

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133/2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL

ADMINISTRATIVE BIDDINGS AND CONTRACTS: LAW 14133/2021 AND THE CRIME OF ILLEGAL DIRECT CONTRACTS FORSEEN IN ARTICLE 337-E OF THE PENAL CODE

Davi Pereira Remedio ¹
José Antonio Remedio ²

Resumo

A Lei 14.133/2021, novo marco legal das licitações e contratações administrativas no Brasil, acrescentou o artigo 337-E ao Código Penal, inserindo o crime de contratação direta ilegal. A pesquisa objetiva analisar o artigo 337-E do Código Penal. O método da pesquisa é o hipotético-dedutivo. Conclui que o crime de contratação direta ilegal previsto no artigo 337-E do Código Penal, em face da amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

Palavras-chave: Contratos administrativos, Crime de contratação direta ilegal, Crimes de licitação e contratos administrativos, Lei de licitações e contratos administrativos, Licitações públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Law 14.133/2021, the new legal framework of Brazilian administrative contracts and bids, added article 337-E to the Penal Code, contemplating the crime of illegal direct contracts. The research aims to analyze article 337-E of the Penal Code. The method used is the hypothetical-deductive. It is concluded that the crime of illegal direct contract, in face of its typification and the severity of the sanctions to the crime, contributes to the corruption battle and the accountability of the offenders, where they are the direct or indirect participants of the administrative biddings and contracts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative contracts, Crime of illegal direct contracts, Crimes of administrative biddings and contracts, Law of administrative biddings and contracts, Public biddings

¹ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Advogado. advocaciaremedio@hotmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela UENP. Doutor em Direito pela PUCSP. Mestre em Direito pela UNIMEP. Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). jaremedio@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno está inserido entre as mais complexas formas de sociedade criadas pelo homem e, embora haja divergência de pensamento a respeito de suas notas características e elementos essenciais, pode-se afirmar que a realização do bem comum está inserida entre suas finalidades.

A Administração Pública, objetivando a concretização das finalidades do Estado, é responsável pelo exercício de inúmeras atividades e funções, inclusive pela realização de obras, compras, alienações e serviços públicos.

Diante da insuficiência humana e material para a realização direta de todas as atividades e funções que lhe são impostas pela Constituição Federal de 1988, a Administração Pública também se utiliza da contratação de terceiras pessoas, físicas ou jurídicas, para sua execução.

Todavia, a contratação de terceiras pessoas pela Administração Pública deve obrigatoriamente ser precedida de procedimento licitatório, como disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, regra essa excepcionada apenas nas hipóteses previstas na legislação.

Embora sejam muitas as normas legais que buscam preservar o interesse público, é bastante comum a ocorrência de atos criminosos, inclusive de corrupção, envolvendo as relações contratuais entre a Administração Pública e os particulares, atos esses praticados tanto por agentes públicos como por particulares.

O conceito de corrupção, no âmbito público, designa a apropriação de recursos públicos ou desvirtuamento de regras regentes do Estado, correspondendo, pois, a um desvio funcional (SIMÃO, 2017, p. 39).

E, “em se tratando de disfunções ocasionadas por desvios, privilégios e vantagens de qualquer natureza obtidas por agentes públicos ou terceiras pessoas em detrimento da Administração Pública, passa a incidir como consequência legal o aparato estatal sancionador” (REMEDIO; MAGANIN, 2018, p. 4).

Rompendo com o modelo legal anteriormente adotado, representado basicamente pela aplicação das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, e objetivando modernizar e dar maior celeridade e efetividade nas relações contratuais entre a Administração Pública e os particulares, inclusive no que se refere ao combate à corrupção e improbidade administrativa, em 1º de abril de 2021 foi publicada a Lei 14.133/2021, novo marco legislativo das licitações e contratos administrativos no Brasil.

A Lei 14.133/2021, de um lado, através do art. 178, determinou fosse acrescido o Capítulo II-B (intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”) ao Título XI (denominado “Dos crimes contra a Administração Pública”) da Parte Especial do Código Penal, integrado pelos artigos 337-E a 337-P, instituindo diversas figuras típicas penais e, de outro lado, por meio do art. 193, inciso I, revogou a partir de 1º de abril de 2021, data da publicação oficial da nova lei, os artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, que antes tratavam dos crimes relacionados às licitações e contratos administrativos.

Nos termos do art. 337-E do Código Penal, acrescido à legislação penal pelo art. 178 da Lei 14.133/2021, configura o crime de contratação direta ilegal admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, sendo cominada ao delito a pena de quatro a oito anos de reclusão e multa.

Indaga-se como problema da pesquisa se o crime de contratação direta ilegal previsto no artigo 337-E do Código Penal configura efetivo instrumento para o combate à corrupção e para a responsabilização dos infratores nos processos de licitação e nos contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e os particulares.

A pesquisa objetiva analisar se o crime previsto no artigo 337-E do Código Penal, inserido pelo art. 178 da Lei 14.133/2021, em face da amplitude de seus contornos e das severas sanções que lhe são cominadas pela nova legislação, contribuirá para o combate preventivo e repressivo dos ilícitos perpetrados em relação às licitações e contratos administrativos celebrados entre o Poder Público e os particulares.

No tocante à estrutura, a pesquisa tem início com uma abordagem preliminar sobre licitações e contratos administrativos, em especial quanto ao conceito e espécies de licitações e às hipóteses de contratações diretas. Em seguida, trata de forma genérica da tutela penal em matéria de licitações e contratos administrativos. Por fim, analisa o crime de contratação direta ilegal previsto no art. 337-E do Código Penal.

O método utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que o tipo penal previsto no art. 337-E do Código Penal, em face da amplitude de seus contornos e da severidade das sanções cominadas ao delito, deverá contribuir para o controle preventivo e para o combate repressivo dos ilícitos relacionados às licitações e contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e os particulares.

2 LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES PRELIMINARES

A Constituição Federal de 1988 prevê a obrigatoriedade de licitação para a contratação de particulares pela Administração Pública, exceção feita aos casos previstos em lei. Assim, o inciso XXI do art. 37 da Lei Maior estatui que (BRASIL, 1988):

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Até o advento da Lei 14.133/2021 a disciplina normativa infraconstitucional das licitações e contratos administrativos era dada basicamente pela Lei 8.666/1993, norma essa de caráter geral que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pela Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, e pela Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Todavia, com o passar dos anos o regime jurídico instituído pelas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 acabou sendo impregnado pela morosidade, falta de transparência, ausência de efetividade e inadequação dos instrumentos instituídos para o processo de licitação pública e a celebração dos contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e os particulares (REMEDI, 2021, p. 358).

Em 1º de abril de 2021 foi publicada oficialmente a Lei 14.133/2021, novo marco legislativo das licitações e contratos administrativos no Brasil, com o intuito de modernizar, aprimorar, dar maior celeridade, responsabilizar civil e criminalmente os infratores, e outorgar maior efetividade às relações entre a Administração Pública e os particulares.

A licitação é conceituada por Hely Lopes Meirelles como o procedimento administrativo “mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos” (MEIRELLES, 2015, p. 302-303).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.716-RO, expressou-se no sentido de que a licitação, pautando-se no princípio da isonomia, é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, estando voltada para um duplo objetivo, ou seja, o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais

vantajoso (o melhor negócio) e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições à contratação pretendida pela Administração (BRASIL, 2008).

Quanto à finalidade, é firme o entendimento de que a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional, ou seja, “é inerente à licitação a obtenção de vantagem para a Administração, com respeito à isonomia ou igualdade entre os participantes” (REMEDI, 2018, p. 389).

A Lei 14.133/2021 prevê cinco modalidades de licitação: o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo, assim como veda a criação de outras modalidades ou a combinação daquelas anteriormente referidas (art. 28, I a V, e § 2º).

O pregão é a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XLI) (BRASIL, 2021).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 416) define o pregão como “a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública”.

A concorrência é a modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto (Lei 14.133/2021, art. 6º, XXXVIII).

Marçal Justen Filho (2015, p. 491) conceitua a concorrência como “a modalidade de licitação de que podem participar quaisquer interessados, promovendo-se o exame da presença dos requisitos de participação no curso do procedimento licitatório”, e que pode ser utilizada para qualquer tipo de contrato administrativo, inclusive aqueles que tenham como objeto a alienação de bens e direitos.

O concurso é a “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XXXIX) (BRASIL, 2021).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 201) define o concurso como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico

ou artístico, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial”.

O leilão é a “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XL).

Odete Medauar (2015, p. 226) define o leilão como a modalidade de licitação, “entre quaisquer interessados, para a venda de bens móveis inservíveis à Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para a alienação e bens imóveis cuja aquisição decorreu de procedimento judicial ou dação em pagamento”.

O diálogo competitivo é a (Lei 14.133/2021, art. 6º, XLII) (BRASIL, 2021):

modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

A Lei 14.133/2021 reservou o uso do diálogo competitivo “apenas para objetos que envolvam inovação tecnológica e alta complexidade, nos quais a Administração precisa de colaboração do mercado para identificar soluções técnicas adequadas e, assim, definir as especificidades do que irá encontrar”, embora a modalidade também possa ser adotada em relação às licitações de concessões de serviços públicos e de parcerias público-privadas (GUTERRES, 2021, p. 44).

Além de tratar das modalidades licitatórias, a Lei 14.133/2021 também disciplinou os denominados procedimentos auxiliares, ou seja, o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral (art. 78, I a V).

O credenciamento corresponde ao “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XLIII) (BRASIL, 2021).

A pré-qualificação é o “procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XLIV) (BRASIL, 2021).

O sistema de registro de preços compreende o “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência,

de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras” (Lei 14.133/2021, art. 6º, XLV) (BRASIL, 2021).

O procedimento de manifestação de interesse possibilita à Administração Pública solicitar à iniciativa privada, “mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento” (Lei 14.133/2021, art. 81, *caput*) (BRASIL, 2021).

Os órgãos e entidades da Administração Pública “deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento”, sistema esse que será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, sendo obrigatória a realização de chamamento público pela *internet*, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados (Lei 14.133/2021, art. 87, *caput* e § 1º) (BRASIL, 2021).

Além de tratar das licitações públicas, a Lei 14.133/2021 também disciplina os contratos administrativos por ela regidos.

Em sentido amplo, o contrato administrativo é definido por Marçal Justen Filho (2015, p. 452) como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.

Irene Patrícia Nohara (2013, p. 397) conceitua o contrato administrativo, em sentido estrito, como “o ajuste de vontades firmado entre a Administração Pública e terceiros regido por regime jurídico de direito público e submetido às modificações de interesse público, assegurados os interesses patrimoniais do contratado”.

O contrato administrativo é definido por Edmir Netto de Araújo como (2015, p. 725):

o acordo de vontades opostas, realizado *intuito personae*, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente *cláusulas de privilégio* que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste.

A Lei 14.133/2021 disciplina as hipóteses em que poderá haver a celebração de contratação direta pela Administração Pública, ou seja, concretização da contratação independentemente da realização de prévio processo licitatório.

O processo de contratação direta compreende legalmente os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Legalmente, a licitação será inexigível quando for inviável a competição, em especial nos casos de (Lei 14.133/2021, art. 74, *caput*, I a V):

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos (inciso I);

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

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

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

O rol de hipóteses de inexigibilidade previsto no art. 74 da Lei 14.133/2021, como também ocorria em relação ao disposto no art. 25 da revogada Lei 8.666/1993, que anteriormente disciplinava a matéria, é meramente exemplificativo.

A licitação é dispensável nos casos previstos nos incisos I a XVI do *caput* do art. 75 da Lei 14.133/2021, como ocorre, por exemplo:

a) para contratação que envolva valores inferiores a R\$100.000,00, no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores (inciso I);

b) para contratação que envolva valores inferiores a R\$50.000,00, no caso de outros serviços e compras (inciso II);

- c) para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios (inciso VI);
- d) nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem (inciso VII);
- e) quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso X);
- f) para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (inciso XI);
- g) para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização (inciso XIII).

Não se admite a ampliação das hipóteses de dispensa de licitação, cujo rol é taxativo e está previsto no art. 75 da Lei 14.133/2021.

Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável pela contratação responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (Lei 14.133/2021, art. 73).

Todavia, o disposto no art. 73 da Lei 14.133/2021, antes referido, não afasta a responsabilização por improbidade administrativa, em especial em razão da prática de qualquer tipo de fraude ou ilicitude no desenvolvimento do procedimento licitatório, desde sua inauguração até seu encerramento, em particular nos termos do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/1992, assim como também não afasta a responsabilização em face de eventual imputação de ilícito penal, como no caso de prática do crime de contratação direta ilegal previsto no art. 337-E do Código Penal, objeto específico da presente pesquisa.

3. TUTELA PENAL NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O Direito Penal tem por principal finalidade a tutela de bens jurídicos essenciais ao homem e à coletividade, não podendo esse ramo do ordenamento jurídico estar alheio às condutas que lesionam ou expõem a perigo o regular funcionamento da Administração Pública,

em especial no que se refere à confiabilidade de suas relações contratuais com os particulares (CASTRO; PRADO, 2015).

A 8.666/1993, atualmente revogada, que atuou como norma geral em matéria de licitações e contratos administrativos nas últimas décadas, trouxe ao ordenamento jurídico uma tutela penal específica, ao prever condutas penais típicas próprias àqueles que ofenderem a moralidade administrativa e outros bens jurídicos atrelados à matéria licitatória, condutas essas passíveis de serem aplicadas desde o início da licitação e até a sua finalização, representando à época de sua vigência grande avanço na disciplina penal das contratações públicas (LEAL; RITT, 2014).

Bem jurídico, para Cláudio Heleno Fragoso, é um bem protegido pelo direito, “é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é regulada por uma norma jurídica” (FRAGOSO, 2003, p. 330).

No caso dos crimes licitatórios, é possível identificar uma objetividade jurídica genérica, qual seja, o escopo de preservar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa (BITENCOURT, 2012, p. 132).

O legislador, por meio dos tipos penais previstos na Lei de Licitações, objetiva salvaguardar o adequado funcionamento da Administração Pública, em particular por intermédio “do respeito aos princípios que norteiam a atividade administrativa, como a legalidade, igualdade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, bem como resguardar a lisura das licitações e contratações celebradas com o Poder Público.” (REMEDIO; MAGANIN, 2018, p. 7).

A Lei 14.133/2021, que atualmente disciplina as licitações e contratos administrativos, inovou em diversos aspectos relacionados à legislação que anteriormente disciplinava a matéria, em particular quanto aos tipos penais previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, atualmente revogada.

Nesse sentido, o art. 178 da Lei 14.133/2021 não só revogou a partir da publicação oficial da lei os artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, que tipificavam os crimes de licitação e contratos administrativos, como também acrescentou o Capítulo II-B ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, inserindo na legislação penal os tipos penais consubstanciados nos artigos 337-E a 337-O.

Os novos tipos penais inseridos no Código Penal estão circunscritos aos crimes de contratação direta ilegal (CP, art. 337-E), frustração do caráter competitivo de licitação (CP,

art. 337-F), patrocínio de contratação indevida (CP, art. 337-G), modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (CP, art. 337-H), perturbação de processo licitatório (CP, art. 337-I), violação de sigilo em licitação (CP, art. 337-J), afastamento de licitante (CP, art. 337-K), fraude em licitação ou contrato (CP, art. 337-L), contratação inidônea (CP, art. 337-M), impedimento indevido (CP, art. 337-N) e omissão grave de dado ou de informação por projetista (CP, art. 337-O).

Por sua vez, o art. 337-P do Código Penal, também acrescentado pelo art. 178 da nova lei de licitações, está relacionado à metodologia de cálculo e à quantificação da pena de multa cominada aos crimes previstos nos artigos 337-E a 337-O da legislação penal.

Comparativamente aos tipos penais previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, a nova lei de licitações (Lei 14.133/2021) não só inseriu novos tipos penais relacionados às licitações e contratos administrativos com o acréscimo dos artigos 337-E a 337-O ao Código Penal, mas também endureceu bastante as sanções cominadas aos delitos por ela acrescidos ao estatuto substantivo penal, tanto no tocante às sanções privativas de liberdade quanto em relação às sanções pecuniárias, inclusive como estratégia de enfrentamento às ações delituosas praticadas sob a égide da legislação anterior.

A reforma dos crimes de licitações e contratos administrativos instituída pelo artigo 178 da Lei 14.133/2021, com sua sistematização em capítulo próprio no âmbito do Código Penal, implica num recrudescimento das sanções em termos de repressão, uma vez que praticamente todos os tipos penais antes previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993 passaram por uma elevação substancial do intervalo de penas, assim como novas condutas foram tipificadas na nova legislação (LAGO; TAVOLARO; CARVALHO, 2021).

Quanto ao processo penal aplicável e à respectiva execução, relativamente aos crimes de licitações e contratos administrativos criados pela nova legislação, a Lei 14.133/2021 não prevê disposições processuais penais específicas para tanto, de forma que a matéria processual deverá ser tratada pelas normas do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941) e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

4 O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL (ARTIGO 337-E DO CÓDIGO PENAL)

O crime de contratação direta ilegal, ínsito às licitações e contratos administrativos, objeto de análise específica por meio da presente pesquisa, foi acrescentado no art. 337-E do Código Penal pelo artigo 178 da Lei 14.133/2021.

Nos termos do art. 337-E do Código Penal, constitui crime de contratação direta ilegal “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, sendo-lhe cominada legalmente a pena de quatro a oito anos de reclusão e multa (BRASIL, 1940).

Sob outra nomenclatura, o crime de contratação direta ilegal era anteriormente punido pelo art. 89 da Lei 8.666/1993, sendo-lhe cominada a pena de três a cinco anos de detenção e multa.

Com a inserção do art. 337-E ao Código Penal, a pena cominada ao delito passou a ser de quatro a oito anos de reclusão e multa, não constando da nova legislação o parágrafo único antes vinculado ao art. 89 da Lei 8.666/1993, que previa que incorria na mesma pena “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”. Todavia, a não manutenção do teor do parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/1993 na nova legislação não afasta a possibilidade de que seja o beneficiário efetivamente punido, porque o novo tipo penal criado pela Lei 14.133/2021 aplica-se a toda e qualquer pessoa que incorra na conduta do *caput* do art. 337-E do Código Penal, ou seja, a todo aquele que venha a “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, o que naturalmente inclui o terceiro beneficiado que tenha participado do ato delituoso (REMEDIO, 2021, p. 363).

Em relação ao elemento subjetivo, em linhas gerais, para a lei penal brasileira “age dolosamente aquele que, diretamente, quer a produção do resultado, bem como aquele que, mesmo não o desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo” (GRECO, 2017, p. 340).

Na jurisprudência, caso venha a prevalecer o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça a partir da Ação Penal 480-MG, relativamente ao art. 89 da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 2012), o tipo penal previsto no art. 337-E do Código Penal exigirá a presença de dolo específico de causar dano ao erário, bem como a efetiva configuração do prejuízo.

Na verdade, o dolo é condição ínsita não só para a caracterização do crime previsto no art. 337-E do Código Penal, mas também para todos os delitos inseridos pelo art. 178 da Lei 14.133/2021 ao Código Penal, ou seja, os crimes previstos nos artigos 337-E a 337-O.

O art. 337-E do Código Penal é uma espécie de norma penal em branco, devendo seu conteúdo ser complementado por outras regras.

Para Francisco de Assis Toledo (1994, p. 42), as normas penais em branco “são aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação

da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas”.

A norma penal em branco pode ser subdividida em (GRECO, 2017, p. 212): homogênea, em sentido amplo ou homóloga, que é aquela cujo complemento provém da mesma fonte legislativa; e heterogênea, em sentido estrito ou heteróloga, em que o complemento é decorrente de fonte legislativa diversa.

Segundo Louise Maria Teixeira da Silva (2021, p. 488), o art. 337-E do Código Penal “é nominado como lei penal em branco homogênea heterovitelínea, pois que, apesar de ser complementada por norma originária da mesma instância legislativa (Poder Legislativo), o complemento se encontra em diversa estrutura normativa de descrição típica”, ou seja, no caso o complemento será dado pela Lei 14.133/2021, que trata das licitações e contratos administrativos.

Embora os artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, que anteriormente tratavam dos crimes relacionados às licitações e contratações administrativas, tenham sido revogados pela Lei 14.133/2021, e apesar da lei nova ter criado novas figuras típicas penais, inserindo-as nos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, torna-se necessário analisar a questão da aplicação das referidas leis penais no tempo.

O Código Penal, ao tratar do tema “aplicação da lei penal no tempo”, dispõe que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” (art. 2º, *caput*), e que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (art. 2º, parágrafo único) (BRASIL, 1940).

O art. 2º do Código Penal traz à tona o princípio da extra-atividade da lei penal, gênero integrado pelos princípios da ultra-atividade e da retroatividade, sendo que, pelo princípio da extra-atividade, “a lei penal poderá regular fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada (ultra-atividade), bem como retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, se for mais benéfica ao agente (retroatividade)” (SILVA, 2021, p. 486).

Enquanto a *novatio legis in melius* possui assento no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a *abolitio criminis* tem fundamento no *caput* do art. 2º da legislação substantiva penal, sendo que ambas são sempre retroativas.

Pode também ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas que seus elementos venham a migrar para outro tipo penal antes existente, ou mesmo criado por nova lei e, nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, tem-se o que a doutrina denomina “continuidade normativo-típica”. No caso, não haverá a *abolitio criminis*, mas sim a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constante de outro tipo penal (GRECO, 2017, p. 207).

Assim, mesmo quando revogada, a lei poderá ter seus efeitos estendidos a fatos ocorridos durante sua vigência, caso mais benéfica (artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, dependendo do caso), da mesma forma que a lei nova poderá ter seus efeitos antecipados, objetivando regular situações ocorridas antes de sua vigência, desde que seja mais benéfica ao agente (como nas hipóteses dos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, acrescidos pela Lei 14.133/2021, dependendo do caso).

Exemplificando, em relação a fatos ocorridos antes da vigência da Lei 14.133/2021, pode ocorrer a extensão dos efeitos do art. 91 da Lei 8.666/1993, que tipifica o crime de patrocínio infiel e comina a pena de detenção de seis meses a dois anos de detenção e multa, uma vez que o delito de patrocínio de contratação indevida, previsto no art. 337-G do Código Penal, inserido pelo art. 178 da Lei 14.133/2021, embora possua a mesma redação do crime previsto no art. 91 da Lei 8.666/1993, comina a pena de seis meses a três anos de reclusão e multa, ou seja, a pena cominada ao delito previsto na lei revogada é mais benéfica ao infrator do que a pena prevista na nova lei.

No que se refere aos crimes de licitações e contratos administrativos, de um lado deverá ser aplicada a Lei 8.666/1993 aos delitos praticados durante sua vigência e, de outro lado, deverá ser aplicada a Lei 14.133/2021 em relação aos crimes praticados durante sua vigência, com as exceções antes explanadas, relacionadas aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade (SILVA, 2021, p. 491).

Sob nossa ótica, é perfeitamente admissível a convivência da aplicação de diversas normas penais quanto às licitações e contratos administrativos, com incidência plena dos artigos 337-E a 337-O do Código Penal quanto aos fatos delituosos praticados a partir de 1º de abril de 2021 (data da publicação oficial da Lei 14.133/2021), e com aplicação da Lei 8.666/1993 relativamente aos crimes anteriormente previstos em seus artigos 89 a 99, desde que praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei 14.133/2021, que os revogou a partir de 1º de abril de 2021, sobre os quais pode-se aplicar a *novatio legis in melius*, a *abolitio criminis* ou a “continuidade normativo-típica”, dependendo do caso concreto considerado.

No tocante às sanções, como antes afirmado, comparativamente ao disposto nos artigos 89 a 99 da revogada Lei 8.666/1993, a Lei 14.133/2021 não só criou novos tipos penais, inserindo-os nos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, mas também, como regra geral, elevou expressivamente as sanções privativas de liberdade e pecuniárias cominadas aos novos crimes de licitações e contratos administrativos.

Quanto à pena de multa aplicável aos crimes de licitações e contratos administrativos previstos nos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, o art. 337-P do referido diploma normativo estatui que a pena de multa cominada aos crimes previstos no Capítulo II-B do Título XI do próprio Código Penal, seguirá a metodologia de cálculo prevista no referido Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

O art. 337-P do Código Penal não prevê um teto para a multa cominada aos crimes dos artigos 337-E a 337-O do mesmo diploma normativo, teto esse que existia na Lei 8.666/1993 e que era limitado a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação (LAGO; TAVOLARO; CARVALHO, 2021).

Por fim, quanto aos reflexos na esfera processual penal, a fixação da pena mínima de quatro anos de reclusão cominada ao delito previsto no art. 337-E do Código Penal implica no impedimento da celebração do acordo de não persecução penal em favor do infrator, uma vez que o art. 28-A do Código de Processo Penal determina, como um dos requisitos para a concessão do benefício, que a infração seja punida com pena mínima inferior a quatro anos (LAGO; TAVOLARO; CARVALHO, 2021).

5 CONCLUSÃO

As licitações e as contratações públicas caracterizam-se como um dos temas mais emblemáticos do Direito Administrativo Moderno.

A partir da Constituição Federal de 1988 as questões relacionadas às licitações e contratações administrativas estiveram pautadas principalmente pelas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011.

Todavia, as Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 restaram superadas com o passar dos anos, em especial em função da excessiva morosidade por elas provocada, da falta de transparência, da ausência de efetividade no combate à corrupção e da inadequação dos crimes e das respectivas sanções relacionados às licitações e contratos administrativos.

Objetivando modernizar, tornar mais célere e dar maior efetividade nas relações entre a Administração Pública e os particulares, foi editada a Lei 14.133/2021 em 1º de abril de 2021, novo marco legislativo das licitações e contratos administrativos no Brasil.

A Lei 14.133/2021 previu como modalidades de licitação o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo, vedando a criação de outras modalidades ou mesmo a combinação das modalidades existentes.

Além das modalidades licitatórias antes referidas, a Lei 14.133/2021 também contemplou diversos procedimentos auxiliares da licitação, no caso, o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral.

Embora em regra as contratações com o Poder Público devam ser precedidas de licitação, a Lei 14.133/2021 também disciplina as hipóteses em que poderá haver a celebração de contratação direta pela Administração Pública, ou seja, independentemente da realização de prévio processo licitatório.

Como dispõe a Lei 14.133/2021, o processo de contratação direta compreende os casos de inexigibilidade, ou seja, quando for inviável a competição (art. 75, I a V), e de dispensa de licitação (art. 75, I a XVI).

Entre as novidades instituídas pelo novo regime licitatório, a Lei 14.133/2021 acrescentou os artigos 337-E a 337-O ao Código Penal, instituindo os denominados crimes de licitação e contratos administrativos, reproduzindo em sua maioria crimes anteriormente previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993.

A Lei 14.133/2021 não só determinou fosse acrescido o Capítulo II-B (denominado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”) ao Título XI (intitulado “Dos crimes contra a Administração Pública”) da Parte Especial do Código Penal, capítulo esse integrado pelos artigos 337-E a 337-P, instituindo diversas figuras típicas penais, mas também revogou, a partir de 1º de abril de 2021, data da publicação oficial da nova lei, os artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, que antes tratavam dos crimes relacionados às licitações e contratos administrativos

Os crimes tipificados nos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, em sua grande maioria, cominam penas privativas de liberdade e pecuniárias amplamente mais expressivas que aquelas anteriormente previstas nos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993, atualmente revogada.

O legislador, através dos tipos penais previstos nos artigos 337-E a 337-O do Código Penal, objetiva salvaguardar o adequado funcionamento da Administração Pública, em especial no que se refere às licitações e contratações administrativas.

Objeto específico da presente pesquisa, o art. 337-E do Código Penal, acrescido à legislação penal pelo artigo 178 da Lei 14.133/2021, tipifica como crime de contratação direta ilegal admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, sendo cominada ao delito a pena de quatro a oito anos de reclusão e multa.

O crime de contratação direta ilegal, sob outra nomenclatura, era punido pelo art. 89 da Lei 8.666/1993, sendo que à época da vigência da referida lei era cominada ao crime a pena de três a cinco anos de detenção e multa.

No que se refere ao elemento subjetivo, exige-se a presença de dolo específico para a caracterização do crime de contratação indireta ilegal previsto no art. 337-E do Código Penal, ou seja, o dolo é condição ínsita para a caracterização do delito em questão.

O art. 337-E do Código Penal é uma espécie de normal penal em branco, ou seja, remete a complementação da descrição da conduta delituosa para outras normas legais ou regulamentares.

Sob a ótica da aplicação da lei penal no tempo, é admissível a convivência da aplicação de diversas normas penais quanto às licitações e contratos administrativos, com incidência plena dos artigos 337-E a 337-O do Código Penal quanto aos fatos delituosos praticados a partir de 1º de abril de 2021 (data da publicação oficial da Lei 14.133/2021), e com aplicação da Lei 8.666/1993 relativamente aos crimes anteriormente previstos em seus artigos 89 a 99, desde que praticados anteriormente à entrada em vigor da Lei 14.133/2021, que os revogou a partir de 1º de abril de 2021, sobre os quais pode-se aplicar a *novatio legis in melius*, a *abolitio criminis* ou a “continuidade normativo-típica”, dependendo do caso concreto considerado.

Sob o aspecto processual penal, a fixação da pena mínima no patamar de quatro anos de reclusão, diante do contido no art. 28-A, do Código de Processo Penal, impede que seja celebrado acordo de não persecução penal em favor do infrator que tenha praticado o crime previsto no art. 337-E, do Código Penal.

Tem-se, em conclusão, que o tipo penal previsto no art. 337-E do Código Penal, correspondente ao crime de contratação indireta ilegal, inserido na legislação penal pelo art. 178 da Lei 14.133/2021, em face da amplitude de seus contornos e da severidade das sanções cominadas ao delito, deverá contribuir para o controle preventivo e o combate repressivo dos

ilícitos relacionados às licitações e contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e os particulares.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 480-MG. Relator p/Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília: **DJe**, 15 jun. 2012. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602590900&dt_publicacao=15/06/2012'\)](javascript:inteiro_teor('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602590900&dt_publicacao=15/06/2012')). Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.716-RO. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: **DJe**, 7 mar. 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%202716&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 11 jul. 2021.

CASTRO, Bruna Azevedo de; PRADO, Luiz Regis. Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. **Revista dos Tribunais**, v. 957, jul. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.10.PDF>. Acesso: 8 jul. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. v. I.

GUTERRES, Thiago. **A nova lei de licitações**: Lei n. 14.133 de 1º de abril de 2021. Disponível em:

<http://www.tce.rn.gov.br/as/download/Escola%20de%20Contas%20Prof.%20Severino%20Lopes%20de%20Oliveira/ThiagoGuterresEbook2.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAGO, Natasha do; TAVOLARO, Giovanna Silveira; CARVALHO, Rodolfo Eduardo Santos. Mudanças penais da nova Lei de Licitações. **Revista Consultor Jurídico**, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11722/1510>. Acesso em: 15 ago. 2021.

LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro? XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. **VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos**. 2014. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11722/1510>. Acesso em 4 set. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

REMEDIO, José Antonio. A Lei 14.133/2021 e os crimes de licitação e contratos administrativos. In: PONTE, Antonio Carlos da; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná (Coords.). **Direito penal, processo penal e constituição II**. Florianópolis: Conpedi, 2021, p. 355-371.

REMEDIO, José Antonio; MAGANIN, Luiz Felipe Gomes de Macedo. Frustração ou fraude à licitação: aspectos penais e de improbidade administrativa. **Prim@Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 36, p. 1-28, 2018.

SILVA, Louise Maria Teixeira da. A nova lei de licitações e as implicações da aplicação da lei penal no tempo. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa Carvalho et al (Coords.). **Novo direito das licitações e contratos administrativos**: de acordo com a Lei 14.133/2021 (nova lei de licitações). Curitiba: Juruá, 2021, p. 485-492.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.