

LEI 14.133/2021 E OS NOVOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Rodrigo Resende Scarton*

Resumo: A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) acrescentou o Capítulo II-B ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, criando infrações penais tipificadas em seus artigos 337-E a 337-O, além de definir nova metodologia na aplicação da pena de multa cominada a tais delitos. A finalidade deste trabalho é analisar essas alterações legislativas como instrumentos no combate à corrupção. Para isso, serão abordados não somente os benefícios da nova legislação, quando em comparação com a antiga Lei 8.666/1993, mas também os novos tipos penais introduzidos no ordenamento jurídico pátrio, bem como seus aspectos investigatórios e processuais mais relevantes.

Palavras-chave: Direito Penal. Corrupção. Lei 8.666/1993. Lei 14.133/2021. Crimes licitatórios.

Sumário: 1. Notas introdutórias: a correlação entre a corrupção e os procedimentos licitatórios. 2. Aspectos investigatórios e processuais relevantes dos crimes licitatórios. 3. Dos crimes licitatórios em espécie: análise comparada e reforço legislativo no combate à corrupção. 4. Considerações finais. Referências.

Law 14.133/2021 and the new public bids and administrative contracts act as a tools in the fight against corruption

Abstract: The new Brazilian Public Bids and Administrative Contracts Act (Law 14.133/2021) adds Chapter II-B to Title XI of the Brazilian Special Penal Code, creating criminal offences under Articles 337-E to 337-O and prescribing a new method for applying penalty of fine to these offenses. The aim of this

* Advogado especialista em Direito Penal e em Direito Processual Penal (FMP). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos (FMP). Aprovado Analista Jurídico do MPRS (2021). Bacharel em Direito (PUCRS). *E-mail:* rodrigo.scarton@acad.pucrs.br

article is to analyze these legislative changes as tools in the fight against corruption. This analysis will detail the benefits of the new legislation when compared to the previous Law 8.666/1993, and also the benefits of the new types of criminal conducts included in the Brazilian legal configuration, as well as their most prominent investigative and procedural aspects.

Keywords: Criminal Law. Corruption. Law 8666/1993. Law 14.133/2021. Public bids crimes.

Summary: 1. Introductory remarks: the correlation between corruption and public bidding procedures. 2. Relevant investigative and procedural aspects of public bidding crimes. 3. On general public bidding crimes: comparative analysis and legislative strengthening in the fight against corruption. 4. Final considerations; References.

1 **Notas introdutórias: a correlação entre a corrupção e os procedimentos licitatórios**

A corrupção é um fenômeno sociológico universal e atemporal. Registros históricos mostram que todas as sociedades e civilizações enfrentaram, à sua própria maneira, essa mazela social. Com o advento da globalização, esse fenômeno tornou-se complexo e capaz de alcançar projeções astronômicas, na medida em que o avanço tecnológico proporcionou aos agentes ímprobos diversos mecanismos de mal gerir o patrimônio público.

A preocupação com o aviltamento das verbas públicas remonta ao embriônico surgimento da sociedade brasileira, que sempre apresentou crônica propensão de apropriação do público pelo particular.

A existência de um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. A despeito disso, ainda hoje, em muitos rincões do nosso país, são inúmeros os casos de corrupção e malversação administrativas. Não raro, os agentes públicos¹ se divorciam dos princípios nucleares da ordem jurídica, promovendo gestões públicas desastrosas (ANDRADE, 2019, p. 777-778).

Dallagnol (2017, p. 41) relata que, segundo estimativas adotadas pela ONU e pelo Fórum Econômico Mundial, a corrupção custa ao mundo 5% do PIB mundial. Aplicado esse percentual ao PIB brasileiro de 2020, de 7,4 trilhões de reais, os desvios teriam causado um prejuízo de aproximadamente 370 bilhões de reais aos cofres públicos.²

¹ Landolfo Andrade define corrupção na Administração Pública como: “[...] o abuso da função pública para ganho pessoal direto ou indireto. Os pressupostos necessários para a instalação da corrupção na esfera estatal são o desvio de poder e a ausência de interesse ou compromisso com o bem comum” (2019, p. 650).

² Informações atualizadas para o ano de 2020.

Esses dados foram, durante muito tempo, negligenciados pela sociedade brasileira. O esquema de compra de votos de parlamentares conhecido como “Mensalão” foi um primeiro choque de realidade ao povo brasileiro.

Todavia, foi somente com a deflagração da famigerada Operação Lava Jato, cuja primeira fase teve início na data de 17 de março de 2014, que a sociedade brasileira tomou conhecimento da corrupção sistêmica que assolava o país.³ Isso porque nunca na história do Brasil se conseguiu recuperar tanto dinheiro como nessa investigação.

Antes da Lava Jato, a maior quantia que o país tinha reavido de dinheiro desviado em único processo era de 45 milhões de reais. Em abril de 2016, a Lava Jato já recuperara, em acordos de colaboração, 2,9 bilhões de reais (NETTO, 2016, p. 276-277).

Dentro desse cenário, as licitações e contratos públicos⁴ representam instrumentos de corrupção no Brasil, em todos os níveis federativos. Exemplificativamente, as revelações ocorridas no âmbito da Lava Jato demonstraram que boa parte do processo eleitoral nacional e do posterior exercício dos mandatos executivos ou parlamentares conquistados fundavam-se em multifacetados atos de corrupção; dentre eles, as fraudes licitatórias cujos superfaturamentos eram direcionados para fazer “caixa 2” e irrigar campanhas eleitorais dos “donos do poder” e seus aliados (PINHEIRO, 2021, p. 7). Entre as principais fraudes que ocorrem no procedimento licitatório, pode-se citar: a prática de direcionamento da licitação, a contratação por preços superfaturados, a associação de empresas a fim de prejudicar o caráter competitivo das licitações, o pagamento de propina e as contratações diretas por meio de dispensa emergencial fabricada ou fracionamento de despesa (FORTINI; MOTTA, 2016).

³ Segundo Barbacetto, Gomez e Travaglio: “Esquemas de corrupção sistêmica minam a confiança dos cidadãos na regra da lei ou no governo das leis. Quando parte dos governantes e dos governados agem no interesse próprio, em desrespeito à lei, quando não seguem as regras gerais e iguais, ao contrário têm as suas próprias regras do jogo especiais, os demais, a maioria, sente-se desmotivada em agir conforme as regras gerais e iguais e, além disso, passa a ver a política como uma mera disputa de poder na qual o que conta são os interesses privados especiais e não o público” (2016, p. 6).

⁴ Lecionando sobre o tema, Matheus Carvalho escreve: “A Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública composta por seus órgãos e agentes. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha de pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo. A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por ser um procedimento que antecede o próprio contrato, por meio do qual várias pessoas podem concorrer em igualdade de condições e a Administração Pública pode escolher a proposta mais vantajosa, além de atuar na busca do Desenvolvimento Nacional. A licitação é um procedimento administrativo prévio às contratações públicas, realizado em uma série concatenada de atos, legalmente distribuídos, culminando com a celebração do contrato” (2019, p. 445).

Nem mesmo a situação de pandemia causada pela COVID-19 foi capaz de frear essa rotina ordinária da corrupção nas contratações públicas, em que o lema “salvar vidas” foi entoado para justificar a construção de hospitais de campanha com inequívoco sobrepreço e a compra de respiradores,⁵ também com valores demasiadamente superiores aos praticados pelo mercado mesmo no período da pandemia (PINHEIRO, 2021, p. 10).

Como exemplos, podem-se citar a operação “Cobiça Fatal”, em São Luís do Maranhão, que constatou um superfaturamento na compra de 320 mil máscaras pela Secretária Municipal de Saúde da cidade (SANTOS; OLIVEIRA, 2020); bem como a operação “Placebo”, que aponta para um esquema de corrupção envolvendo uma organização social contratada para a instalação de hospitais de campanha e servidores da cúpula da gestão do sistema de saúde do Estado do Rio de Janeiro (POLÍCIA FEDERAL, 2020), que culminou na exoneração e prisão do então governador Wilson Witzel.

É nesse contexto, então, que surge a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O legislador, atento à relevância de procedimentos licitatórios íntegros e probos no enfrentamento à corrupção, publicou, em 10 de junho de 2021, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), que acrescentou ao Código Penal, entre os crimes contra a Administração Pública, os arts. 337-E a 337-P, incluindo neles doze novos tipos penais, além de trazer uma nova regulamentação à pena de multa no âmbito dos crimes licitatórios.

Trata-se, a mencionada lei, de incontestável reforço legislativo no combate à corrupção, na medida em que estipula importantes ferramentas investigatórias e processuais e maior rigor na punição desses atos ímprobos, conforme será, então, abordado.

2 Aspectos investigatórios e processuais relevantes dos crimes licitatórios

Como já pontuado, o art. 193, I, da Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, revogou, expressamente, na data de sua publicação, os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 2020; 1993). Além dos antigos crimes de licitações e da extinta sistemática da pena de multa, também foram revogados os arts. 100 a 108 do antigo diploma legislativo, os quais continham disposições processuais aplicáveis aos delitos nela definidos, com aplicação subsidiária do CPP e da Lei de Execução Penal.

⁵ No Rio de Janeiro ocorre a investigação denominada “Mercadores do Caos”, iniciada em maio, que busca combater a organização criminosa que teria desviado mais de R\$ 18 milhões do Estado, destinados à compra de aparelhos ventiladores ou respiradores pulmonares para o tratamento de pacientes em estado grave por portarem o vírus (MPDFT, 2020).

Agora, em relação aos crimes previstos nos arts. 337-E a 337-O do Código Penal (BRASIL, 1940a), não há regras processuais específicas; aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal, como acontece no tocante aos crimes em geral.

Essa nova sistemática possui repercussões interessantes e que podem levantar questionamentos acerca dos aspectos investigatórios e processuais dos crimes licitatórios – que, se aplicados à luz da Constituição Federal, poderão se consubstanciar em verdadeiros instrumentos no enfretamento à corrupção. Dentre os principais, pode-se citar:

- O ainda possível uso da ação penal privada subsidiária da pública nos crimes licitatórios – O art. 103, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), previa a possibilidade de uso da ação penal privada subsidiária da pública nos crimes licitatórios. Apesar da revogação do mencionado artigo, a melhor doutrina já se pronuncia no sentido de que ainda é possível o uso da ação penal privada subsidiária da pública nos crimes licitatórios. Nesse sentido, o professor Igor Pinheiro:

Parece-me que a resposta, indubitavelmente, é no sentido de que tal mecanismo continua sendo apto e legítimo para os casos de desídia ou omissão do Ministério Público, pois estamos diante de um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, voltado a conferir maior participação da sociedade na persecução dos delitos em geral que, no caso concreto, serve para a tutela do direito fundamental anticorrupção. (2021, p. 69).

- A obrigação legal dos funcionários públicos comunicarem a ocorrência de crimes de que tenham ciência e os delitos correlatos – No campo licitatório, é notória a preocupação do legislador com a possibilidade de fraudes. Isso porque a nova Lei, no seu art. 169, instituiu um mecanismo de “linhas de defesa”, estipulando órgãos variados com integrantes diversos (chamado de segregação de funções) cuja finalidade é aumentar o número de sujeitos que participam de todo o procedimento, e possibilitar, ao fim e ao cabo, maior controle e punição. Nesse sentido, *in verbis*:

Art. 169, Lei 14.133/2021. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

- primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
- segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
- terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

§2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do *caput* deste artigo observarão o seguinte:

- quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;
- quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste §3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência (BRASIL, 2021).

Importante referir, por fim, que o desrespeito à obrigação legal, além de configurar ato de improbidade administrativa, poderá configurar os delitos previstos no art. 66 da Lei de Contravenções penais (BRASIL, 1941b), prevaricação (art. 319, do Código Penal) ou condescendência criminosa (art. 320, do Código Penal) (BRASIL, 1940a). Caso, porém, a omissão se dê por conveniência e participação no esquema criminoso, a imputação ao agente público será a mesma do delito licitatório respectivo, nos termos do art. 13, §2º, “a”, do Código Penal (*ibid.*).

- Investigações criminais com base em denúncias anônimas – Uma das principais formas de denúncias dos crimes licitatórios é a anônima, muitas vezes realizada pelos próprios servidores públicos que trabalham no âmbito dos procedimentos licitatórios e que possuem medo das retaliações que podem advir se o fizessem de modo explícito (PINHEIRO, p. 88, 2021).

Jurisprudência consolidada entende que a persecução penal não poderá iniciar com base exclusivamente em denúncia anônima, devendo ser realizada uma “investigação preliminar” (colheita informal de outros elementos de prova, também chamada de verificação de procedência de informações – VPI), para confirmar indícios mínimos do fato criminoso. Assim, uma vez apresentada uma denúncia anônima cujo conteúdo apresente-se verossímil a partir dessa colheita preliminar de elementos, justifica-se a instauração formal da investigação para apurar o fato.

Nessa linha de raciocínio, o julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal:

A denúncia anônima pode servir de base à investigação e à persecução penal, desde que precedida por diligências tendentes a averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedentes. 2. No caso concreto, a investigação foi precedida por diligências empreendidas com o fim de apurar a fidedignidade das informações apócrifas, cumprindo as balizas definidas pela Suprema Corte [...] (STJ, 2019).

Aplicando o mesmo entendimento para eventual interceptação telefônica,⁶ o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIMES AMBIENTAIS E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGADA NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DOS ELEMENTOS DE PROVA DECORRENTES. INOCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, é permitido o deferimento de procedimento de interceptação telefônica com base em denúncia anônima, desde que se realizem diligências preliminares, averiguando a veracidade das informações prestadas, conforme dispõe o art. 2º, II da Lei 9.296/96. [...] (STJ, 2018).

- Da possibilidade de indisponibilidade patrimonial na área criminal como forma de garantir o ressarcimento ao erário – Os crimes licitatórios trazem prejuízos consideráveis aos cofres públicos, pois impedem a legítima concorrência que deve permear os contratos administrativos, ou até mesmo possibilitam pagamentos de propinas a agentes públicos após aquisições fraudulentas; bem como permitem aquisições com valor acima de mercado ou o recebimento de produtos diversos dos adquiridos contratualmente. Nesse contexto, é possível o pedido de indisponibilidade patrimonial, amparado no Decreto-Lei 3.240/1941 (BRASIL, 1941a), que sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas e cuja vigência é calcada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI 3.240/41. NÃO REVOGAÇÃO PELO CPP. SISTEMÁTICA PRÓPRIA. CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RECURSO

A QUE SE NEGA PROVIMENTO. “De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, o Decreto-Lei 3.240/41 não foi revogado pelo CPP, sendo certo, outrossim, que o art. 4º do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave”. (STJ, 2015).

⁶ Corroborando o exposto, Renato Brasileiro: “Diante de uma denúncia anônima, deve a autoridade policial, antes de instaurar o inquérito policial, verificar a procedência e veracidade das informações por ela veiculadas. Afigura-se impossível a instauração do procedimento criminal baseado única e exclusivamente em denúncia anônima, haja vista a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, no campo cível e penal” (2019, p. 133-134).

É importante ressaltar que não somente os bens dos investigados ou réus do processo penal podem ser objeto dessa constrição, mas também os das pessoas jurídicas que venham a se beneficiar, direta ou indiretamente, com os crimes licitatórios que causem prejuízo ao erário.⁷

Ainda, o sequestro criminal de que trata o diploma em questão (BRASIL, 1941a) possui o requisito de urgência implícito, de modo que não se faz necessária a demonstração de eventual ato de dilapidação patrimonial para a sua concessão.⁸ É importante salientar que a constrição não se limita apenas ao valor supostamente referente ao dano patrimonial específico, sendo possível a decretação do sequestro em valor além do numericamente fixado inicialmente para o prejuízo público, a depender das particularidades do caso concreto.⁹

Por fim, urge ressaltar recente sanção presidencial do projeto de revisão da Lei de Improbidade Administrativa (PL 2505/21). Com a publicação da Lei 14.230/2021, que alterou a Lei 8.429/92, que dispõe sobre improbidade administrativa, houve substancial modificação na sistemática de indisponibilidade de bens para ressarcimento ao erário, tornando a aplicabilidade do instrumento muito mais restrita.

A tendência, inclusive, a se observar os atuais posicionamentos das Cortes Superiores em matérias análogas, é de que essas alterações na Lei de Improbidade Administrativa estendam-se aos crimes licitatórios, tornando praticamente inócuo o instrumento de indisponibilidade de bens para salvaguardar o ressarcimento ao erário, em verdadeiro retrocesso à defesa do patrimônio público.

- (Im)possibilidade do uso de gravações ambientais após a Lei Anticrime – Os crimes licitatórios possuem a característica de serem praticados, via de regra, com ajustes prévios em gabinetes ou reuniões secretas com poucos participantes, o que dificulta maiores provas dos ajustes espúrios, salvo quando se consegue angariar elementos por outros meios de prova (PINHEIRO, 2021, p. 180).

Uma delas é exatamente a gravação ambiental,¹⁰ em que um dos participantes realiza a captação de conversa sem o conhecimento do(s) outro(s) envolvido(s). Tal prova, frise-se, é considerada lícita há bastante tempo, inclusive com repercussão geral reconhecida pelo STF no Recurso Extraordinário 583.937/RJ (STF, 2009).

Ocorre que a derrubada do veto ao art. 8º-A, §4º da Lei de Interceptações Telefônicas (BRASIL, 1996), inserido pela Lei Anticrime (BRASIL, 2019), vem

⁷ Nesse sentido, ver AgInt no RMS n. 53.637/PE (BRASIL, 2017a).

⁸ Ver STJ, REsp 1898607/RJ (STJ, 2021).

⁹ AgRg, no RMS 64.068/SP (STJ, 2020).

¹⁰ Renato Brasileiro define o termo: “É a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex. gravador, câmeras ocultas, etc.)” (2019, p. 430).

levantando debates no sentido de aplicação e uso das gravações ambientais apenas pela defesa. Entretanto, consoante jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal,¹¹ bem como doutrina especializada, deve-se entender que o uso de gravações ambientais pela parte da acusação é, sim, instrumento legítimo em prol da sociedade e do combate aos crimes licitatórios e, conseqüentemente, do combate à corrupção. Nesse sentido, Renato Brasileiro:

Ao limitar o uso de uma prova lícita apenas pela defesa, o art. 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96, também vem de encontro à paridade de armas, consectário lógico do princípio do contraditório, além de representar um gravíssimo retrocesso legislativo no combate à criminalidade que assola o país, sobrevalorizando a tutela de interesses individuais disponíveis, como a intimidade e a vida privada, em detrimento da proteção do interesse público na tutela da segurança pública (2021, p. 406).

Ultrapassados os pontos nevrálgicos acerca dos aspectos investigatórios e processuais no âmbito dos crimes licitatórios, insta analisar os tipos penais em espécie, quando em comparação com a antiga Lei 8.666/93.

3 Dos crimes licitatórios em espécie: análise comparada e reforço legislativo no combate à corrupção

Conforme mencionado anteriormente, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021), por meio do seu artigo 178, acrescentou ao Código Penal, entre os crimes contra a Administração Pública, os artigos 337-E a 337-P, além de trazer uma nova regulamentação à pena de multa no âmbito dos crimes em licitações e contratos administrativos.

Antes da entrada em vigor da Nova Lei, a matéria atinente aos crimes licitatórios era disciplinada pelos artigos 88 a 99 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), a antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Tais delitos foram, então, revogados, e os novos tipos penais – que, frise-se, também incidem nas licitações e contratos regidos pela Lei 13.303/2016 (BRASIL, 2016), a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias – adquiriram vigência imediata a partir data da publicação da novel legislação (10 de junho de 2021).¹²

O acréscimo dos novos tipos penais no Título XI do Código Penal (crimes contra a Administração Pública) traz repercussões práticas. Isso porque, agora, toda e qualquer progressão de regime atinente aos delitos licitatórios estará condicionada à efetiva reparação do dano causado ao erário, nos moldes do art. 33, §4º, do Código Penal.

¹¹ V.g, InQ-QO 2.116 (STF, 2009).

¹² Nesse sentido, Art. 193, Lei 14.133/2021: Revogam-se: I – os arts. 89 a 108 da Lei 8.666/1993, na data de publicação desta lei; Art. 194. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2021).

Além disso, eliminou-se qualquer possibilidade de discussão acerca da aplicação do princípio da insignificância aos crimes em licitações e contratos administrativos, tendo em vista vedação expressa em súmula do Superior Tribunal de Justiça.¹³ É o que preconiza Cleber Masson:

De fato, não há falar em irrelevância penal em questões envolvendo licitações e contratos administrativos, nas quais o objeto, necessariamente dotado de interesse público, apresenta valor econômico que não se pode rotular como ínfimo ou irrisório. Ademais, o fato apresenta elevado grau de ofensividade, pois prejudica a sociedade como um todo, e o agente nela envolvido goza de intensa reprovabilidade, por sobrepor seus anseios às necessidades coletivas (2021, p. 3).

De outra banda, tratando-se ainda de premissas gerais referentes aos novos crimes licitatórios, urge salientar que, como regra geral, os crimes em licitações e contratos administrativos são de competência da Justiça Estadual, falando-se em Justiça Federal tão somente quando os delitos forem praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

Não obstante, o conceito de funcionário público¹⁴ aplicado a tais delitos, é o previsto no art. 327, *caput*, do Código Penal.¹⁵ Por fim, é importante referir que, na vigência da Lei 8.666/93, formou-se relevante corrente doutrinária e jurisprudencial classificando como “de perigo” os crimes em licitações e contratos administrativos.

A doutrina mais recente leciona, todavia, de maneira diversa, entendendo tratar-se de crimes de “dano”.¹⁶ Nesse sentido:

¹³ Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública” (2017c).

¹⁴ O estagiário que exerce sua atividade em empresa pública pode ser equiparado a funcionário público para fins penais e responde por crime funcional (STJ, 2012b).

¹⁵ Sobre o ponto, Rogério Sanches Cunha: “Para os efeitos penais, considera-se funcionário público não apenas o servidor legalmente investido em cargo público, mas também o que exerce emprego público, ou, de qualquer modo, uma função pública, ainda que de forma transitória, v.g., o jurado, os mesários eleitorais, etc. [...] Porém, não se pode confundir função pública com encargo público, hipótese esta não abrangida pela expressão funcionário público. Assim, não são exercentes de função pública os tutores, ou curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares, etc” (2019, p. 810).

¹⁶ Didaticamente, sobre crimes de dano e de perigo, Rogério Greco: “Crimes de dano são aqueles que, para sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal. Por outro lado, pode o comportamento do agente não estar dirigido finalisticamente a produzir dano ou lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo, causando-lhe, contudo, uma situação de perigo. Cria-se uma infração penal de perigo para que seja levada a efeito a punição do agente antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido” (2020, p. 255).

Não se pode conceber os crimes em licitações e contratos administrativos como crimes de perigo, ou seja, delitos que se consumam com a probabilidade de lesão ao bem jurídico. Em verdade, há dano ao bem jurídico tutelado: a Administração Pública. Essa conclusão não se altera pelo fato de não ser exigido o prejuízo econômico para a consumação de vários delitos catalogados no Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Código. Tais crimes não se esgotam na ofensa ao patrimônio dos entes públicos. Aperfeiçoam-se independentemente disso, com o dano aos valores éticos e morais que envolvem a Administração Pública. (MASSON, 2021, p. 8).

Ultrapassadas as premissas gerais básicas que norteiam os novos crimes em licitações e contratos administrativos, importante alteração legislativa diz respeito à nova metodologia no que tange à aplicação da pena de multa aos crimes licitatórios. Preconizava o art. 99, da revogada Lei 8.666/93:

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

§1º. Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2%, nem superiores a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§2º. O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal (BRASIL, 1993).

Como se vê, adotava a revogada lei metodologia diferenciada daquela prevista no art. 49 do Código Penal, em que se adota o sistema do dia-multa. Esse panorama, contudo, mudou. Veja-se o art. 337-P, do Código Penal, introduzido pela Lei 14.133/2021: “Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo previsto neste Código e não poderá ser inferior a 2% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.” (BRASIL, 2021).

Destarte, a pena de multa, então, nos crimes em licitações e contratos administrativos, passa a ser calculada de acordo com os parâmetros delineados no art. 49 do Código Penal. O produto da sua arrecadação, conseqüentemente, passa a ser revertido ao Fundo Penitenciário Nacional ou Estadual. Inobstante, elimina-se o limite máximo para o valor a título de multa, fato que, por si só, tornará tal sanção mais rígida na maioria dos casos, favorecendo o combate à corrupção e o ressarcimento ao erário.

Partindo-se para uma análise mais específica dos novos tipos penais, percebe-se evidente reforço legislativo operado nessa área. A novel legislação se mostra mais rígida e menos tolerante com os crimes referentes aos procedimentos licitatórios. Isso porque, em uma análise comparada com os antigos delitos da Lei 8.666/93, percebe-se que:

- a) consoante já mencionado, o enquadramento formal, doravante, dos crimes licitatórios como crimes contra a Administração Pública impedirá indevidas absolvições fundadas no princípio da insignificância, bem como condicionará toda e qualquer progressão de regime à efetiva reparação do dano causado ao erário;
- b) houve um aumento no número de fatos tipificados como crimes (a Lei 8.666/93 era composta de dez delitos; agora, são doze, com um crescimento considerável das penas fixadas;
- c) ainda no tocante ao alargamento vertical das penas, somente um dos doze novos crimes licitatórios (art. 337-N, do Código Penal) está sujeito à transação penal, ao passo que na Lei 8.666/93 quatro dos dez delitos permitiam tal benesse legal;
- d) o regime de pena passou a ser, majoritariamente, o de reclusão (apenas dois dos doze crimes são apenados com detenção), fato que facilitará sobremaneira as investigações com a possibilidade do uso de interceptação telefônica de forma autônoma; impactando, também, no cumprimento inicial da pena no regime fechado;
- e) sete dos doze novos crimes licitatórios admitem, de forma abstrata e levando-se em consideração o *quantum* de pena, a decretação da prisão preventiva; e que
- f) sete dos doze crimes licitatórios possuem prazo prescricional de doze anos (BRASIL, 2021).

Em uma análise comparada do regime prisional e da quantificação das penas entre os novos crimes licitatórios e os antigos crimes previstos na revogada Lei 8.666, é possível sistematizar, então, que:

- a) os crimes previstos nos arts. 337-E, 337-F, 337-G, 337-H, 337-K, 337-L, 337-M, *caput*, 337-M §1º e 337-N do Código Penal mudaram o regime de prisional para reclusão;
- b) os crimes previstos nos arts. 337-E, 337-F, 337-H, 337-K, 337-L, 337-M, *caput* e §1º aumentaram os patamares mínimos e máximos de pena;
- c) os crimes previstos nos arts. 337-G e 337-I aumentaram o patamar máximo de pena;
- d) o art. 337-J, do Código Penal, foi o único a não sofrer modificações;
- e) foi acrescentado o tipo penal previsto no art. 337-O ao Código Penal, o qual não possui correspondente na revogada Lei 8.666/93 (*ibid.*).

Nesse cenário, infere-se, portanto, que o legislador penal, atento às mazelas sociais causadas pela corrupção, especialmente no âmbito dos procedimentos licitatórios, buscou, por meio da Lei 14.133 (BRASIL, 2021), endurecer a res-

posta estatal. É importante ressaltar, por fim, que, via de regra, não se verifica qualquer tipo de *abolitio criminis*,¹⁷ mas apenas *novatio legis in pejus*,¹⁸ o que fez com que essas novas modalidades delituosas só tivessem aplicabilidade a partir do dia 1º de abril de 2021.

4 Considerações finais

A corrupção é um fenômeno extremamente tóxico para a democracia, uma vez que acarreta a quebra de confiança da população brasileira nas instituições públicas e privadas, ocasionando instabilidade política. Também é responsável pela estagnação econômica do país, já que conduz ao desperdício e à ineficiência dos serviços públicos. Tal cenário produz injustiças e desigualdades sociais, afrontando, fatalmente, a Constituição Federal de 1988. O Brasil é, indubitavelmente, um país que sofre com essa mazela social, verdadeira corrupção sistêmica exposta à sociedade com os resultados da Operação Lava Jato.

O campo das licitações e contratações públicas é especialmente vulnerável às práticas corruptivas. A antiga Lei 8.666 (BRASIL, 1993), no que tange à punição dos agentes ímprobos, era, de fato, insuficiente. Esse cenário desalentador, contudo, tende a ser modificado com a nova Lei 14.133 (BRASIL, 2021), que instituiu tipos penais mais rígidos para a punição dos agentes corruptos, traduzindo-se em verdadeiro instrumento no combate à corrupção. O legislador fez sua parte. Agora, cabe ao Poder Judiciário aplicar a nova Lei de maneira exemplar, bem como à sociedade exercer a sua cidadania e realizar verdadeiro controle social da gestão do patrimônio público.

Referências

ANDRADE, Landolfo; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2019.

BARBACETTO, Gianni *et al.* *Operação Mãos Limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a lava jato*. Porto Alegre: Citadel Grupo Editorial, 2016.

¹⁷ Explicando o termo, Masson: “É a nova lei que exclui do âmbito do Direito Penal um fato até então considerado criminoso. Encontra previsão legal no art. 2º, *caput*, do Código Penal, e tem natureza jurídica de causa de extinção de punibilidade (art. 107, III). Alcança a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, não servindo como pressuposto de reincidência, nem configurando maus antecedentes” (2019, p. 758).

¹⁸ Entende-se por *novatio legis in pejus* o fenômeno jurídico que se refere à lei nova mais severa do que a anterior. Ante o princípio da retroatividade da lei penal benigna, a *novatio legis in pejus* não tem aplicação na esfera penal brasileira.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940a*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941a*. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941b*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. *Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940b*. Dispõe sobre a aplicação da lei penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 set. 2021

_____. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Lei de Interceptações Telefônicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 12 set. 2021

_____. *Lei nº 8.666/1993, de 21 de novembro de 1993*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 1º out. 2021.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 9 set. 2021.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Lei Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 7 set. 2021.

_____. *Lei nº 14.133/2021, de 10 de junho (1 de abril) de 2021*. Dispõe sobre a nova Lei de licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 599-STJ*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6332a8f62e3a9d5831724f2ffe55cae0>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Especial*. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *A luta contra a corrupção: a lava jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a transparência internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, 15 abr. 2016. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i64.240>>. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptcao-licitacoes.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. 22. ed. Niterói: Impetus, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

- _____. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- _____. *Manual de Jurisprudência Criminal: súmulas, controle concentrado de constitucionalidade, repercussão geral e recursos repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- MASSON, Cleber. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Método, 2019.
- _____. *Crimes em Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Método, 2021.
- MATTOS, Diogo Castor de. *O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- MPDFT. *Operação Mercadores do Caos: MPRJ e MPDFT cumprem mandados no RJ e em Brasília*. 2020. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/saladeimprensa/noticias/noticias-2020/12005-operacao-mercadores-do-caos-mpdft-e-mprij-cumprem-novos-mandados-em-brasilia-e-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- NETTO, Vladmir. *Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.
- PINHEIRO, Igor Pereira. *Crimes Licitatórios*. São Paulo: Mizuno, 2021.
- POLÍCIA FEDERAL. *Polícia Federal deflagra a Operação Placebo para apurar indícios de desvios de recursos públicos*. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/05-noticias-de-maio/policia-federal-deflagra-a-operacao-placebo-para-apurar-indicios-de-desvios-de-recursos-publicos>>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- SANTOS, Franciele Barbosa; OLIVEIRA, Lillian Zucolote de. *Crimes licitatórios durante a pandemia da covid-19: o aumento da corrupção em razão das causas de dispensa*. Covid-19 no Brasil: Os Múltiplos Olhares da Ciência para Compreensão e Formas de Enfrentamento 5, [S.L.], p. 124-134, 4 dez. 2020. Atena Editora. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22533/at.ed.57720031213>>. Disponível em <<https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/43725>>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- STF – *Inq 2116 RR*, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 31/04/2004, JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14797619/inquerito-inq-2116-rr-stf>>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- _____. *QO-RG RE 583937 RJ*, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ: 19/11/2009, JusBrasil, 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629995/repercussao-geral-na-questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-qo-rg-re-583937-rj-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- _____. *AgRg EDcl HC 293680 PR 2014/0100945-1*, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJ: 15/05/2018, JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860149348/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-agrg-nos-edcl-no-hc-293680-pr-2014-0100945-1>>. Acesso em: 1º set. 2021.
- _____. *AgR HC 141157 PE 0001930-71.2017.1.00.0000*, Relator: Ministro Rosa Webber, DJ: 29/11/2019, JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792528192/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-141157-pe-pernambuco-0001930-7120171000000/inteiro-teor-792528202>>. Acesso em: 4 set. 2021.
- _____. *AgRg RMS 53637 PE 2017/0065280-9*, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJ: 16/05/2017, JusBrasil, 2017a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465369725/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-53637-pe-2017-0065280-9/relatorio-e-voto-465369732>>. Acesso em: 6 set. 2021.
- _____. *AgRg REsp 1530872 BA 2015/0109500-5*, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ: 04/08/2015, JusBrasil, 2015 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

863996161/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1530872-ba-2015-0109500-5>. Acesso em: 5 set. 2021.

_____. *Inq: 2116 RR*, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 15/09/2012, JusBrasil, 2012a. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273508/questao-de-ordem-no-inquerito-inq-2116-rr-stf/inteiro-teor-110301968>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. *REsp 1303748 AC 2012/0021034-2*, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, DJ: 25/06/2012, JusBrasil, 2012b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22200934/recurso-especial-resp-1303748-ac-2012-0021034-2-stj>>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. *REsp 1898607 RJ 2018/0271601-8*, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJ: 02/02/2021, JusBrasil, 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172221508/recurso-especial-resp-1898607-rj-2018-0271601-8/inteiro-teor-1172221518>>. Acesso em: 14 set. 2021

_____. *RMS 53637 PE 2017/0065280-9*, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJ: 16/5/2017, JusBrasil, 2017b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/445283205/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-53637-pe-2017-0065280-9>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. *RMS 64068 SP 2020/0182950-7*, Relator: Ministra Laurita Vaz, DJ: 13/10/2020, JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238815607/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-64068-sp-2020-0182950-7/inteiro-teor-1238815617>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. *Súmula 599*, Corte Especial: DJ: 20/11/2017. 2017c. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.>). Acesso em: 14 set. 2021