

ARTIGO: “Aspectos Gerais do Regime Criminal da Nova Lei de Licitações”.

Por Daniel Braga Bona, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, no dia 1º de abril de 2021, um novo marco de licitações e contratos administrativos passou a vigorar no Brasil, em substituição às Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC). O objetivo do novo estatuto é tratar, em um único diploma, dos diferentes aspectos da contratação pública, consolidando a normativa legal e modernizando os procedimentos respectivos¹.

Ocorre que a nova lei trouxe disciplina de transição peculiar. No artigo 193, inciso II, previu que a leis mencionadas apenas restarão revogadas depois de decorridos dois anos da sua publicação, período no qual caberá à Administração Pública optar pela utilização do novo regime ou das normas anteriores, devendo a opção ser indicada expressamente no edital da licitação ou no aviso de contratação direta, não se permitindo, em nenhuma hipótese, a “mistura” de leis.

Criou-se, portanto, um movimento de “experimentação” da nova lei ao talante dos interesses da gestão pública, possibilitando a sua adaptação paulatina ao estatuto neonato, em um sistema de dupla vigência normativa: os dois regimes estarão em pleno vigor, em conjunto, enquanto não ultimado o prazo de 2 (dois) anos.

Lado outro, quanto às previsões criminais, a Lei nº 14.133/21 trouxe regra intertemporal diversa. Neste caso, revogou de imediato todos os artigos que compunham a Seção III do Capítulo IV da Lei nº 8.666/93 (“Dos Crimes e das Penas”), criando no Código Penal o Capítulo II-B do Título XI (“Dos Crimes Contra a Administração Pública”), constituído dos artigos 337-E ao 337-P.

A primeira mudança, portanto, a saltar aos olhos, é a opção legislativa de não mais incluir os tipos penais dos crimes licitatórios no próprio corpo da lei de licitações, mas num capítulo específico do Código Penal situado entre os **crimes contra a Administração Pública**. À primeira vista esta alteração pode parecer meramente formal, sem maiores repercussões práticas. Não é verdade, contudo. Explico.

O artigo 33, §4º, do codex repressivo prevê que “o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”. Havia intensa polêmica doutrinária acerca da aplicação do dispositivo transcrito aos crimes licitatórios. Afinal, podem eles ser enquadrados como “crimes contra a administração pública?”. Parcela da doutrina advoga a tese de que, por tratar-se de norma

¹ A doutrina especializada tem feito críticas à reforma legal por ter sido, em sua visão, muito tímida na pretendida modernização, limitando-se, no geral, a reunir institutos já existentes nas leis revogadas, com poucas novidades alvissareiras. Por todos: “**OLIVEIRA, Rafael. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades?**”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>.

restritiva de direitos, a sua interpretação demanda esforço também restritivo, não podendo alcançar os crimes que não compõem especificamente o Título XI do Código Penal.

Pois bem, com a alteração legislativa, não mais restam dúvidas de que o artigo 32, §4º, do Código Penal tem também aplicação aos crimes licitatórios, porquanto tais delitos passaram a fazer parte, expressamente, do rol de crimes contra administração pública. Agora, no caso de condenação, a progressão de regime de pena fica condicionada à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Outro ponto de interesse é perceber que os tipos incriminadores, mesmo antes da Lei nº 14.133/21, sempre se comportaram como **normas penais em branco homogêneas**. É dizer: algumas de suas elementares típicas têm o sentido preenchido por outra norma de igual hierarquia, qual seja a própria Lei de Licitações. Tome-se como exemplo o crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais (art. 89 da Lei nº 8.666/93; atual art. 337-E do Código Penal). Só podemos compreender quais são as “hipóteses legais” se recorrermos à complementação da lei de regência do procedimento licitatório.

Ora, enquanto durar o atual cenário de “dupla vigência normativa”, o estatuto que irá complementar a elementares típicas lacunosas presentes nos tipos penais em branco dos crimes licitatórios dependerá da escolha que o gestor fizer sobre o caminho legal a trilhar, se o da Lei nº 14.133/21 ou se o das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/2011.

Releva notar, ainda, que os 11 (onze) tipos penais incluídos no Código Penal representam, em sua esmagadora maioria, **continuidade normativo-típica**, isto é, criminalizam condutas que já estavam tipificadas na Lei nº 8.666/93². A novidade reside no substancial recrudescimento sancionatório albergado nos preceitos secundários das novas figuras típicas, conforme veremos abaixo.

Primeiramente, observe-se que na Lei nº 8.666/93 todos os delitos eram punidos com detenção, sem exceção. Os novos tipos, contudo, na grande maioria cominam reclusão ao agente que os viola³. A alteração repercute no **regime inicial de cumprimento de pena**, uma vez que a sanção de detenção não admite o regime inicial fechado, a teor do *caput* do artigo 33-A do Código Penal. Com a nova lei, o óbice não mais existe.

Para além da repercussão prática acima mencionada, incidente na execução penal, a vetusta prescrição de pena de detenção aos crimes licitatórios os deixava a salvo do uso de interceptações telefônicas, em vista da regra contida no artigo 2º, III, da Lei nº 9.296/96. Agora, esta técnica de investigação pode ser utilizada sem maiores embaraços.

Ainda no âmbito do recrudescimento sancionatório, observou-se uma significativa majoração do *quantum* das penas privativas de liberdade cominadas. Vejamos o exemplo de 3 dos crimes mais comuns na prática administrativa. A “**contratação direta ilegal**” era punida com pena de 3 a 5 anos (art. 89 da Lei nº 8.666/93), passando a ter pena de 4 a 8 anos (art. 337-E do Código Penal). A “**frustração do caráter competitivo da licitação**” era punida com pena de 2 a 4 anos (art. 90 da Lei nº 8.666/93), passando a ter pena de 4 a 8 anos (art. 337-F do Código Penal). Por último, a “**fraude em licitação ou contrato**” era

² Exceção: art. 337-O (omissão grave de dado ou informação por projetista), cujo conteúdo constitui novel criminalização.

³ Exceções: art. 337-I (perturbação de processo licitatório) e art. 337-J (violação de sigilo em licitação), que mantêm a pena de detenção.

punida com pena de 3 a 6 anos (art. 96 da Lei nº 8.666/93), passando a ter pena de 4 a 8 anos (art. 337-L do Código Penal).

Observe-se que no caso dos delitos acima ficam afastados por completo os mecanismos de justiça consensual. Mesmo o acordo de não persecução-penal, positivado no artigo 28-A do Código Processo Penal pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anti-Crime), não tem cabimento, eis que exige como requisito a cominação em abstrato de pena mínima **inferior** a 4 anos.

Neta senda, o único delito que permaneceu incluso no conceito de menor potencial ofensivo, admitindo transação penal, foi o tipificado no artigo 337-N do Código Penal (impedimento indevido). Outros 5 crimes têm pena mínima cominada de até um ano, a incidir o instituto da suspensão condicional do processo⁴, ao passo que 6 crimes admitem, a princípio, acordo de não persecução penal⁵.

Quanto à pena de multa, o revogado artigo 99 da Lei nº 8.666/93 previa um sistema próprio de aferimento do seu valor, afastando a sistemática de dias-multa regulada no artigo 49 do Código Penal. O *quantum* era calculado a partir da aplicação de um percentual ao montante da vantagem efetiva ou potencialmente obtida pelo agente.

O novo artigo 337-P, ao contrário, submete a pena de multa dos crimes licitatórios à regra geral, isto é, à metodologia de dias-multa do diploma repressivo, com a ressalva de que não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta. **Em outras palavras, a Lei nº 14.133/21 trouxe uma espécie de sistema híbrido, conciliando a norma geral com uma perspectiva de valores envolvidos na prática delitiva.**

Seguindo. O artigo 185 da Lei nº 14.133 prevê expressamente que as novas figuras delitivas incluídas no Código Penal **aplicam-se também às licitações e contratos regidos pela Lei nº 13.303/06** (estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias), de forma que os novos crimes são aplicáveis, por exemplo, às licitações e contratos celebrados pela Petrobrás, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, BNDES, dentre outros. Obviamente, estão incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista pertencentes a Estados e Municípios.

À guisa de conclusão, algumas observações finais. A regra específica sobre a perda do cargo, que tinha previsão no artigo 83 da Lei nº 8.666/93, não foi reproduzida na nova lei, passando a ter aplicação a norma geral do Código Penal (art. 92, inciso I). Demais disso, foi revogado o procedimento específico previsto nos artigos 100 a 108 da Lei nº 8.666/93.

⁴ Art. 337-G (patrocínio de contratação indevida); art. 337-I (perturbação de processo licitatório); art. 337-M (contratação inidônea); art. 337-N (impedimento indevido); e art. 337-O (omissão grave de dado ou de informação por projetista).

⁵ Art. 337-G (patrocínio de contratação indevida); art. 337-I (perturbação de processo licitatório); art. 337-J (violação de sigilo e licitação); art. 337-K (afastamento de licitante); art. 337-M (contratação inidônea); e art. 337-O (omissão grave de dado ou de informação por projetista).