumo do Estado, porque até então não se existiria esse direito em favor do Poder Público.

O próprio Superior Tribunal de Justiça⁷⁴ em julgamento realizado no ano de 2010 – embora não reconheça no caso concreto julgado o direito do Estado ser consumidor para fins do Código de Defesa do Consumidor – abre um importante precedente em sua fundamentação ao afirmar que a administração, mesmo com seu sistema de prerrogativas para satisfação do interesse público em detrimento dos interesses do particular, teria esse direito em casos excepcionais nos quais esteja numa de posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor. O caráter de excepcionalidade afirmado neste precedente é reconhecido por JUSTEN FILHO⁷⁵, apesar do seu entendimento firme de que o regime jurídico de cláusulas exorbitantes impossibilita o Poder Público ser consumidor em regra.

Em data mais recente, no mesmo sentido da excepcionalidade desenvolvida acima, mas já em caráter de regra geral para a administração na execução de seus contratos administrativos, o Tribunal de Contas da União,⁷⁶ no ano de 2018, e Superior Tribunal de Justiça,⁷⁷ em 2020, reconhecem o direito de o Poder Público ser consumidor para fins do

⁷⁴ ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO - INCOMPETÊNCIA DO PROCON - NULIDADE DA MULTA APLICADA. 1. Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades. 2. Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade. 3. Incompetência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS n. 31.073/TO, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/8/2010, DJe de 8/9/2010.)

⁷⁵ [...] Essa orientação apenas pode ser admitida em hipóteses excepcionais, eis que a Administração Pública é investida de poderes jurídicos que não são reconhecidos ao consumidor. No seu relacionamento concreto com um particular, a Administração Pública não pode invocar sua condição de “representante da sociedade”, argumento que coloca em risco o próprio Estado de Direito. (JUSTEN FILHO, 2023, p. 1327).

⁷⁶ Joga a favor desses fornecedores o fato de que, em muitas ocasiões, os produtos oferecidos suportam serviços públicos críticos e, por essa razão, os órgãos investem elevada parte de seus recursos técnicos e administrativos na adaptação das soluções, bem como na capacitação do quadro de pessoal para o uso da solução contratada. Assim, em grande medida, a estratégia de tecnologia e de negócios das entidades da administração pública é suportada por produtos desses fabricantes, razão pela qual substituições desses softwares, quando possíveis, têm custos elevados. [...] É importante destacar que, nesses casos, o fornecimento de serviços por grandes fabricantes de tecnologia mitiga quase que integralmente a lógica comum das prerrogativas administrativas em nome do serviço público, uma vez que impõe à Administração Pública a assinatura de contratos de adesão, padronizados em todo o mundo, não sendo, portanto, passíveis de adequação às suas necessidades. [...] Assim, quando as prerrogativas da Administração Pública, estabelecidas na legislação de licitações e contratos, são insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade, é no Código de Defesa do Consumidor que ela deve buscar socorro. (Relatório de Auditoria (RA), Acórdão 2.569/2018, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 07/11/2018).

⁷⁷ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. EQUÍVOCO. AÇÃO

Código de Defesa do Consumidor, mesmo que seja detentor do sistema de prerrogativas que lhe conferem supremacia do interesse público em prejuízo aos interesses do particular, em casos concretos nos quais na quais exista vulnerabilidade técnica, científica ou fática sobre o ente estatal em face do empresário-fornecedor nas suas aquisições, contratações de serviços ou obras, teríamos a aplicação do CDC ao Estado que teve violada suas relações de consumo.

Os entendimentos jurisprudenciais acima se consubstanciam em vasta doutrina de ordem administrativista por SZKLAROWSKY (1999, pp. 377-380)⁷⁸, CUNHA (2001, p.

DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOMENTE EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS SE EXISTENTE VULNERABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] 3. Cinge-se a controvérsia a saber se a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. 4. O conceito de consumidor consta do art. 2º do CDC, verbis: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final." 5. Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). Embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar. 6. A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, conforme o art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração. 7. Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo. 8. A existência das cláusulas exorbitantes que permitem a modificação das cláusulas contratuais e a revisão diante de fatos supervenientes, além das prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público ? como a possibilidade de aplicar sanções, fiscalizar e rescindir unilateralmente o contrato e recusar o bem ou serviço executado em desacordo com a avença ou fora das especificações técnicas, conferem condição especial à Administração, dispensando-se o uso do CDC, na maior parte dos casos. 9. Contudo, a legislação especial relativa à contratação de bens, obras e serviços públicos não confere proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços, sendo que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado. 10. Além disso, a Administração Pública celebra contratos regulados predominantemente por regras de direito privado, nos termos do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/1993, como os de locação, seguro e mesmo os bancários, como é o caso dos autos. 11. Apesar de não ser o caso em exame, não se podem olvidar, ainda, os pactos feitos pelas pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividade econômica: empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nessa última situação, tais empresas não celebram contratos administrativos, não incidindo as cláusulas exorbitantes. Por não serem contratos administrativos não se justifica afastar a aplicação do CDC. 12. Portanto, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, quando os instrumentos previstos na legislação própria foram insuficientes ou insatisfatórios, deve ser assegurada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. Nessa linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: RMS 31.073/TO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010. 13. Na hipótese dos autos, a aferição das circunstâncias do caso concreto para apuração da existência de excepcionalidade e vulnerabilidade da Administração demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, de modo que incide no caso a Súmula 7/STJ. 14. Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 1.772.730/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 16/9/2020.)

⁷⁸ "Sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei nº 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada. [...] Não se alegue que a Administração, gozando das benesses da lei especial, a que se submetem os contratos

34)⁷⁹, CUNHA (2000, p. 660-665)⁸⁰, PIMENTEL (2001, p. 276-282)⁸¹, ARAUJO (2018, p. 890)⁸², COELHO (1995, p. 101)⁸³, LEITÃO (2014, p. 195)⁸⁴ e MARQUES (2002, p. 253-

administrativos, não necessita do agasalho do Código. [...] Realmente, o art. 76 da Lei 8.666/93 dispõe que a Administração rejeitará, no todo ou em parte, a obra, o fornecimento ou o serviço executado contrariamente aos termos do contrato, ensejando a rescisão, com as consequências contratuais, legais e regulamentares. [...] Não obstante, basta cotejar os dois diplomas legislativos para concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa. [...] Aliás, o art. 54 expressamente indica, com precisão matemática, que os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e pelos preceitos do direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação.”

⁷⁹ “[...] é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições: a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos; b) o órgão ou entidade pública estiver adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial”.

⁸⁰ “A vulnerabilidade científica se configura quando se verifica por parte do contratante a ausência de conhecimentos jurídicos específicos ao objeto do contrato, assim como a ausência de conhecimentos de economia, ou correlatos. Da mesma forma que a anterior, esta vulnerabilidade é entendida, âmbito do CDC, como presumida quando o contraente é não profissional e quando for pessoa física. Os demais contratantes, como as pessoas jurídicas e os profissionais, devem comprovar a sua vulnerabilidade, uma vez que se presume, em princípio que me face da situação peculiar haveriam de deter conhecimentos, ou pelo menos ter acesso a quem detenha conhecimentos específicos. A última forma de vulnerabilidade a ser considerada seria a denominada vulnerabilidade fática. Esta vulnerabilidade se verifica levando-se em conta um dos pólos da relação contratual, qual seja, o fornecedor ou prestador de serviços, que pela sua peculiar situação ao mercado, quer derivada de seu poder econômico, quer em decorrência da necessidade dos serviços ou produtos que disponibiliza, estar-se-ia situado numa posição sobremaneira em face daqueles que necessitam dos produtos ou serviços por ele ofertados. Esta vulnerabilidade é presumida, nos termos do CDC, para o contratante não-profissional e pessoa física. Portanto, os profissionais e pessoas jurídicas haveriam de demonstrar sua vulnerabilidade, naquela situação específica, a fim de se beneficiar da tutela protetiva do CDC”.

⁸¹ “aplicando-se o CDC aos contratos administrativos, a Administração poderia pleitear ao juiz o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da proposta apresentada no procedimento licitatório, através da tutela específica, ou requerer providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, como preveem os arts. 35 e 84, ao invés de circunscrever sua demanda à indenização por perdas e danos.

A Administração poderia, outrossim, além das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, valer-se do CDC para incluir o nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores, ou pleitear ao juiz a imposição de contrapropaganda, na hipótese de se verificar que, através do procedimento licitatório, o fornecedor incorreu na prática de publicidade enganosa ou abusiva. Enfim, concluímos que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços como destinatária final e, portanto, poderá receber a tutela do CDC.”

⁸² “[...] a aplicabilidade ao Estado, do Código de Defesa do Consumidor em tais hipóteses (inclusive nos aspectos que lhe são favoráveis), em nada conflita com sua condição de Poder Público e com o sistema constitucional da responsabilidade civil objetiva que rege suas relações com o administrado”.

⁸³ “É comum, após a conclusão do certame licitatório e da celebração do contrato de aquisição de mercadorias ou de prestação de serviços, verificar o poder público a presença de vício no fornecimento. Concretamente, a mercadoria ou o serviço adquiridos não atendem por completo às finalidades deles esperadas. [...] Caracteriza-se, pois, inexecução parcial do contrato administrativo, situação para a qual reservou a nova lei de licitações, em princípio, apenas a sanção da rescisão contratual (art. 77). [...] Há, no entanto, situações em que o mais interessante para o poder público não seria, propriamente, a rescisão do contrato, seguida da devolução da mercadoria ou - quando factível - do serviço e indenização por perdas e danos. A demora na conclusão de novo certame licitatório e a reclamação contra o fornecedor podem mostrar-se mais prejudiciais ao interesse público do que algumas outras alternativas que a moderna legislação consumerista contempla. [...] Cogita-se, exatamente, da juridicidade de o poder público, ao invés de rescindir o contrato, optar pela redução proporcional do preço (ação estimatória) ou pela substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica). [...] O exercício dessas outras alternativas, diante de fornecimento viciado, é plenamente cabível se há previsão contratual, devidamente fundada em cláusula editalícia da licitação que precedeu à formalização do contrato. Em quaisquer condições, ainda que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição, nessa hipótese, não se possa determinar como destinação final, poderá o poder público adotar a ação estimatória ou a

255)⁸⁵ desde a década de 90, ao longo dos anos 2000 e até os dias atuais vêm discutindo este ponto controverso e defendendo a hipótese da administração pública ser consumidora, haja vista que a lei não faz qualquer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas enquanto objeto de tutela do CDC, tampouco restringe o direito das relações de consumo ao Estado, o qual pode ficar em estado de vulnerabilidade técnica, científica ou fática perante seu contratado.

Com a vigência da Lei 14.133/21, temos novas modalidades e ferramentas dinâmicas e desburocratizadas que ainda não estão consolidadas diante da ainda recente vigência da nova lei, como por exemplo os de aquisição de bens e produtos por plataformas de “E-Marketplace”, além da grande dominação da tecnologia praticamente em todas as searas da estrutura da administração pública, situações estas criadas pela globalização da pós-modernidade nas quais o Poder Público e seus agentes estão e ficarão cada vez mais vulneráveis nas relações de consumo do Estado, seja no viés técnico, científico ou fático.

Por tudo o que discutimos, neste contexto da execução do contrato administrativo, são objeto de tutela do artigo 337-L do CP os bens jurídicos da administração pública e das relações e consumo, o que deve ser analisado criteriosamente em cada caso concreto com a devida distinção pelo Poder Judiciário, uma vez que não necessariamente ambos bens

executória específica para solucionar o viciamento do objeto. Já, por outro lado, se inexistente previsão contratual, o exercício dessas ações contra o fornecimento viciado, somente se revela cabível, mediante a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.666/93, art. 54, in fine). E, assim sendo, é indispensável que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição se revista de natureza de destinação final, inclusive no tocante à qualificação de fornecedor do contratante.”

⁸⁴ “Nos procedimentos licitatórios também há espaço suficiente para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, num verdadeiro diálogo das fontes, o qual permite a aplicação coerente e coordenada das duas fontes normativas, as Leis n.ºs 8.078/90 e 8.666/93. O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, permitindo uma aplicação simultânea das fontes normativas, como alternativa para a forma tradicional de substituição de uma fonte do sistema normativo por outra. [...] Por esse diálogo, pode se concluir ser razoável a aplicação da Lei Consumerista aos contratos administrativos, em caráter subsidiário e complementar, quando o Estado adquirir produtos ou serviços na condição de destinatário final, para o atendimento de uma necessidade própria, como o aparelhamento dos órgãos estatais, e estiver em posição de vulnerabilidade técnica e informacional perante o fornecedor.”

⁸⁵ “Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão destinatário final do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. [...] Já os maximalistas vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (...) Destinatário final seria o destinatário físico do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família.”

jurídicos são atingidos em caráter obrigatório, haja vista a possibilidade de tipicidade formal e ausência de tipicidade material.

A Administração Pública, quando na execução do contrato administrativo, for vítima de fraude por parte do fornecedor contratado em qualquer modalidade de aquisição de bens, prestação de serviços ou obras, é vítima do crime que deveria ser nomeado como “fraude ao contrato administrativo” ou de “crime de estelionato no contrato administrativo”, este previsto no artigo 337-L do Código Penal, o qual tutela os bens jurídicos da administração pública e das relações de consumo do Poder Público.

6. Conclusão

As alterações promovidas no art. 337-L do Código Penal em atualização ao revogado art. 96 da Lei 8.666/93 significaram em I) alargamento das espécies de contratos administrativos que agora, além da aquisição ou venda de bens ou mercadorias, também considera quaisquer prestação de serviços ou obras; II) ampliação do sujeito passivo do delito, pois não mais se restringe à Fazenda Pública; III) abolição da incriminação de elevação arbitrária de preços; e, por fim, IV) significativo e desproporcional aumento de pena no seu preceito secundário.

Ressalta-se a crítica a ser realizada sobre a nomenclatura do tipo penal, haja vista que as condutas positivadas no dispositivo legal são passíveis de se operacionalizar somente na execução do contrato administrativo, seja qual for a prestação pactuada com a administração. O correto seria se chamar “fraude ao contrato administrativo” ou “crime de estelionato no contrato administrativo”.

Entendemos numa primeira leitura, alheio ao debate quanto à legitimidade do tipo penal em análise e partindo-se do pressuposto de que possui lesividade, que pode ocorrer a afetação ao regular funcionamento das atividades públicas, ou seja, ao bem jurídico da administração pública. Porém, quanto ao bem jurídico da livre iniciativa, não é possível a sua lesão pelo presente dispositivo legal, haja vista que a ação delituosa somente é passível de ser operacionalizada na execução do contrato administrativo em momento posterior à concorrência ou escolha legal que, se por acaso for objeto de fraude, se terá a tipicidade do artigo 337-F do Código Penal. Pensando ainda na hipótese de que o contratado desde a licitação tinha o dolo de descumprir fraudulentamente o contrato administrativo, o procedimento licitatório e a posterior celebração do contrato são atos preparatórios para o futuro descumprimento contratual mediante fraude, esta que é a conduta tipificada no 337-L do CP.

Realizada a comparação do tipo penal do artigo 337-L do Código Penal com o rol de condutas penais previstas no rol do artigo 7º da Lei 8.137/90 e no Título II da Lei 8.078/90, foi possível se constatar semelhanças quanto ao conteúdo de incriminação dos referidos tipos penais, no sentido de que todos os dispositivos legais analisados possuem potencialidade de se tutelar o bem jurídico das relações de consumo prevista no artigo 170, V, da Constituição. Se não fosse a controvérsia existente quanto à possibilidade de a administração ser consumidoras para fins do CDC – argumento que se ampara na existência da exorbitância de suas prerrogativas frente ao particular contratado e com regime próprio para sanar perdas e danos por descumprimento contratual –, pacificamente se teria o entendimento de que se trata de uma norma penal adequada à proteção das relações de consumo concomitantemente à tutela da administração pública, quando for o caso.

Analisados os argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de a administração ser consumidora para fins do CDC constantes na doutrina administrativista e consumerista, assim como na jurisprudência não pacífica do Superior Tribunal de Justiça em julgamentos de casos concretos que envolvem o Poder Público enquanto consumidor, é razoável se entender que mesmo quando existente o regime jurídico de supremacia do interesse público sobre o particular e mecanismos próprios de prerrogativas para a solução do contrato administrativo não cumprido mediante fraude, quando se ficar evidenciada a vulnerabilidade técnica, científica ou fática do Poder Público em face do contratado seja qual for a modalidade de concorrência ou escolha legal e, além disso, quando praticada alguma das condutas previstas nos incisos do art. 337-L do CP, existe a violação ao bem jurídico das relações de consumo concomitantemente – ou não – ao regular funcionamento das atividades públicas.

7. Referências

ARAUJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. *Crimes contra as licitações no código penal: atualizado com a Lei 14.133/21 (nova lei de licitações e contratos administrativos)*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direitos penal: lições fundamentais – parte geral*. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. 2ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, Sidney. *Infrações e Crimes Licitaçãoários na Nova Lei de Licitações*. 2ª ed. Curitiba, Íthala, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 527.137/PR (2003/0047959-4), 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 31.073/TO, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/8/2010, DJe de 8/9/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.772.730/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 16/9/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA), Acórdão 2.569/2018, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 07/11/2018.

BURKE, Anderson. *Crimes licitaçãoários e teoria da graxa sobre rodas*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Ano 4. n. 15. jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 51-76.

COELHO, Fábio Ulhôa. *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços*. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), nº 1, p. 101, 1995.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. *Limites do campo de incidência da Lei nº 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 323, p. 132, jul./set. 1993.

CUNHA, Eunice Leonel. *Aplicabilidade das disposições constantes do código de defesa do consumidor à Administração Pública*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, p. 660-665, set. 2000.

CUNHA, Jatir Batista da. *Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos administrativos*. *Revista do TCU*, Brasília, p. 30-34, jan./mar. 2001.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Ana Marcia; RASSI, João Daniel. *Dos crimes em*

licitações e contratos administrativos: de acordo com a Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Revista do Tribunais, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

LEITÃO, Carmen Cecília Codorniz Prado. *O Estado contrante-consumidor e a aplicação do CDC.* Revista Da Procuradoria Geral Do Estado De São Paulo. ISSN: 0102-8065. v. 79. 167-197. Edição Semestral, jun, 2014.

LUCCHESI, Guilherme. *Dos crimes em licitações e contratos administrativos (arts. 337-E a 337-P).* In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código Penal Comentado.* 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023, pp. 1108-1148.

MARQUES, Cláudia Lim,a. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINELLI, João Paulo. *Crimes da lei de licitações.* In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: leis penais especiais.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 387-436.

MASSON, Cleber. *Crimes em licitações e contratos administrativos.* 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

NAVES, José Paulo Micheletto. *Crimes contra as relações de consumo.* In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: leis penais especiais.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 551-732.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* vol 1. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A administração pública como consumidora nas relações de consumo.* Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, nº 4, p. 276-282, abr. 2001.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PARZIALE, Aniello. *Comentários à nova lei de licitações públicas e contratos administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.* São Paulo: Almedina, 2022.

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. *Fraude em licitação ou contrato.* In: BREDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 173-177.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Incongruências e insegurança*. In: BREDA, Juliano (Coord.). Crimes de licitação e contratações públicas. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 53-78.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Fraude em licitação ou contrato*. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (Coord.). Crimes em licitações e contratos administrativos. São Paulo: Quartier Latin, 2023, pp. 155-170.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2022.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte especial – arts 312 a 359-H do CP*. 3ª ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos*. Boletim de Licitações e Contratos, agosto, p. 377/380, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1999.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da Teoria do Delito*. 4ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

TOJAL, Tarsila Fonseca. *Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos*. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). Código Penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 1153-1256.