



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

MESTRADO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: Direito Internacional, Econômico
e Comércio Sustentável

A ABOLITIO CRIMINIS DA ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA
DE PREÇOS EM LICITAÇÃO

Mestrando: Jorge Henrique Goulart Schaefer Martins
Orientadora: Professora Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno

FLORIANÓPOLIS/SC

2024

JORGE HENRIQUE GOULART SCHAEFER MARTINS

**A ABOLITIO CRIMINIS DA ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA
DE PREÇOS EM LICITAÇÃO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Chiavelli
Facenda Falavigno

Florianópolis

2024

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Martins, Jorge Henrique Goulart Schaefer
A ABOLITIO CRIMINIS DA ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS
EM LICITAÇÃO / Jorge Henrique Goulart Schaefer Martins ;
orientadora, Chiavelli Fazenda Falavigno, 2024.
95 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Licitações. 3. Direito Penal. 4. Abolitio
criminis. 5. Elevação arbitrária de preços. I. Falavigno,
Chiavelli Fazenda. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

JORGE HENRIQUE GOULART SCHAEFER MARTINS

A ABOLITIO CRIMINIS DA ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS EM LICITAÇÃO

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 18 de abril de 2024, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.^a Chiavelli Fazenda Falavigno, Dra.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos, Dr.
Instituição PUC/RS

Prof.^a Emília Merlini Giuliani, Dra.
Instituição PUC/RS

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Insira neste espaço a
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a
assinatura digital

Prof.^a Chiavelli Fazenda Falavigno, Dra.
Orientadora

Florianópolis, 2024.

AGRADECIMENTOS

Ingressei no mestrado em 2022 achando que seria o momento perfeito para iniciar essa caminhada acadêmica: vida estável em casa, família com saúde, escritório andando bem. Mal sabia eu o que me aguardava ao longo desses dois anos e meio.

Mas no fim tudo dá certo, e se não deu certo é porque ainda não chegou ao fim.

E se hoje chega ao fim meu mestrado, certamente o mérito é compartilhado – e por isso agradeço e dedico essa pesquisa às pessoas que foram fundamentais nessa trajetória:

À minha esposa Jéssica, companheira de todos os momentos, fonte constante de motivação, compreensão, paciência e amor, que me proporciona muito mais do que mereço.

Ao meu amado filho Gabriel, nascido durante o percurso deste mestrado, que me mostrou o verdadeiro valor da vida, ressignificou minhas escolhas e projetos.

À minha mãe Cássia, apoiadora perene e incondicional, e ao meu pai Jorge, meu maior professor no Direito e na vida, sem os quais não teria sequer embarcado nesta jornada.

Aos meus sócios e colegas de escritório, pelos ensinamentos diários, colaboração e suporte que foram cruciais para conciliar as responsabilidades profissionais e acadêmicas.

Aos meus amigos Ricardo Ávila Abraham e Bernardo Lajus dos Santos, pelo auxílio e troca de experiências desde a elaboração do projeto até a finalização da dissertação.

À minha colega Anna Beatriz Sartorio Ramos da Silva, pela parceria constante e apoio mútuo ao longo deste mestrado.

À minha orientadora Professora Chiavelli, pela orientação acadêmica exemplar, pela dedicação e pelos apontamentos valiosos que contribuíram significativamente para o desenvolvimento desta pesquisa.

A todos vocês, minha eterna gratidão.

RESUMO

A pesquisa se debruça sobre o tipo penal da elevação arbitrária de preços em licitação, previsto no artigo 96, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. O capítulo 1 inicia realizando uma análise dogmática de referido crime, que tutela especialmente a integridade do certame licitatório, com especial enfoque à preservação do patrimônio público. A criminalização do sobrepreço em licitação é objeto de críticas doutrinárias, as quais aventam possível incompatibilidade do tipo para com o princípio constitucional da livre concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal), bem como a garantia ao direito de propriedade. Neste contexto, em abril de 2021 entrou em vigor a Nova Lei de Licitações (14.133/2021) que, conforme abordado no capítulo 2, trouxe consideráveis impactos no âmbito penal. A longa tramitação legislativa teve como resultado a transmutação geográfica dos delitos licitatórios para capítulo próprio dentro do Código Penal e o recrudescimento dos preceitos secundários, trazendo consigo variadas consequências processuais – alinhando-se aos movimentos recentes de criminalização na área do direito penal econômico. No entanto, consoante abordado no capítulo 3, a nova redação dada ao artigo 337-L, I, do Código Penal, leva à discussão a respeito de possível abolição da criminalização – *abolitio criminis* - da elevação arbitrária de preços em licitação. O enfoque do tipo penal, em razão da alteração legislativa, passou a ser a entrega de mercadoria ou prestação de serviço com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital, gerando a dúvida a respeito da ocorrência de descriminalização do sobrepreço ou de mera continuidade normativo-típica por transmutação geográfica do delito para inciso diverso. Por fim, apresenta-se radiografia da jurisprudência das Cortes Superiores sobre a questão. Em suma, o objetivo da pesquisa é analisar a possível ocorrência de descriminalização da conduta de elevação arbitrária de preços em certames licitatórios a partir de recente alteração legislativa, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para tal fim.

Palavras-chave: Elevação arbitrária de preços em licitação. Sobrepreço. Nova Lei de Licitações. *Abolitio criminis*.

ABSTRACT

The research focuses on the criminal conduct of arbitrary price increases in public bidding, provided for in article 96, I, of Law n. 8.666/1993. Chapter 1 begins by carrying out a dogmatic analysis of the aforementioned crime, which especially protects the integrity of the bidding process, with a special focus on the preservation of public assets. The criminalization of overpricing in public bidding is the subject of doctrinal criticism, which suggests possible incompatibility with the constitutional principle of free competition (article 170, IV, of the Federal Constitution), as well as the guarantee of the right to property. In this context, in April 2021 the New Bidding Law (14.133/2021) came into force, which, as discussed in chapter 2, brought considerable impacts in the criminal sphere. The long legislative process resulted in the geographic transmutation of bidding crimes to a separate chapter within the Penal Code and the toughening of secondary precepts, bringing with them varied procedural consequences – in line with recent criminalization movements in the area of economic criminal law. However, as discussed in chapter 3, the new wording given to article 337-L, I, of the Penal Code leads to a discussion regarding the possible abolition of the criminalization – *abolitio criminis* – of arbitrary price increases in public bidding processes. The focus of the criminalized conduct, due to the legislative change, became the delivery of goods or provision of services with quality or quantity different from those stipulated in the notice, generating doubt regarding the occurrence of decriminalization of overpricing or mere normative continuity due to geographic transmutation of the crime to a different section. Finally, an x-ray of the Superior Courts' jurisprudence on the issue is presented. In short, the objective of the research is to analyze the possible occurrence of decriminalization of the conduct of arbitrary price increases in bidding processes based on a recent legislative change, using bibliographical and jurisprudential research for this purpose.

Keywords: Arbitrary price increases in public bidding. Overpricing. New Bidding Law. *Abolitio criminis*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
DESENVOLVIMENTO:	
1. A elevação arbitrária de preços na Lei n. 8.666/1993 e o choque com o Direito Constitucional à livre concorrência.....	12
1.1 Análise dogmática do tipo penal do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 (elevação arbitrária de preços em licitação)	13
1.2 As críticas doutrinárias à criminalização do sobrepreço em licitação.....	18
1.3 A incompatibilidade do princípio constitucional da livre concorrência com a criminalização do sobrepreço em licitação.....	24
2. O advento da Lei n. 14.133/2021, as alterações trazidas no âmbito penal e os movimentos de criminalização do Direito Penal econômico.....	30
2.1 A tramitação do processo legislativo que culminou na promulgação da Lei n. 14.133/2021.....	30
2.2 As alterações legais trazidas no âmbito penal.....	34
2.3 Os movimentos de criminalização na área do direito penal econômico.....	41
3. A (in)ocorrência de <i>abolitio criminis</i> da elevação arbitrária de preços.....	55
3.1 <i>Abolitio criminis</i> por força de <i>novatio legis</i> ou continuidade normativo-típica por transmutação geográfica do delito?	55
3.2 A jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a matéria.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	88

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, representado pela União, estados e municípios, é inegavelmente um dos mais relevantes agentes econômicos do sistema de mercado adotado pela Constituição Federal. Isto se dá sobretudo por conta dos objetivos da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (conforme preceitua o artigo 3º, da Carta Magna).

Tendo em vista a constante e substancial atuação estatal na economia e no intuito de resguardar as compras e contratações empregadas pelo Poder Público de acordo com os ditames constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, foi criado o instituto das licitações (artigo 37, da Constituição Federal), regulado inicialmente pela Lei n. 8.666/1993.

Além das diversas normas reguladoras dos procedimentos ligados às aquisições de bens e serviços por entes públicos, foram instituídas nos artigos 89 a 98 do referido diploma legal as figuras penais destinadas a criminalizar as condutas fraudulentas lesivas ao caráter competitivo das licitações e aos interesses da Administração Pública.

Dentre os tipos penais, destaca-se o artigo 96, I, que criminaliza a fraude à licitação mediante a elevação arbitrária de preços. A constitucionalidade deste inciso já era doutrinariamente questionada nas últimas três décadas, sob a justificativa de que todo particular deveria ter assegurada a liberdade de formular propostas de contratação à Administração Pública, examinando seus custos, estimando seus lucros e fixando os riscos que pretende correr – de modo que não poderia ser constrangido a formular proposta para a Administração Pública idêntica à que formularia para terceiros.

No ano de 2021 entrou em vigor a chamada “Nova Lei de Licitações” (Lei n. 14.133/2021), trazendo consigo importantes mudanças com relação aos procedimentos administrativos de contratação de particulares pela Administração Pública. Essas alterações se deram, também, no que toca ao direito sancionador do Estado e à criminalização de condutas praticadas por particulares em face do Poder Público e do caráter competitivo das licitações.

As tipificações penais previstas na Lei n. 8.666/1993 foram todas revogadas pela nova legislação, tendo sido criados novos dispositivos penais, previstos nos artigos 337-E a 337-O, do Código Penal. No entanto, apesar das significativas alterações relacionadas às penas cominadas (quase todas majoradas, em um contexto de punitivismo exacerbado pós-Lava-Jato), boa parte das condutas já abordadas pela antiga Lei de Licitações permaneceram criminalizadas.

Nesta conjuntura, verificou-se que as condutas dispostas nos incisos do artigo 96, da Lei n. 8.666/1993 foram mantidas de forma praticamente intacta no novo artigo 337-L, do Código Penal - com exceção do inciso I. Neste ponto, ao invés de prever como criminoso o ato de fraudar licitações mediante a elevação arbitrária de preços, o inciso passou a tipificar a entrega de mercadoria ou prestação de serviço com qualidade ou em quantidade diversa das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais.

Tal medida poderia ser interpretada como a *abolitio criminis* do “sobrepço” em licitações - mas, no entanto, é possível encontrar defensores da tese de que, em verdade, ocorreu uma mera transmutação geográfica do delito, que teria migrado para o artigo 337-L, V, do Código Penal, em continuidade normativo-típica.

Este posicionamento se funda no fato de que o inciso V criminaliza a fraude, em prejuízo da Administração Pública, em licitação ou contrato dela decorrente, mediante “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”.

Diante disso, exsurtem questionamentos a respeito da efetiva ocorrência da *abolitio criminis* do sobrepço. A corrente doutrinária que defendia a descriminalização de aludido tipo penal enquanto uma decorrência natural do regramento constitucional foi ou não levada em consideração pelo legislador pátrio quando da formulação da nova legislação? O (*antigo?*) tipo penal de fato afronta(va) a livre concorrência?

Destarte, buscar-se-á analisar a possível ocorrência de descriminalização da conduta de elevação arbitrária de preços em certames licitatórios a partir de recente alteração legislativa.

Para isso, inicia-se com a análise dogmática do tipo penal possivelmente revogado, tratando das críticas doutrinárias à criminalização respectiva e, em especial, da eventual incompatibilidade dessa criminalização para com o princípio constitucional da livre concorrência (artigo 170, IV da Constituição Federal).

Em seguida serão abordadas a tramitação do processo legislativo que culminou na promulgação da Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), as alterações trazidas no âmbito penal e a sua relação com os recentes movimentos de criminalização do direito penal econômico.

Derradeiramente, passar-se-á à análise do ponto central: houve *abolitio criminis* da elevação arbitrária de preços por força de *novatio legis* ou ocorreu tão somente a continuidade normativo-típica por transmutação geográfica do delito?

Nesta toada, importante o destaque à jurisprudência, ainda em formação, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

O cumprimento da tarefa atende a observação de etapas e, por óbvio, para concretizá-lo, deve-se observar um método que permita sua realização obedecendo a critérios de investigação.

A importância do método está no fato do estudo científico dever atender a regras, ante a necessidade de a exposição ser sequencial, permitindo que seja inteligível, identificável e sujeita a provas. Não se trata, portanto, de trabalho com forma livre.

As indagações, as dúvidas, as respostas que se propõe a buscar, poderão ser resolvidas pelo método hipotético-dedutivo. Por sua vez, a investigação teórica segue a forma qualitativa, que consiste no procedimento que segue o método de utilizar exposições, textos, tudo na dependência da área de exposição e tema a ser abordado, cumprindo-se um processo no qual se possa compreender a ideia ou o conjunto de ideias que justificam a conclusão e determinam sua aceitação.

Para tanto, procedeu-se à investigação bibliográfica, documental e jurisprudencial, por meio da qual se buscou construir o cunho teórico mencionado.

O método e as referências bibliográficas seguem as diretrizes da ABNT, sistema que busca uniformizar o estilo dos trabalhos científicos, standardizando seus procedimentos de forma a facilitar a redação científica, dispondo sobre a correta maneira de indicar a bibliografia consultada.

Estabelece-se como objetivo final a indicação de diretriz acerca da interpretação da alteração legislativa que possivelmente derogou o tipo penal incriminador – evitando, se for o caso, a utilização da conduta antes criminalizada para punir o agente.

CAPÍTULO 1: A ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS NA LEI N. 8.666/1993 E O CHOQUE COM O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIVRE CONCORRÊNCIA.

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, surgiu com o objetivo de instituir as balizas para as licitações e contratos da administração pública em todo o país, seguindo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade previstos no artigo 37 de nossa Carta Magna.^{1 2}

Ocorre que, para além de tratar da parte principiológica, das definições de obras e serviços públicos, das modalidades, causas de dispensa, e todas as outras matérias atinentes à operacionalização das contratações públicas, a Lei n. 8.666/1993 trouxe em seu bojo tipos penais aptos a criminalizar condutas daqueles indivíduos, agentes públicos ou não, que vierem a descumprir ou deturpar as regras estabelecidas.

Nesta toada, a tutela penal das licitações visa proteger a Administração Pública no que toca à moralidade, imparcialidade, regularidade e igualdade de acesso às contratações públicas.³

Tais tipos penais estavam previstos no Capítulo IV, Seção III, da Lei,⁴ indo do artigo 89 ao artigo 98 – e tipificando condutas das mais diversas, desde a fraude ao caráter competitivo da licitação até obstar a inscrição de qualquer interessado.

No entanto, desta gama de condutas, uma delas, em específico, chama a atenção quando examinada sob lupa, em escrutínio à luz da Constituição: a elevação arbitrária de preços, prevista no artigo 96, I.⁵

¹ Através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, incluiu-se no rol do *caput* o princípio da eficiência.

² O inciso XXI de referido artigo assim determina:

XXI - 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.

³ PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Delito Licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. In. BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). Direito penal e processo penal: leis penais especiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 421.

⁴ Em verdade, atualmente, após a entrada em vigor da Lei 14.133/2021, encontram-se no Capítulo II-B, dentro do Título XI de nosso Código Penal, que versa sobre crimes contra a administração pública. No entanto, para fins de efetivação da análise dogmática que este capítulo propõe, trabalha-se com a Lei n. 8.666/1993 – para posteriormente, no capítulo seguinte, analisar-se a eventual ocorrência de *abolitio criminis* do tipo penal sob enfoque.

⁵ Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

Referido inciso, para grande parte da doutrina,⁶ entra em conflito com o direito constitucional à livre concorrência.

1.1 ANÁLISE DOGMÁTICA DO TIPO PENAL DO ARTIGO 96, I, DA LEI N. 8.666/1993 (ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS EM LICITAÇÃO).

Inicialmente há de se apontar que a doutrina especializada, no mais das vezes, aborda os incisos do artigo 96 como especificações ou exemplificações dentro de uma conduta-mãe (conduta nuclear típica). Esta seria exatamente a de “*fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para a aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente*”. Posto de outra forma, os incisos se referem a condutas que constituem *apenas meio e modo para a realização do tipo*.⁷

Neste contexto, dada a redação da parte final do *caput*, já se afasta de plano a incidência do crime em licitações que versem sobre a realização de obras ou contratação de serviços, limitando-se, portanto, às licitações instauradas para aquisição ou venda de bens ou mercadorias – sendo tal fato decorrência lógica do Princípio da Legalidade / Taxatividade.⁸ O Supremo Tribunal Federal⁹ e o Superior Tribunal de Justiça¹⁰ compartilham deste entendimento.

Frisa-se que houve alteração neste ponto com a entrada em vigor da Lei n. 14.133/2021, a partir da qual não se faz mais a distinção supramencionada, aplicando-se as sanções do artigo 337-L do Código Penal a qualquer licitação ou contrato dela decorrente, independentemente da modalidade.¹¹

Na sequência, indispensável a análise da categoria “fraude”, indicada como ponto nuclear do crime no artigo 96 da Lei de Licitações.

I - elevando arbitrariamente os preços;

⁶ Vide tópico 1.2.

⁷ STOCO, Rui. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 2.589.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. – p. 682

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inq. 3.331/MT, 1ª Turma do STF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 01.12.2015 e p. em 01.04.2016;

¹⁰ Idem, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.407.255/SC, 5ª Turma do STJ, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 21.08.2018, p. em 29.08.2018

¹¹ DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUM, Maurício. Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 760

A *fraude*, sendo a conduta nuclear típica, pode ser definida como “*qualquer malicioso subterfúgio para alcançar um fim ilícito. [...] o engano dolosamente provocado, o malicioso induzimento em erro ou aproveitamento de preexistente erro alheio, para o fim de injusta locupletação.*”¹²

Portanto, parte-se (ou dever-se-ia partir) do pressuposto de que, para haver criminalização da elevação arbitrária de preços, deve haver fraude na precificação – e não meramente a apresentação de proposta financeiramente elevada (ainda que dita proposta venha a ser acatada pelo ente público licitante).

Em outras palavras, não basta a comprovação de que houve a elevação de preços. É imprescindível a demonstração da efetiva existência de fraude, como elemento inerente ao tipo.¹³

Este aspecto é de fundamental importância, visto que a conduta maliciosa, enganosa, deverá ser demonstrada pelo Ministério Público, não se mostrando suficiente a tão-só demonstração da indicação de preço maior. A repercussão que tal circunstância provoca é determinante para se poder cogitar do reconhecimento da prática criminosa.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em estudo é a garantia à respeitabilidade, à integridade, à probidade e à moralidade do certame licitatório, com especial enfoque à preservação do patrimônio público.¹⁴ Tal conclusão remete ao disposto no artigo 37 da Constituição Federal.

Neste ponto, parece haver choque entre a amplitude de sentido própria dos princípios constitucionais e a especificidade, o rigor e os limites conceituais de bem jurídico-penal.¹⁵ Ainda, merece nota a dificuldade em se precisar o conteúdo da *moralidade* (sendo *probidade* mero sinônimo) passível de tutela pelo direito penal – especialmente considerando ser o Estado laico e democrático.¹⁶ Inegável, todavia, que se está diante de um bem jurídico complexo e de titularidade supraindividual difusa.¹⁷

¹² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 169.

¹³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal n. 0025368-65.2008.4.01.0000.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 6. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. – p. 447-449.

¹⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público. Revista Portuguesa de Ciência Criminal 25, 2015. p. 263-283

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Idem. Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 157-180, nov./dez. 2014.

O sujeito ativo do crime, para todos os incisos do artigo 96, pode ser qualquer pessoa que participar de procedimento licitatório ou de contratação direta¹⁸ (sendo, portanto, *crime comum* e não *crime próprio*) – tendo especial destaque, na prática, o contratante cuja proposta foi vencedora no processo licitatório. É de se dizer que, para a configuração do delito em questão, não se exige a figura do agente público – embora pessoa em tal condição possa, por evidente, concorrer para o crime (sujeitando-se, a depender da situação, a incremento penal na primeira fase dosimétrica).

O sujeito passivo, por sua vez, é a Fazenda Pública, como o próprio *caput* deixa claro. Cumpre mencionar que a Lei n. 14.133/2021 alterou o sujeito passivo do delito (agora 337-L do Código Penal) para “Administração Pública”, o que parece ser a escolha mais adequada, dada a maior abrangência do termo.¹⁹

O elemento subjetivo é o dolo genérico, ao menos no entendimento da maior parte da doutrina especializada, como Marçal Justen Filho²⁰ e Cezar Roberto Bitencourt²¹ - apesar de existir certa dissidência no ponto, como é o caso de Guilherme de Souza Nucci, que entende haver necessidade de dolo específico.²² Certo é que não há modalidade culposa.

Do mesmo modo, entendendo-se exigível uma finalidade especial (o propósito de causar prejuízo patrimonial à Administração Pública), impossível a responsabilização pelo crime com base no dolo eventual.²³ Referido elemento subjetivo ocorre quando o agente não quer o resultado, ainda que por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo. Sendo assim, o fato de o agente não querer o resultado é óbice intransponível, haja

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.183.

¹⁹ [...] alterou-se a expressão ‘Fazenda Pública’ para ‘Administração Pública’, de abrangência mais ampla, eis que aquela remonta à Lei nº 6.930/1980, dizendo respeito ao patrimônio da União, Estados, Municípios e respectivas autarquias, não englobando empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado e consórcios públicos de direito privado. Agora todas elas passam a ser sujeitos passivos em potencial do crime do art. 337-L do Código Penal [...]. BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Dos crimes em licitações e contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (Coord.). Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 396.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Ibidem.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem.

²² Há o “dolo subjetivo do tipo implícito. Extrai-se essa conclusão do dispositivo do tipo penal, analisando-se a expressão *em prejuízo da Fazenda Pública*”. – NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²³ BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Dos crimes em licitações e contratos administrativos. In: HARGER, Marcelo (Coord.). Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 400.

vista a necessidade de uma finalidade especial para configuração desta figura delitiva – ou seja, o agente precisa efetivamente querer o resultado.

Acerca da ausência da modalidade culposa, é possível traçar um paralelo para com a Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021), que manifestou opção legislativa pelo afastamento da responsabilização por condutas ímprobas culposas (havidas por imprudência, negligência ou imperícia).

Em suma, no âmbito da improbidade, as sanções devem servir como instrumento para responsabilização dos agentes públicos que agem imbuídos de má-fé e desonestidade – não sendo coerente e nem proporcional sua utilização para penalizar o mau gestor (que agiu de boa-fé).²⁴ A lógica de raciocínio é aplicável ao contido na Lei de Licitações.

Ainda, importante destacar que se trata de crime material, exigindo a ocorrência do resultado naturalístico consubstanciado no *prejuízo* à Fazenda Pública. Nesta toada, a ausência de descrição do efetivo prejuízo ao erário deve acarretar a rejeição da denúncia.²⁵ Frisa-se que, ainda que o crime apenas seja consumado com a despesa pública, é possível a configuração da forma tentada mediante fracionamento do *iter criminis*.²⁶

As condutas descritas em todos os incisos do artigo 96 representam crimes de ação penal pública incondicionada, cabendo, portanto, ao Ministério Público a promoção respectiva – podendo, por evidente, qualquer pessoa provocar a iniciativa do órgão ministerial, fornecendo-lhe os elementos necessários para tal fim. Ademais, é admitida ação penal privada subsidiária da pública, caso o Ministério Público mantenha-se inerte, não ofertando a denúncia dentro do prazo legal.²⁷

Partindo mais especificamente para a conduta descrita no inciso I, esta representaria modalidade da fraude prevista no *caput*, criminalizado aquele que age

²⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Mizuno, 2022.

²⁵ REsp 168.839/SP, 6ª Turma do STJ, Min. Nefi Cordeiro, j. em 12.12.2017, p. em 19.12.2017.

²⁶ Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou “caminho do crime”, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito. [...] De todos os momentos do *iter criminis*, só quatro interessam-nos para o estudo da tentativa: a etapa preparatória, a etapa da tentativa, a da consumação e a do exaurimento. [...] A regra geral é a de que o *iter criminis* começa a ser punível quando começa a atividade executiva, por serem atípicos os atos preparatórios [...]. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 13-14.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33.ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 328.

elevando arbitrariamente os preços em licitação ou contrato dela decorrente.

Imperioso destacar que este inciso vinha sofrendo reiteradas críticas por parte da doutrina especializada ao longo dos últimos 30 anos, sob a justificativa de que sua tipificação entraria em conflito com os princípios constitucionais da livre concorrência e do direito à propriedade.

Isso porque a criminalização genérica da elevação arbitrária de preços muitas vezes levava – como ainda leva – à condenação de pessoas que se saíam vencedoras em processos licitatórios meramente pelo fato de estas terem apresentado proposta com preço maior que o praticado entre particulares no mercado. Prevalecia a narrativa de que teriam atribuído o preço de forma *arbitrária*.²⁸

Salienta-se a necessidade de separar as imputações de forma minudente: muitas vezes réus são condenados concomitantemente nos delitos tipificados nos artigos 90 (referente à fraude ao caráter competitivo da licitação) e 96, I (fraude à licitação por elevação arbitrária de preços), ambos da Lei n. 8.666/1993. Nestes casos, a comprovação de fraude à competitividade do certame não pode e não deve ser confundida com a necessária comprovação da fraude na precificação. É plenamente possível – e comum – que a competitividade do certame seja maculada por ajuste prévio, especialmente entre as empresas supostamente concorrentes, mas que o preço ofertado pela vencedora e aceito pela administração seja absolutamente lícito, respeitando os limites impostos pelo edital e os valores de mercado.

Caso a fraude à competitividade fosse suficiente para se considerar a ocorrência de sobrepreço, toda e qualquer imputação no artigo 90 representaria, invariavelmente, também imputação no art. 96, I. Em suma, é imprescindível a demonstração de fraude na precificação, não bastando a existência de fraude na competitividade do certame, ainda que somada a suposta *arbitrariedade* na escolha de valores.

Aliás, por vezes o apontamento de suposta *arbitrariedade* atropela a própria definição doutrinária do termo, que exige que a elevação, para que seja considerada

²⁸ Exemplos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Apelação Criminal n. 0001006-61.2013.8.26.0204; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, Apelação Criminal n. 0000342-46.2019.8.16.0156; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF1, Apelação Criminal n. 0032119-92.2013.4.01.0000.

arbitrária, seja desproposita, absurdamente exagerada²⁹ e desmotivada.³⁰

1.2. AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À CRIMINALIZAÇÃO DO SOBREPREGO EM LICITAÇÃO

Um dos mais enfáticos críticos à tipificação da *elevação arbitrária de preços em licitação* é o administrativista Marçal Justen Filho,³¹ que entende que referida conduta não pode ser tipificada como crime. O autor assevera que o dispositivo fere a Constituição Federal por ofender diretamente os arts. 5º XXII e 170, IV – garantia ao direito de propriedade e livre concorrência, respectivamente.

Nesta linha, discorre que todo particular tem assegurada a mais ampla liberdade para formulação de propostas à Administração Pública. Para isso, deverá estimar seus custos, riscos e lucros – não podendo ser constrangido a apresentar à Administração a mesma proposta que formularia a terceiros. Decidindo o agente por elevar seus preços, mesmo que de forma arbitrária, não praticará ato penalmente reprovável. Caso o ente público repute o valor excessivo, deverá simplesmente rejeitar a proposta.

Não há como se equiparar uma relação negocial privada (contratação horizontal) com uma relação negocial pública (contratação vertical). No âmbito privado, usualmente, há igualdade de condições entre os contratantes, que discutem cláusulas e dispõe sobre as condições do negócio – daí o termo horizontal, uma vez que ambos se encontram no mesmo plano.

Já na esfera pública, as condições do negócio são impostas pelo contratante (ente público) ao contratado (empresa privada). Não há margem para negociação. Prazos, limites de valores, condições específicas de entrega, garantias etc. – tudo é determinado pelo Poder Público, e à empresa resta se adequar às condições. Por isso leva a alcunha de contrato vertical, uma vez que fica submetido às condições previamente estabelecidas pelo contratante (imposição de condições).

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 240.

³⁰ COSTA JR., Paulo José da. Direito Penal das licitações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 58

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 634/635.

Analisando este aspecto em maior escala no bojo da Lei n. 8.666/1993, importante trazer a lume a discussão a respeito dos incisos III e V, do artigo 15 da Lei,³² os quais apresentam contradição visível entre si. Enquanto um afirma que as compras, sempre que possível, deverão se submeter às condições semelhantes às do setor privado; o outro determina que essas compras deverão se balizar pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidade da Administração Pública.

A análise sistemática do diploma legal se faz imperiosa para a exata compreensão do objetivo idealizado pelo legislador – especialmente quando a dissonância entre um dispositivo e outro se mostra evidente, exigindo o apurado exame da incongruência e do que pode e deve ser validado.

A situação leva à seguinte indagação: deve a contratação respeitar as condições de aquisição e pagamento do setor privado (inciso III) ou balizar-se pelos preços praticados pelos órgãos da Administração Pública (inciso V)? A resposta parece estar no termo “semelhantes”, constante do inciso III.

Em que pese a contratação pública dever se pautar pela semelhança com relação ao setor privado, semelhança não significa identidade ou equiparação. Desta forma, serve tal inciso para resguardar os princípios norteadores dos contratos administrativos, exigindo a boa aplicação dos recursos financeiros.

Por sua vez, o inciso V prevê baliza mais efetiva – e menos limitante –, consubstanciada nos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Tal redação preserva o espírito da Lei (resguardo dos princípios basilares do Direito Administrativo), mas ao mesmo tempo considera as diferenças entre contratos horizontais e verticais.

Em suma, o que se extrai é a necessidade de que os diversos órgãos que compõem a Administração Pública deverão intercambiar informações e dados de modo a evitar a prática de preços conflitantes por produtos similares - permitindo, assim, a pronta identificação de distorções. Desta forma, o gestor público terá o dever de recusar contratação em valores superiores aos praticados por outros órgãos.³³

³² Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...] III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

[...] V – balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 254

Essa tarefa de pesquisa antecedente e troca de informações é dever da Administração Pública, sendo questionável impor ao particular que deseja participar da licitação o prévio conhecimento dos preços e condições normalmente praticados pelos órgãos públicos. Destarte, não pode ser criminalizado por ter ofertado preço superior – neste caso, a consequência da sua oferta a maior deve ser tão somente a recusa do ente público na contratação, optando por outro candidato (caso existente) ou pela abertura de novo edital mais adequado.

A previsão legal deixa claro que não se pode analisar a suposta prática do crime de elevação arbitrária de preços utilizando como parâmetro exclusivo os valores praticados junto à iniciativa privada. Isso se dá sobretudo por conta do caráter inflexível dos negócios entabulados por entes públicos, sempre regulados e limitados por Lei e pelo edital licitatório. Em outras palavras, é natural que ao fazer uma comparação entre os valores empregados em acordos privados e em licitações será detectada distinção entre os preços.

Isso porque o procedimento licitatório é um processo único para aquisição de algum produto ou serviço, ou seja, o fornecimento se encerra ali, não há possibilidade de fidelização de um ente público como “cliente”, por conta do princípio da impessoalidade. Além disso, não há como negociar ou flexibilizar descontos, formas de pagamento, datas de entrega, dentre outros fatores, em razão dos princípios da legalidade e da eficiência, o que torna a licitação um negócio bastante engessado.

As contratações entre entes da iniciativa privada, por outro lado, são muito mais dinâmicas e flexíveis, tendo em vista a possibilidade constante de novos negócios, trocas, compras, entre outras formas de transação, por não haver imposições legais tão severas quanto àquelas atinentes a licitações.

Em razão destas circunstâncias, a legislação naturalmente tratou de balizar a aferição dos preços praticados em processos licitatórios com base nos valores empregados pela própria Administração Pública.

Nessa linha, não pode o particular ser obrigado a fazer proposta para a Administração Pública que seja idêntica àquela que faria para terceiros. Assim, se o particular optar por aumentar seus preços, mesmo que de maneira arbitrária, isso não constituirá uma conduta condenável pela lei penal. Se a Administração considerar que os

preços são demasiadamente altos, deverá recusar a proposta.³⁴ Essa é a decorrência lógica da exposição feita nos parágrafos anteriores.

Ademais, a Administração Pública possui a condição de avaliar previamente os custos necessários para suprir determinada necessidade, lançando as especificações no edital da licitação - que representa a lei interna da licitação e vincula seus termos tanto para os licitantes quanto para a Administração.³⁵

Logo, tendo o edital da licitação firmado um preço máximo para determinada compra pública e a empresa vencedora tendo oferecido preço dentro deste limite, temerário se falar em criminalização por força do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993. O teto foi imposto pelo edital, com base no que restou apurado na fase de planejamento.³⁶

Conforme já mencionado, caso a proposta apresentada seja superior ao limite estabelecido no edital, igualmente não há prática de crime – até porque é dever do ente público rejeitá-la. Logicamente há de se excetuar a hipótese de conluio com agente público especificamente visando elevar o teto de preços do edital, o que tornaria possível, na vigência da Lei, a criminalização da conduta.

Em suma, o tipo penal descrito no artigo 96, I, é mais amplo e genérico que os demais,³⁷ mostrando-se aberto e impreciso. Assim, acaba por dar margem à prática de abusos pelo Estado e gera insegurança para os particulares. Nesta toada, destaca-se a dificuldade de se distinguir a ocasião em que a conduta representa mera infração administrativa e quando constitui o crime previsto no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993.³⁸

A prática de sobrepreço, nesta linha de pensamento, não deve ser considerada um crime, pois poderia levar à criminalização de comportamentos que podem ter justificativas legítimas para o aumento de preços - como inflação, flutuações cambiais, riscos empresariais, entre outros motivos.³⁹

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 256.

³⁶ A fase de planejamento consiste na primeira das três fases da contratação pública, sendo todas elas interligadas entre si: o planejamento (fase interna), a seleção do fornecedor (fase externa) e a execução do contrato. GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. O edital da licitação: aspectos gerais. *In*. HARGER, Marcelo (Coord.). *Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 89.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2020.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.645.

Essa constatação é basilar para a compreensão da matéria. O empresário detém as condições de avaliar o seu método de precificação, não sendo razoável que se submeta ao crivo do direito penal por força de interpretações diversas a respeito de como deve conduzir seus negócios frente à miríade de situações relevantes que enfrenta em sua rotina e que influenciam diretamente na precificação.

Cezar Roberto Bitencourt, igualmente defende a inconstitucionalidade do dispositivo (artigo 96, I) pela afronta à garantia ao direito de propriedade e à livre concorrência (respectivamente artigo 5º, XXII e artigo 170, IV da Carta Magna).⁴⁰

Tratando do delito em comento, afirma o autor que o elemento normativo “arbitrariamente”, previsto no inciso I, denota a necessidade de se tratar de uma elevação despropositada, *absurdamente exagerada*. Não se versa, aqui, de valores simplesmente superiores aos de mercado – o que é natural da concorrência (e que será melhor abordado no próximo tópico), na medida dos diferentes fatores que influenciam a operação empresarial.

No mesmo sentido, Costa Jr. afirma que a ação passível de punição não se refere a um simples aumento nos preços de mercado, mas sim a um aumento arbitrário. Portanto, o aumento deve ser injustificado, sem motivo válido, e contrário a regras e princípios estabelecidos.⁴¹

Ainda assim, a definição aberta do que seria uma elevação *arbitrária* abre espaço para discricionariedade, sempre perigosa no âmbito penal, pois permite que diferentes visões de mundo de cada operador influenciem diretamente no resultado de processos que afetam diretamente as vidas dos investigados/acusados e suas famílias. Essa insegurança jurídica tende a resultar em desfechos muito diversos para situações similares, abalando a coesão e a credibilidade de todo o sistema de justiça.

A criminalização do sobrepreço em licitação é, portanto, digna de críticas, pois não se pode criminalizar de forma banal a atividade empreendedora por meras presunções e simples suspeitas de valor excessivo.

Tratando da matéria sob a ótica prática, do dia a dia do empresário que decide contratar com a administração pública, constata-se que, atualmente, ser empreendedor

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

⁴¹ COSTA JR., Paulo José da. Direito Penal das licitações. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 58

significa enfrentar constantes ameaças de que problemas administrativos possam se tornar tormentos criminais, por vezes tornando difícil a continuidade do funcionamento da empresa e sua capacidade de criar empregos e recolher tributos. A excessiva rigidez da legislação nessa área vai contra o princípio constitucional da função social das empresas.

42

Parte da questão cinge-se à cultura legislativa de um país em que os legisladores não detêm o conhecimento técnico a respeito do que significa empreender. Por vezes a atividade privada é mal vista por pessoas que nunca emitiram uma nota fiscal e jamais precisaram pagar salários utilizando recursos provenientes de atividades empresariais.⁴³

Ressalta-se que tratar penalmente situações decorrentes de procedimentos administrativos deveria exigir extrema precisão nas definições legais, bem como o cristalino entendimento dos procedimentos empresariais em si. Em suma, não se deve tratar qualquer empresário que tenha participado de processos licitatórios como criminoso, baseando-se apenas em suposições acusatórias.

Nesta toada, é questionável a opção legislativa⁴⁴ de reputar irrelevante que a administração pública tenha concordado com a aquisição por preços abusivos – na ótica da legislação, estando comprovada a abusividade na escolha do preço elevado restará configurado o delito.

De outro lado, endossando a opção legislativa, alguns autores entendem que a escolha de preço a maior *de per se*, merece repressão penal. Argumentam que a infração independe do conhecimento do administrador responsável, uma vez que este pode estar vivenciando situação de estado de necessidade – ou seja, ou concorda com a elevação ou provoca a paralisação de serviço público essencial (como o escolar ou o hospitalar).⁴⁵

No entanto tal posicionamento pode ser derruído pela simples constatação de que existe na legislação (tanto na antiga quanto na nova) modalidades de contratação direta. Dentre elas se encontra a dispensa de licitação, a qual pode ser utilizada em casos de emergência, calamidade pública ou urgência,⁴⁶ devendo ser observados alguns limites específicos.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 6. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 468.

⁴⁴ Talvez corrigida com o advento da Lei 14.133/2021, vide capítulos 2 e 3.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da lei de licitações. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁴⁶ Art. 24, IV da Lei 8.666/1993 e art. 75, VIII, da Lei 14.133/2021.

Passada a situação emergencial, em que se permite a contratação direta através da dispensa de licitação, não há óbice para que o ente estatal promova pesquisa prévia e realize certame licitatório com edital bem definido, especificando concretamente limites de valores condizentes com o resultado do estudo antecedente.

Em suma, não há por que se cogitar que uma situação calamitosa ou emergencial redundaria em obrigatoriedade do Estado em aceitar preços “arbitrariamente elevados”. Basta que, nessas situações, faça-se uso dos instrumentos legalmente disponíveis para dispensa da licitação, aplacando a urgência em questão – para que então, posteriormente, lance-se edital licitatório.

Logo, na ocasião do certame licitatório – em que vige a liberdade concorrencial na disputa para ofertar as melhores condições, obedecendo o edital – não haveria qualquer gravidade jurídico-penal no ato de oferecer o seu produto pelo preço que julgar adequado. Basta ao ente público recusar a oferta, caso a repute inadequada.

1.3. A INCOMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA COM A CRIMINALIZAÇÃO DO SOBREPREGO EM LICITAÇÃO

A Constituição Federal, no Capítulo I de seu Título VII (intitulado “Da ordem econômica e financeira”), trata dos princípios gerais da atividade econômica. Em referido capítulo, o artigo 170 dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, observa uma série de princípios, listados nos incisos – dentre eles, no inciso IV, encontra-se elencada a livre concorrência.⁴⁷

⁴⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O inciso IV do artigo 170 constitui a primeira menção direta à livre concorrência em uma Constituição brasileira, sendo este conceito anteriormente subentendido como parte integrante da livre iniciativa.

O registro expresse a respeito da livre concorrência representa a adesão à economia de mercado (da qual a competição é típica), bem como significa igualdade na concorrência, com a exclusão de práticas que privilegiem uns sobre outros.⁴⁸

A concorrência é elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica. É ela a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico.⁴⁹ Em suma, a livre concorrência é primordial para o funcionamento da economia de mercado e do sistema capitalista.⁵⁰

É de se destacar que o constituinte fez constar já no preâmbulo de nossa Carta Magna que a liberdade é um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito, sendo um dos pilares de uma sociedade fraterna.⁵¹ A liberdade aqui tratada, por evidente, não diz respeito tão somente à liberdade de deambulação, mas sim de uma ampla gama de conceitos, dentre os quais se insere a livre iniciativa (artigo 170, *caput*, CF88), da qual deriva a livre concorrência (inciso IV). Aliás, livre iniciativa desponta como um fundamento da própria República, acenando à redação do artigo 3º, I, da Constituição.⁵²

No entanto a liberdade econômica não é absoluta, uma vez que a atividade econômica não é isenta da intervenção estatal, o que está previsto no artigo 174 da Constituição.⁵³

Da conjugação dos dois dispositivos constitucionais (artigos 170 e 174) deve-se concluir pela existência da possibilidade de intervenção estatal na economia. Isso desde que, seguindo os parâmetros da legalidade, for necessária à defesa do interesse público –

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989-1995. V. 3

⁴⁹ BARBIERI FILHO, Celso. Disciplina jurídica da concordância: abuso de poder econômico. São Paulo, 1984.

⁵⁰ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. SP: Saraiva, 1989-1994. V. 7.

⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri/SP: Manole, 2007. p. 221.

⁵² REALE, Miguel. A ordem econômica liberal na Constituição de 1988. In MERCADANTE, Paulo (org.) Constituição de 1988 – o avanço do retrocesso. Rio de Janeiro, Rio Fundo, 1990. p. 19.

⁵³ CF88. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

inclusive para resguardar os princípios da ordem econômica e combater o abuso de poder econômico.⁵⁴

Apesar de a Constituição de 1988 ter ratificado uma economia descentralizada baseada no mercado, também concedeu ao Estado o poder de intervir na economia como regulador e agente normativo. A tarefa seria de exercer fiscalização, incentivo e planejamento indicativo para o setor privado, sempre em conformidade estrita com os princípios constitucionais da ordem econômica.⁵⁵

Feitas essas digressões a respeito do princípio constitucional da livre concorrência, expressamente previsto no artigo 170, IV de nossa Carta Magna, há de se ponderar sobre eventual conflito deste para com a criminalização da elevação arbitrária de preços em licitação (artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993).

Como tratado em subtópicos anteriores, a doutrina há muito defende a inconstitucionalidade da tipificação do sobrepreço em licitação, afirmando que a sua criminalização representa uma afronta à liberdade concorrencial vigente nos certames licitatórios.

Assevera-se que o tipo penal do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 injustificadamente criminaliza atividade legal, assegurada pela Constituição pelo disposto no artigo 170, IV. Ao assim determinar, constrange o licitante, em especial no seu direito à livre concorrência, pois o impede de formular livremente a proposta que entende adequada e razoável para concorrer naquele certame licitatório.

Considera-se abusiva essa previsão, pois o Estado não deve limitar excessivamente a livre concorrência, interferindo indevidamente na atividade comercial privada e, mais grave ainda, ameaçando com a aplicação de sanções criminais.⁵⁶ Neste passo, verdadeiramente criminosa seria a conduta do Estado que, pelo legislador, viola o princípio constitucional da vedação ao excesso.

Conforme já exposto no subtópico 1.1, a criminalização da elevação arbitrária de preços muitas vezes levava – como ainda leva – à condenação de pessoas que se saíam vencedoras em processos licitatórios simplesmente pelo fato de terem apresentado

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 811.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

proposta com preço maior que o praticado entre particulares no mercado.⁵⁷

Tal situação ocorre sobretudo nos processos licitatórios de licitante único – ainda que devidamente publicizado o conteúdo do edital e demais documentos e atos do certame. Muitas vezes se entende por configurada a fraude precisamente na circunstância de que, podendo oferecer preço menor, não o fazia o licitante, assim supostamente ludibriando o ente público a aceitar proposta que, em tese, não seria vantajosa em comparação ao mercado privado. Interpretação absolutamente inconstitucional.⁵⁸

Se não houve acordo com o funcionário público, cujo dever era solicitar orçamentos de várias empresas para determinar o valor de mercado e o preço máximo que a Administração Pública estaria disposta a pagar – e não houve conluio entre as empresas que forneceram esses orçamentos –, por que motivo o particular não poderia apresentar uma proposta no valor máximo e acabar sendo o vencedor? Compete à Administração avaliar o interesse em adjudicar e homologar essa proposta.

Não é demais frisar os reiterados apontamentos de Marçal Justen Filho no sentido de que o particular tem constitucionalmente assegurada em seu favor a mais ampla liberdade de formular propostas à Administração Pública. Quando da formulação dessa proposta, certamente levará em consideração os custos que terá caso vença o certame, fará estimativa de seus lucros em potencial e, na mesma medida, calculará os riscos que está disposto a correr.⁵⁹

Se a livre concorrência, afiançada constitucionalmente, garante ao indivíduo a possibilidade de dar o seu preço ao produto que oferece (seja no âmbito privado ou nas licitações e contratações públicas), por que razão haveria de ser crime exatamente essa conduta de precificação? Trata-se de gritante contrassenso.

A inconstitucionalidade do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 não se limita ao ferimento direto à livre concorrência, como também está consubstanciada no choque com

⁵⁷ Exemplos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Apelação Criminal n. 0001006-61.2013.8.26.0204; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, Apelação Criminal n. 0000342-46.2019.8.16.0156; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF1, Apelação Criminal n. 0032119-92.2013.4.01.0000.

⁵⁸ BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Dos crimes em licitações e contratos administrativos. *In*. HARGER, Marcelo (Coord.). Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 397.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 634/635.

o artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, segundo o qual é garantido o direito de propriedade.

Tal inconstitucionalidade se deve ao fato de que o tipo penal em questão criminaliza a busca lícita do empresário pela obtenção de maior lucratividade em seus negócios, fazendo uso da discricionariedade dos órgãos de investigação e acusação - e do próprio Judiciário -, nem sempre bem-intencionados, como arma letal para imputar responsabilidade penal àquele que busca crescimento e enriquecimento pessoal/empresarial. Atentando-se, assim, contra o seu legítimo direito de propriedade.

A criminalização da conduta é, em verdade, um incentivo a não contratar com o Poder Público, na medida em que se estará sempre sob risco de acusação de prática criminosa.

De outra banda, a inconstitucionalidade por ferimento ao direito de propriedade se manifesta na tentativa de, através do tipo penal, limitar a precificação que o empresário faz de seu produto. Ora, caso a Administração Pública julgue que os preços oferecidos por um determinado concorrente são excessivamente altos, desproporcionais ao padrão natural do mercado, ela pode simplesmente rejeitá-los e optar pela proposta de outro licitante.⁶⁰

A conduta, elevada à condição de crime, na verdade transfere ao particular a responsabilidade de definir o valor do produto ou serviço a ser licitado, que é do ente estatal. Repisa-se que o Poder Público não está obrigado a contratar com o particular que se dispõe a participar do processo licitatório. Usa de sua discricionariedade. Aceitando o preço proposto, acaba por validar a oferta, uma vez que não se pode atribuir somente ao licitante a responsabilidade no processo.

Logo, tem-se que a criminalização do sobrepreço em licitação padece de inconstitucionalidade(s) insanável(is), em especial pela colisão frontal para com a livre concorrência, pilar fundamental para o funcionamento da economia de mercado.

O capítulo seguinte abordará o advento da Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) - a tramitação de seu processo legislativo, as alterações trazidas no âmbito penal e suas causas. A partir daí, no terceiro capítulo, determinar-se-á se o inconstitucional artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 restou revogado por força de *abolitio*

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

criminis advinda de *novatio legis in melius* ou se, alternativamente, segue em vigor em continuidade normativa típica por transmutação geográfica do delito.

CAPÍTULO 2: O ADVENTO DA LEI N. 14.133/2021, AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NO ÂMBITO PENAL E OS MOVIMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

No âmbito da interpretação normativa, a busca pela "intenção do legislador" (*mens legis*) é uma tarefa complexa, dada a intrincada natureza do processo legislativo – especialmente no que toca à Nova Lei de Licitações, que adveio de longa tramitação.

2.1 A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO QUE CULMINOU NA PROMULGAÇÃO DA LEI N. 14.133/2021

A Lei n. 14.133/2021 emergiu de um dilatado processo que se estendeu por 8 (oito) anos, em atmosfera democrática de ampla participação, com influência da sociedade e de juristas afeitos à matéria. Tal processo legislativo, pela sua longa duração, perdurou por três legislaturas, passando por três diferentes Presidentes da República.

O ponto de partida desse processo foi a criação, em 2013, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, no Senado Federal.⁶¹ Inicialmente, o foco da comissão era a atualização da Lei n. 8.666/1993, sem a intenção explícita de substituí-la por uma nova legislação.

No bojo dessa comissão foram realizadas diversas audiências públicas com participação de representantes das mais diferentes associações. Dentre elas a Confederação Nacional das Indústrias (CNI); Sindicato das Indústrias da Construção Civil (Sinduscon); Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), e muitas outras.

Na segunda reunião da Comissão, havida em 24 de junho de 2013, foi aprovado requerimento que solicitou a realização de audiência pública com os seguintes convidados: “*Marçal Justen Filho, advogado, mestre e doutor em Direito, autor de*

⁶¹ Os trabalhos da Comissão Temporária para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), incluindo as atas de reunião, audiências públicas e contribuição dos convidados - disponíveis no link: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/112987>>.

diversas obras jurídicas sobre licitações e contratos; Maria Sylvia Zanela di Pietro, mestre e doutora em Direito, autora de diversas obras sobre Direito Administrativo; Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, advogado, mestre em Direito Público; Carlos Ari Sundfeld, mestre e doutor em Direito Administrativo; e Augusto Neves dal Pozzo, doutor em Direito Administrativo.”

Da listagem de nomes, recheada de administrativistas, percebe-se que o enfoque primordial não foi o aspecto penal daquela que viria a ser a nova lei de licitações.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes participou da terceira reunião da Comissão, em 08 de julho de 2013 e nada falou de valor prático para a matéria penal – mas, para o tema ora em estudo vale destacar o pleito pelo reconhecimento do valor da livre iniciativa.⁶²

Após ser autuado como Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 559/2013, o texto inaugural foi analisado por variadas Comissões Permanentes: Constituição e Justiça (CCJ), Serviços de Infraestrutura (CI), Assuntos Econômicos (CAE) e Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN). Enfim, foi apresentado substitutivo ao texto inicial da Comissão Temporária, em 09/11/2016, mediante relatório do Senador Fernando Bezerra Coelho.⁶³

Em suma, o PLS passou por diversas etapas no Senado Federal antes de ser aprovado naquela casa legislativa em dezembro de 2016, após 56 (cinquenta e seis) emendas. Entre elas, a mais significativa foi a emenda n. 66,⁶⁴ de autoria do Senador Fernando Bezerra Coelho, que apresentou texto substitutivo do projeto original. Apesar das mudanças operadas na matéria de direito administrativo, no campo penal manteve-se a redação original do PLS praticamente intacta, tanto na tipificação dos delitos quanto nos preceitos secundários.

Ato contínuo, foi encaminhado, no início de 2017, para avaliação da Câmara dos Deputados, sob o número PL n. 6.814/2017 – tendo posteriormente mudado de denominação para PL n. 1.292/1995, haja vista seu apensamento à Projeto de Lei mais

⁶² “[...] Então, que a nova legislação estabeleça a garantia do equilíbrio econômico-financeiro com moderação, para que o Estado não passe a violar a garantia da proposta, que está na Constituição Federal. Outro ponto para nós fundamental é que a Constituição assegura o valor social do trabalho e da livre iniciativa.”

⁶³ AMORIM, Victor. A origem da Nova Lei de Licitações. Disponível em: https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/#_ftn2

⁶⁴ BRASIL, Senado Federal, Emenda n. 66 do Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801283&disposition=inline#Emenda66>. Acesso: 19 mar. 2024

antigo, o qual encabeçou o bloco de apreciação.

O texto inicial que chegou do Senado à Câmara previa, na parte criminal, basicamente os mesmos tipos já definidos na Lei n. 8.666/1993, reorganizados e com apenamentos mais brandos.

Todos os delitos “contra a competitividade do processo licitatório”, dispostos no artigo 142 da redação original, apresentavam preceito secundário representado por pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa. Especificamente para a elevação arbitrária de preços isso significaria considerável minoração, tendo em vista que na Lei n. 8.666/1993 previa detenção de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Ademais, a redação do texto inicial submetido pelo Senado à Câmara dos Deputados parece consciente do aspecto genérico apresentado pelo inciso I do artigo 96 da Lei n. 8.666/1993, o qual criminaliza aquele que “*eleva arbitrariamente os preços*”. Diz-se isso pois a redação proposta já se mostrava mais elaborada (ainda que, por ora, persistisse na criminalização do sobrepreço): “*art. 142 [...] IV – elevar arbitrariamente os preços que habitualmente pratica, sem justificativa*”

Extraí-se da leitura da redação proposta⁶⁵ que a ideia inerente ao inciso em testilha era de que, antes de se criminalizar o proponente por suposto sobrepreço, dever-se-ia ter o cuidado de analisar os preços que este rotineiramente emprega, bem como atentar-se para eventual justificativa apta a validar a proposta a maior.

Após chegar à Câmara dos Deputados, o projeto passou por uma Comissão Especial e resultou em um substitutivo aprovado em dezembro de 2018, de relatoria do Deputado João Arruda (MDB).

Em sequência, a discussão em Plenário teve início em maio de 2019, tendo sido apresentadas 117 (cento e dezessete) emendas, culminando na aprovação do texto definitivo em setembro de 2019 – provocando o retorno ao Senado Federal em outubro daquele ano (seguindo o procedimento previsto no artigo 65 da Constituição Federal).⁶⁶

No texto substitutivo⁶⁷ devolvido ao Senado é que se deu a oficialização da ideia

⁶⁵ mantida na citada emenda n. 66, que substituiu integralmente o texto original da proposta de lei do Senado.

⁶⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2122766>. Acesso: 22 mar. 2024.

⁶⁷Idem. Substitutivo Adotado. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1698056&filename=SBT-A+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso: 22 mar. 2024.

de retirar os delitos licitatórios da Lei Especial, colocando-os em capítulo próprio do Código Penal. Aliás, todos os tipos penais hoje presentes no Capítulo II-B do Código Penal possuem exatamente a redação dada no substitutivo da Câmara dos Deputados – inclusive a retirada da criminalização expressa da elevação arbitrária de preços, substituindo-a pela entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais.

Ainda, importante notar que os preceitos secundários mais gravosos, com penas mais robustas, advieram do substitutivo da Câmara, o qual previa exatamente os quantitativos penais que acabaram por ser sancionados e se encontram hoje em vigência.

No Senado, após atrasos no cronograma em razão da pandemia de COVID19, foi indicado como relator – para o agora denominado PL. 4.253/2020 – o Senador Antônio Anastasia (PSD). O Senador apresentou seu parecer em 10.12.2020, concluindo pela “constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, regimentalidade e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013)”.⁶⁸

O Senador Anastasia aparentemente encampou o pensamento mais punitivista trazido pelo substitutivo da Câmara, como se denota de matéria jornalística da agência de notícias do Senado Federal,⁶⁹ intitulada “Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdícios de verbas”. A matéria indica nítido entusiasmo “contra a corrupção” pelo texto legal “tipificar crimes relacionados a licitações e reuni-los em um capítulo próprio no Código Penal”.

O PL n. 4.253/2020, após tramitar no Plenário,⁷⁰ foi sancionado em abril de 2021, tornando-se a Lei n. 14.133/2021 – tendo sido apresentados, na mesma data, vetos presidenciais a 28 (vinte e oito) dispositivos, na forma do artigo 66, §1º da Constituição Federal (nenhum deles relativo aos tipos penais).⁷¹ Quatro desses vetos presidenciais foram derrubados pelo Congresso Nacional (com escora no artigo 66, §4º, CF88) em 10 de junho de 2021.

⁶⁸ Parecer disponível integralmente em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8911883&ts=1630419142231&disposition=inline>>

⁶⁹ BRASIL, Senado Federal. Agenda Senado. Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdícios de verbas. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contra-corruptao-e-desperdicio-de-verbas>. Acesso em 23 mar. 2024.

⁷⁰ BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei n. 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso: 24 mar. 2024.

⁷¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm

Destarte, tem-se que o dia da publicação da promulgação das partes antes vetadas (11.06.2021) marca o fim do longo e tortuoso processo legislativo que deu origem à Nova Lei de Licitações.⁷²

2.2 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NO ÂMBITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM OS MOVIMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Desta alongada marcha legislativa se pode extrair, no que toca às alterações trazidas no âmbito penal, que o recrudescimento foi a regra.

Passa-se, pois, a analisar pormenorizadamente a questão:

A primeira grande mudança da nova legislação diz respeito a localização dos crimes licitatórios dentro de nosso ordenamento. Antes previstos na própria Lei Especial (Lei n. 8666/1993), artigos 89 a 98 – com o artigo 99 tratando de particularização a respeito da pena de multa -, agora passam a ocupar lugar específico dentro do Código Penal, qual seja, o Capítulo II-B, artigos 337-L a 337-O (com o artigo 337-P tratando da pena de multa).

A simetria entre os dispositivos – novos e antigos – é bastante grande: o artigo 89 agora equivale ao 337-E; o artigo 90 equivale ao 337-F; artigo 91 ao 337-G e assim por diante.

Apenas um tipo penal absolutamente novo foi criado pela Lei n. 14.133/2021: aquele previsto no artigo 337-O do Código Penal, intitulado “omissão grave de dado ou de informação por projetista.”⁷³

Importante destacar que este novo crime é atualmente o único que, dentre os delitos licitatórios, pode existir tendo como elemento subjetivo a culpa – desde que esta seja uma *culpa grave*.

⁷² AMORIM, Victor. A origem da Nova Lei de Licitações. Disponível em: https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/#_ftn2

⁷³ Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse: -
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Para este novo tipo, o elemento subjetivo consiste no dolo ou na culpa (grave), sendo indispensável a consciência do agente quanto à existência de defeito. Quanto ao dolo, não há necessidade de maiores explicações.⁷⁴

No que toca à consumação do delito na modalidade culposa, para que esta seja possível, a identificação das falhas e da evidente ausência de coincidência com a realidade deve configurar violação ao dever básico de diligência do técnico (lembrando se tratar de crime próprio do projetista). Assim, considera-se possível a reprovação penal da conduta culposa quando for injustificável a ausência de consciência do sujeito quanto ao defeito existente.

Exatamente pela possibilidade de criminalização por culpa grave é que referido crime possui o menor apenamento dentre os delitos licitatórios, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção – ressalvada a hipótese do §2º, eminentemente conectado ao elemento subjetivo doloso, que prevê aplicação da pena em dobro.

Com relação aos delitos tipificados entre o artigo 337-E e o artigo 337-N (correspondentes, integral ou parcialmente, aos antigos delitos dos artigos 89 a 98 da Lei n. 8.666/1993), estes tiveram seus preceitos secundários aumentados em relação ao disposto na Lei anterior, conforme se denota do quadro comparativo abaixo:

Lei n. 8.666/1993	Lei n. 14.133/2021 - Código Penal
Art. 89 – 3 a 5 anos	Art. 337-E – 4 a 8 anos
Art. 90 – 2 a 4 anos	Art. 337-F – 4 a 8 anos
Art. 91 – 6 meses a 2 anos	Art. 337-G – 6 meses a 3 anos
Art. 92 – 2 a 4 anos	Art. 337-H – 4 a 8 anos
Art. 93 – 6 meses a 2 anos	Art. 337-I – 6 meses a 3 anos
Art. 94 – 2 a 3 anos	Art. 337-J – 2 a 3 anos
Art. 95 – 2 a 4 anos	Art. 337-K – 3 a 5 anos
Art. 96 – 3 a 6 anos	Art. 337-L – 4 a 8 anos

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 1753 - 1755

Art. 97 – 6 meses a 2 anos	Art. 337-M – 1 a 3 anos
Art. 98 – 6 meses a 2 anos	Art. 337-N – 6 meses a 2 anos

Percebe-se a maior severidade das penas atualmente previstas, que em alguns casos chegaram a dobrar tanto relativamente à pena mínima quanto à máxima - como no caso dos artigos 337-F e 337-H.

Os únicos dois tipos que mantiveram suas penas originais são aqueles previstos nos artigos 337-J e 337-N – este último com a ressalva que o artigo 98 da Lei n. 8.666/1993 previa pena de detenção, enquanto agora se trata de reclusão.

Aliás, a alteração de modalidade de cumprimento da pena privativa de liberdade (de detenção para reclusão) não é exclusividade do artigo 337-N, ocorrendo também nos artigos 337-E; 337-F; 337-G; 337-H; 337-K; 337-L e 337-M.

Em suma, a reclusão agora é a regra, sendo a detenção a exceção (presente apenas nos artigos 337-I e 337-J), invertendo-se a realidade antes existente quando da vigência plena da Lei n. 8.666/1993.

Importante rememorar que a reclusão é espécie de pena destinada aos crimes de maior gravidade, podendo ser cumprida nos regimes aberto, semiaberto e fechado. Já a detenção deve ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, não comportando o regime fechado.

Assim, considerando que a distinção entre reclusos e detentos desapareceu na reforma de 1984,⁷⁵ temos que, em princípio, a diferença entre reclusão e detenção consiste no fato de que somente na reclusão o indivíduo está sujeito ao regime fechado.⁷⁶

Destaca-se também as diferenças relativas ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média ou mínima) e à incapacidade para exercício do poder familiar (artigo 92, II, do Código Penal).⁷⁷

Cabe buscar, então, as causas para tamanhas modificações nos preceitos secundários dos crimes licitatórios, bem como nas modalidades penais.

⁷⁵ Que reuniu ambas as modalidades sob a mesma denominação: “penas privativas de liberdade”, prevista no artigo 32, I, do Código Penal.

⁷⁶ DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal: parte geral, 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 547.

⁷⁷ JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 567-568.

Em certa medida, o recrudescimento penal reflete a avaliação da gravidade das infrações cometidas, ressaltando-se que, no entanto, essa alteração está inserida em um enfoque tradicional de que a severidade da pena redundaria em redução da criminalidade – entendimento que não se mostra propriamente correto.⁷⁸

Por trás de discursos em torno da *gravidade abstracta* desses delitos pode-se encontrar algumas razões de política criminal (ou seriam meras consequências processuais?) para as alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações.

Talvez a maior delas seja a impossibilidade oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) para quatro delitos nos quais essa possibilidade anteriormente existia. São eles: contratação direta ilegal; frustração do caráter competitivo da licitação; modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo; e fraude em licitação ou contrato administrativo (respectivamente artigos 337-E, 337-F, 337-H e 337-L).

Isso porque o artigo 28-A do Código de Processo Penal,⁷⁹ incluído pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), prevê em seu *caput* a possibilidade de oferecimento do acordo nas hipóteses em que preenchidos alguns requisitos, sendo um deles a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Da análise comparativa dos preceitos secundários (vide tabela constante das páginas anteriores), percebe-se que os quatro crimes em questão anteriormente possuíam penas mínimas inferiores a 4 (quatro) anos, fazendo com que se adequassem perfeitamente aos requisitos objetivos dispostos no artigo mencionado. Logo, eram passíveis de receber propostas para firmar a justiça penal negociada.

Agora, com os aumentos das penas, todos passaram a contar com apenamentos mínimos de 4 (quatro) anos, tornando objetivamente impossível o oferecimento do acordo.

Acerca do tema, Bessa Neto⁸⁰ aponta que o legislador buscou atender ao suposto

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 1722 e seguintes.

⁷⁹ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]

⁸⁰ BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Dos crimes em licitações e contratos administrativos. In. HARGER, Marcelo (Coord.). Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 386.

clamor popular por uma maior reprovabilidade aos crimes praticados em detrimento da Administração Pública, em especial os licitatórios, motivados pelas megaoperações policiais.

No entanto, com o aumento desproporcional do preceito secundário, o legislador impossibilitou o oferecimento do acordo de não persecução penal para a maior parte dos delitos licitatórios, em verdadeiro óbice lógico-sistemático da novidade implementada pela Lei n. 13.964/2019 – a qual segue cabível para delitos de maior reprovabilidade social, como corrupção (ativa e passiva) e peculato.

Isto privilegia o pensamento retrógrado de alguns integrantes do Ministério Público que resistiam à utilização do instituto desde a sua implementação, por o considerarem brando por demais.

A decisão legislativa de aumentar as penas mínimas de forma a obstar o oferecimento do acordo - por conta do não preenchimento de requisito objetivo - acaba por sepultar, para esses crimes, a discussão acerca da natureza jurídica do ANPP.

Aludida contenda diz respeito ao embate entre entendimentos antagônicos: um deles afirmando que o acordo se trata de direito subjetivo do inculcado (que preenche os requisitos objetivos para o acordo), enquanto, de outro lado, reside a compreensão de se tratar de faculdade do representante do órgão acusatório.⁸¹ A questão passa a ser irrelevante ante o óbice objetivo trazido pelo incremento da pena mínima.

O aumento das penas, em especial para os artigos 337-F, 337-H e 337-K, também resultou na possibilidade de decretação de prisão preventiva ante o enquadramento na hipótese prevista no artigo 313, I, do Código de Processo Penal⁸² - o que antes não ocorria para os artigos correspondentes da Lei n. 8.666/1993 (respectivamente artigo 90, 92 e 95). O artigo 96 já contemplava essa hipótese, que se manteve com a alteração legislativa para o artigo 337-L.

⁸¹ Acerca da discricionariedade do órgão acusatório no oferecimento do ANPP:

“Permitir-se que outros obstáculos sejam considerados a bel prazer pelo integrante do Ministério Público é desconsiderar a *mens legis*, é atribuir-se ao Promotor de Justiça, ou Procurador do Ministério Público Federal, o direito de acrescer exigências não estabelecidas pelo Congresso Nacional, competente para legislar acerca de matéria processual penal. Implica, pois, em invasão de atribuições.”

SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique e GOULART SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. Acordo de Não Persecução Penal: Direito subjetivo do inculcado(?). 2020. <https://www.ferreiraschaefermartins.adv.br/single-post/2020/05/28/acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-direito-subjetivo-do-inculcado>

⁸² “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;”

Ainda, outro reflexo relevante diz respeito à aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010): com a nova localização dos crimes licitatórios dentro do Título XI do Código Penal (Dos Crimes contra a Administração Pública), foram extirpados todos os questionamentos a respeito da inelegibilidade daqueles que são condenados nestes delitos.⁸³ Estes enquadram-se, agora, nos ditames do artigo 1º, I, e, 1. de referida Lei Complementar.⁸⁴

Para além do endurecimento dos preceitos secundários trazidos pela Nova Lei, acrescenta-se que o agravamento da modalidade de cumprimento penal na maioria dos crimes licitatórios (de detenção para reclusão) parece ter como razão de ser tão somente possibilitar o deferimento de interceptações telefônicas em investigações que versem unicamente sobre crimes em licitações – representando verdadeira burla legislativa ao disposto no artigo 2º, III, da Lei n. 9.296/1996.⁸⁵

É necessário levar em consideração estes aspectos processuais e procedimentais práticos, atinentes ao dia a dia daqueles que atuam no âmbito penal, como preponderantes para as modificações trazidas pela nova legislação.

Esses aspectos práticos entram, por evidente, no contexto do recrudescimento penal pretendido e trazido pela alteração legislativa – certamente em decorrência da busca do legislador ao atendimento do suposto clamor popular em um país pós-Lava Jato.⁸⁶

Feitas todas essas considerações, importa destacar que, mesmo no contexto exposto, houve mudança(s) descriminalizadora(s) trazidas pela Nova Lei de Licitações – em especial quanto à retirada da criminalização da conduta culposa na contratação direta irregular (antigo artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 e agora artigo 337-E do Código Penal) e possivelmente a *abolitio criminis* do sobrepreço em licitação (antigo artigo 96, I), tema

⁸³ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda.; CHIOCHETA, Matheus. CRIMES LICITATÓRIOS: UM DEBATE NO ÂMBITO DA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL. Direito Penal Economico - temas contemporâneos. 1ed., 2023, v. , p. 1-.

⁸⁴ Art. 1º São inelegíveis: [...]

I - para qualquer cargo: [...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; [...]

⁸⁵ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

⁸⁶ Como a matéria disponibilizada no site do Senado Federal, já mencionada, deixa claro. Podendo ser acessada em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contra-corrupcao-e-desperdicio-de-verbas>

central deste estudo.

No que toca à contratação direta irregular, a conduta prevista na segunda parte do *caput* do revogado artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, que entendia como ato criminoso "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade", não mais existe.

A Lei nova trouxe a previsão do crime em testilha sem este comando. O artigo 337-E do Código Penal, agora, criminaliza apenas a conduta dolosa de “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.”

O tipo abolido ocorria nas situações em que a própria lei não exigia o procedimento licitatório para a contratação, mas o agente público se equivocava no aspecto formal da execução do ato administrativo. Era desproporcional tratar tal conduta como crime. As sanções administrativas são aptas a solucionar de forma satisfatória eventuais problemas existentes.⁸⁷

Meros problemas formais no procedimento de contratação não comprometem o interesse público, de forma a não alcançar relevância penal – tratando-se, pois, de irregularidade administrativa.

A criminalização anterior era muito criticada pela doutrina, uma vez que a conduta incriminada era, em verdade, desprovida de ofensividade ao bem jurídico tutelado, ferindo a proporcionalidade – especialmente em uma seara já exaustivamente sancionada em outros ramos do Direito.⁸⁸

Aliás, válido traçar um paralelo para com a Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021), também sancionada no ano de 2021 – fruto, portanto, da mesma legislatura. A Lei n. 14.230/2021 manifestou opção legislativa pelo afastamento da responsabilização por condutas ímprobas culposas (havidas por imprudência, negligência ou imperícia).

O princípio aqui é o mesmo: fez o legislador a opção consciente de deixar de criminalizar o agente que deixou de observar formalidades. Conforme já mencionado, as

⁸⁷ CALLEGARI, André; FONTENELE, Marília. *Abolitio criminis* parcial na nova lei de licitações. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-13/callegari-fontenele-abolitio-criminis-parcial-lei-licitacoes/#:~:text=%5B1%5D%20Lei%208.666%2F1993,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>.

⁸⁸ COSTA LOBO, Helena Regina. In BREDA, Juliano (Coord.). Crimes de licitação e contratações públicas: comentários aos tipos penais, de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021). São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

sanções devem servir como instrumento para responsabilização dos agentes públicos que agem imbuídos de má-fé e desonestidade – não sendo coerente e nem proporcional sua utilização para penalizar o mau gestor (que agiu de boa-fé).⁸⁹

A segunda possível alteração descriminalizante trazida pela Lei n. 14.133/2021 consiste na eventual *abolitio criminis* da conduta de *elevação arbitrária de preços em licitação*, antes prevista no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 – e sem correspondência direta no artigo 337-L, I, do Código Penal. A esse respeito, passar-se-á à análise detida no próximo capítulo.

2.3 OS MOVIMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

As alterações legais trazidas pela Lei n. 14.133/2021, no âmbito penal, em sua grande maioria, vêm na contramão da política criminal de se evitar, o quanto possível, a existência de processos que pudessem vir a resultar em prisão. Em verdade, alinham-se à um processo histórico internacional de criminalização econômica.

O ímpeto de recrudescer as penas dos crimes econômicos, todavia, esbarra nas amarras dogmáticas próprias do direito penal clássico. O Código Penal, apoiado em pressupostos comuns ao direito penal iluminista do século XIX, encontra bloqueios bem ilustrados por Silva Sanchez.⁹⁰

O autor assevera que o modelo clássico de crime foi concebido (e testado) em casos de homicídio. O homicídio, por sua vez, constitui o *malum in se* paradigmático, definindo-se como um tipo fechado que por sua vez constitui um crime puro resultante de lesão a um bem jurídico individual. Nesta toada, parece claro que o direito penal econômico constitui um desafio para esse modelo.

⁸⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Mizuno, 2022.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 329.

Tradução livre: “O modelo clássico de crime foi concebido (e testado) em casos de homicídio. O homicídio, por sua vez, constitui o *malum in se* paradigmático, definindo-se como um tipo fechado que por sua vez constitui um crime puro resultante de lesão a um bem jurídico individual. Sendo assim, parece claro que o direito penal econômico deve constituir um desafio para esse modelo.”

Percebe-se, pois, a existência de um obstáculo ao Direito Penal Econômico, uma vez que este não se enquadra nos conhecidos institutos do Direito Penal Clássico – que no mais das vezes se refere a um tipo penal fechado, exige o resultado naturalístico da conduta e trata de lesão a um bem jurídico individual e bem definido.

Os iluministas tutelavam bens jurídicos materiais e não alcançavam conceitos de bens jurídicos imateriais, como a economia. Desta forma, os institutos clássicos foram pensados para lidar com delitos contra a vida, contra o patrimônio, bastante diretos e sobre os quais se construiu toda a dogmática jurídico penal.

Já os delitos econômicos rotineiramente tratam de abstrações – abarcando conceitos de economia e complexidades inerentes ao mundo atual, de economia global e rápidos avanços tecnológicos.

Na esteira de Silva Sanchez, é necessário, portanto, um aperfeiçoamento dos institutos clássicos – como o erro de tipo, erro sobre a proibição, a continuidade delitiva etc – para que se adequem à diferente realidade trazida pelo Direito Penal Econômico.

Em que pese o entrave apontado pelo autor, no Brasil se percebe a prevalência de um pensamento punitivo desassociado dos verdadeiros propósitos de solução do problema da criminalidade. Disso resulta a posição não muito favorável do Brasil no contexto mundial.

É fato que, desde a redemocratização, o Brasil passa por vertiginoso crescimento de sua população prisional - ocupando a vergonhosa terceira posição mundial neste quesito, atrás apenas da China e dos Estados Unidos da América.⁹¹

Para um considerável número de criminólogos, o populismo penal é uma das principais (se não a principal) causa de encarceramento em massa no país.⁹²

Conceitua-se o populismo penal como a definição das medidas repressivas alimentadas pela demagogia da insegurança e do medo.⁹³ Na esteira de Ferrajoli, aponta-se que o medo do outro sempre foi um recurso de poder político, seja por fabricação própria como nos regimes abertamente autoritários, seja servindo-se dele, alimentando-o

⁹¹ DAL SANTO, Luiz Phelipe. (2020). *Populismo penal: o que nós temos a ver com isso*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 168/2020, pp. 2-3. Revista dos Tribunais online. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Populismo_penal_o_que_nOs_temos_a_ver_co.pdf

⁹² CHEVIGNY, 2003; BATISTA, 2004; AZEVEDO, 2009; FONSECA, 2012; CARVALHO, 2015.

⁹³ REKERS, Romina Frontalini. (2012). *Populismo y castigo penal*. Philpapers <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>

com o objetivo de obter consenso e legitimação.⁹⁴

A criminalização excessiva, a opção pela solução penal para situações nas quais o direito civil ou o direito administrativo seriam suficientes, decorre da tendência de intervenção penal na vida da sociedade, contrastando com os ideais do Estado Democrático de Direito. É o recrudescimento de ideias autoritárias fundadas no dogma de segurança, de combate ao crime, de punição mais gravosa aos criminosos, deixando de lado os preceitos fundamentais inscritos na Constituição Federal.

Amplificado pela mídia e opinião pública, o populismo penal cria a ilusão de que o direito penal seria capaz de combater a criminalidade e a periculosidade social. Traz a falsa concepção de que por intermédio das leis penais haveria um mecanismo de controle e reação social, sem que tenha a capacidade de transformar, realizar a segurança e permitir a convivência social harmoniosa.⁹⁵

De modo contrário, há posições que advogam no sentido de que ao Estado, por intermédio do Direito Penal, só caberia intervir nos conflitos quando fosse indispensável, transferindo a outros ramos do Direito a solução da maior parte das questões. Isto representa o entendimento de que o campo administrativo e o civil, no âmbito judicial, seriam suficientes para contornar eventuais problemas.

A esta posição convencionou-se denominar “princípio da intervenção mínima”, o qual está embasado em dois subprincípios: fragmentariedade e subsidiariedade.

O subprincípio da fragmentariedade determina que a tutela penal só deve sancionar as condutas de maior gravosidade, praticadas contra bens jurídicos igualmente relevantes.⁹⁶ Já o subprincípio da subsidiariedade define que o Direito Penal deve funcionar como *ultima ratio*, o último instrumento da tutela estatal, apto a ser utilizado apenas quando todas as outras medidas menos lesivas – e menos danosas aos direitos fundamentais – houverem fracassado.⁹⁷

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional, Ed. Minina Trotta, Madrid 2011, p.67.

⁹⁵ QUENTA FERNÁNDEZ, Javier. (2017). *El populismo del derecho penal (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)*. Revista Jurídica Derecho, vol. 5, n. 6, http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000100009&lng=es&nrm=iso&tlng=es

⁹⁶ MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014. pp. 275-277.

⁹⁷ SOUZA, Bruno Tolentino de e CHAVES JUNIOR, Airto. O direito penal como instrumento de coação para o pagamento de débitos tributários. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, 2013, p. 159. <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica->

Especificamente na relação entre os delitos econômicos e a subsidiariedade do Direito Penal, Silva Sanchez manifesta que, ao abordar aspectos amplos da atividade empresarial, o direito penal é introduzido em contextos de elevada densidade regulatória extrapenal. Surgem crimes que constituem *mala quia prohibita*. Gera-se, assim, uma acessoriedade mais forte ou mais fraca em relação ao direito público ou privado, que se manifesta na formação de tipos abertos (direitos penais em branco, elementos normativos de conteúdo jurídico, especialmente elementos de avaliação global do fato). Isto gera peculiaridades tanto em relação à imputação objetiva (risco admissível, exercício legítimo de um direito) quanto em relação à imputação subjetiva (erros em elementos normativos, dificuldade de delimitação entre erro de tipo e erro de proibição).⁹⁸

Exige-se, portanto, um arcabouço dogmático proveniente de temas regidos pelo direito extrapenal - seja público ou privado – para, no aspecto subsidiário, construir um direito penal específico.

Isso porque, na criminalização da atividade econômica, nos moldes atuais, por vezes não são enxergados cânones iluministas, como o erro sobre a proibição, exercício regular de direito etc. - bem como se denota a formação de tipos penais abertos, gerando peculiaridades quanto à imputação (seja objetiva ou subjetiva).

Neste contexto, a criminalização econômica, nos contornos contemporâneos, por vezes vai de encontro ao pensamento de reconhecidos autores da criminologia crítica e à busca pelo direito penal mínimo.

Nas palavras de Ferrajoli, “a privação de liberdade de um homem só se legitima se resultar estritamente necessária à preservação dos valores vitais e essenciais da sociedade.”⁹⁹

Especificamente tratando das mudanças legislativas trazidas pela Lei 14.133/2021, Falavigno e Chiocheta aduzem que aumentar as sanções não inibe a ocorrência de infrações, e o regime disciplinar das licitações e contratos públicos não se torna mais bem protegido apenas por meio dessa abordagem legislativa. Isso é válido

ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/937/Arquivo%2009.pdf

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Idem, p. 329-330.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. Ed. Trad. De Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 319, p. 355.

mesmo para aqueles que defendem a prevenção geral negativa, cuja eficácia é pouco comprovada.¹⁰⁰

De suas pesquisas a respeito da história dos pensamentos criminológicos, Gabriel Ignacio Anitua¹⁰¹ conclui que o fracasso dos movimentos liberais se deu em razão dos resultados frustrantes da ação do Estado do bem-estar social, tomando-se em conta o aspecto relacionado à ressocialização dos presos e mitigação da reincidência. Isto motivou a falência daquela concepção, optando-se pela adoção de linha penal mais punitiva.

Deu-se o retorno ao tratamento clássico do delito, afastando-se da política calcada em paradigma etiológico, seja no que tange à linha positivista usada nas prisões, como na sociológica aplicada às políticas sociais. Voltou-se à antiga ideia de que o combate à criminalidade deveria ser feito com a criminalização ainda maior de condutas e a punição correspondente.

E o equívoco da política incriminadora e punitiva pode ser verificado na realidade prisional do país.

O DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), órgão do Ministério da Justiça, oferece informações que dão conta de que no ano de 2021 havia 811 mil presos no país, também esclarecendo que, das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e nas outras 276, a ocupação supera o índice de 200%.¹⁰²

Comparando-se referidos dados com os levantados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim no ano de 2014, observa-se que a população carcerária era de 622.202 pessoas. Isto dá conta de um incremento de 188.798 presos a mais (sem contar o movimento de entradas e saídas), no curto espaço de 7 anos.

Outra questão de fundamental importância está na constatação de que, do total dos presos recolhidos ao cárcere, 40% ainda não haviam sido julgados, ou seja, considerável número do total (250 mil) estava aprisionado sem sentença. Mas o que se mostra mais

¹⁰⁰ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda.; CHIOCHETA, Matheus. CRIMES LICITATÓRIOS: UM DEBATE NO ÂMBITO DA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL. Direito Penal Economico - temas contemporâneos. 1ed., 2023, v. , p. 1-.

¹⁰¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Revan, 2019, pp. 762-763.

¹⁰² ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. Agência Câmara de Notícias. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>

gravoso é que, dos presos provisórios, 37% estiveram no cárcere antes da sentença e não foram condenados.¹⁰³

A conclusão não exige muito raciocínio: a criminalização cada vez maior de condutas não resolve o problema da criminalidade. Ao contrário, acaba por fomentá-la ante a presença de cada vez mais gente nos presídios, contribuindo para o engrossamento das facções que os dominam.

Além disso, acaba por incentivar o denunciamento, muito presente nas ações atuais do Ministério Público, que opta pela busca de incriminação das pessoas mesmo quando lhe faltam elementos para sustentar a acusação – fenômeno muito presente nas questões envolvendo agentes públicos e correlatos.

Thalita Vaz Bernardino,¹⁰⁴ em sua obra que trata do abuso de poder pelo Ministério Público, asseverou que os membros da carreira ministerial não têm o cuidado e o zelo de verificar previamente os acontecimentos, ou mesmo de prever as graves consequências que o ajuizamento de uma ação penal causa na vida do acusado.

Essa falta de diligência se dá, segundo a autora, provavelmente pelo fato de que os membros do *parquet* dificilmente serão responsabilizados por seus atos e tampouco sofrerão com a repercussão da demanda, estando sempre amparados por suas prerrogativas funcionais.

É forte sua colocação quando preceitua que falta ética profissional. O Ministério Público age no campo processual como se fosse um jogo de apostas, em que não há nada a perder. “*Na dúvida, o órgão ajuíza ações e se ao final do processo forem julgadas procedentes, vitória, se foram julgadas improcedentes, azar.*” Não se sopesa as implicações da sua atuação na comunidade, na reputação dos envolvidos e na boa gestão pública.

Este pensamento crítico à atuação do órgão ministerial encontra eco nos dizeres de Cláudio de Barros, citado na obra de Bernardino,¹⁰⁵ que alerta que o ato excessivo, de abuso de direito, revela intimidade com a crueldade e com a inadequação.

¹⁰³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, TAVARES, Natália Lucero Farias e GOMES, Jefferson de Carvalho. A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro. IBCCrim. 2017.
<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6774/>

¹⁰⁴ BERNARDINO, Thalita Vaz. *O abuso de poder na atuação do Ministério Público*. Forum, 2019, pp. 91-92.

¹⁰⁵ BERNARDINO, Thalita Vaz. *Idem*, pp. 96-97.

A posição é reforçada por Lênio Luiz Streck,¹⁰⁶ que leciona que os advogados podem (e devem) agir de forma estratégica, sendo tal atuação inerente à sua função – já juízes e membros do Ministério Público devem agir por princípios, uma vez que são agentes políticos do Estado. Eles têm, pois, responsabilidade política e devem *accountability*. Aliás, possuem garantias singulares exatamente para que possam agir por princípios.

Alerta que se promotores puderem agir como advogados, sem imparcialidade, e os juízes se engajarem nas causas, não teremos agentes políticos estatais e, sim, a privatização das relações processuais, resultando na babelização do processo. Redundando, assim, na tempestade perfeita para o arbítrio.

Posteriormente, quando objeto de citação doutrinária,¹⁰⁷ Streck afirmou que o Ministério Público “aproveita o melhor de dois mundos” pois age como parte, mas não tem as responsabilidades da parte – e, de outro lado, goza das garantias e um juiz.

Prossegue asseverando que sempre defendeu que o órgão acusatório deve agir de forma isenta. Com o poder que dispõe, a defesa fica sempre prejudicada no quesito da paridade de armas. Finaliza aduzindo que, se o Ministério Público almeja manter suas garantias, autonomia financeira e independência, precisa aceitar o ônus de agir com imparcialidade. Se optar por seguir os mesmos passos dos adeptos da Operação Lava Jato ou dos promotores e procuradores no dia a dia das atividades jurídicas, então não precisa das salvaguardas conferidas ao juiz.

Em reflexão sobre o tema, Rafael Rodrigues Viegas,¹⁰⁸ quando tratando do Ministério Público Federal assevera que os “procuradores políticos” do MPF atuam por toda a federação, e muito próximos da mídia e das redes sociais, como se fossem políticos profissionais.

Eles podem buscar, incessantemente, a legitimação de sua visão política e de uma política criminal populista, cada vez mais repressiva – como se viu nos últimos anos com a ascensão da extrema direita no Brasil – escorados no falacioso argumento de defesa da

¹⁰⁶ STRECK, Lênio Luiz. (2018) *STF alerta sobre o uso estratégico do Direito por juízes e promotores*. <https://www.conjur.com.br/2018-set-20/senso-incomum-stf-alerta-uso-estrategico-direito-juizes-promotores>

¹⁰⁷ RODAS, Sérgio. (2023) *PGR poderia ser de fora da carreira, mas é necessário um maior controle sobre o MP*. CONJUR – Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2023-set-18/pgr-fora-carreira-controle-mp/>

¹⁰⁸ VIEGAS, Rafael Rodrigues. (2023) *Caminhos da Política no Ministério Público Federal*. Amanuense, pp. 194-195.

democracia da sociedade. Nesse contexto, o autor reputa como urgente a regulamentação do uso das redes sociais por membros do MP, visando evitar a sua instrumentalização para fins políticos.

Neste ponto merece destaque a espetacularização das megaoperações policiais, que condenam os acusados no júri popular da mídia, remetendo aos tempos inquisitoriais de justiça penal, quando ainda vigia o espetáculo punitivo.¹⁰⁹

Essa advertência é séria e deve ser refletida. O Ministério Público, conforme a Constituição Federal, tem por atribuição deflagrar a ação penal (artigo 129, I da CF/1988) e, ao fazê-lo, deve obedecer estritamente às regras do processo penal, atentando para a demonstração de ocorrência de crime, sua materialidade – se for crime material – e autoria em quaisquer de suas modalidades.

Não lhe é dado denunciar por denunciar, “achar” que alguém cometeu um crime e a ele imputar prática delituosa. Exerce função de Estado, a qual exige ética, compromisso e responsabilidade. Portanto, qualquer comportamento que fuja desses parâmetros obrigatórios é danoso à sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

Deve-se registrar que, principalmente após a Lava Jato, despertou na população o sentimento anticorrupção, alimentado pelas ações midiáticas promovidas pela Força Tarefa, as quais não se caracterizaram pela legalidade.

Boldt¹¹⁰ afirma que, com o aumento da demanda por medidas punitivas mais rigorosas, a intervenção penal emerge como peça central para controlar os indivíduos que desafiam a ordem estabelecida. A mídia retrata o direito penal como resposta às preocupações individuais com segurança e como ferramenta de transformação social.

Apesar dos discursos que visam justificar a expansão do poder punitivo sugerirem uma mudança no *status quo* e a erradicação da corrupção e dos valores prejudiciais da política tradicional brasileira, observa-se, na realidade, uma politização evidente do sistema de justiça criminal. E este é utilizado para restringir os direitos e garantias

¹⁰⁹ Segundo Michel Foucault, a passagem do modelo inquisitorial de justiça penal para o modelo jurracionalista pode ser sintetizado por alguns acontecimentos: o desaparecimento dos suplícios; a supressão do espetáculo punitivo; a anulação da dor; a penalidade que se dirige ao corporal. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 25 ed. Trad. De Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 64.

¹¹⁰ BOLDT, Rafael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1209-1237, set.-dez. 2020, p. 1222-1223. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/385/271>. Acesso em 21 mar. 2024.

individuais, criando obstáculos para o desenvolvimento da cidadania e minando a gestão democrática do poder.

Alheio aos limites da legalidade e do devido processo penal, restou o sentimento de aversão aos crimes - e muitos integrantes do Ministério Público, e ainda alguns da magistratura, abraçaram a ideia de defesa dos interesses da comunidade, quase que referendando o pensamento de Maquiavel.¹¹¹

Além disso, não se mostra aceitável a figura do “Promotor herói” ou “Juiz herói”, como pontuou Néfi Cordeiro, é importante esclarecer diante de qualquer expectativa social de um juiz como herói no combate ao crime, que essa não é, nem pode ser, a função de um juiz. Juízes não enfrentam crimes, não são agentes de segurança pública, nem controlam a moralidade social ou os destinos políticos da nação... O juiz criminal deve conduzir o processo estritamente dentro dos limites da lei e da Constituição, com imparcialidade. Somente ao final do processo, após uma análise cuidadosa das provas, ele decide sobre a culpa ou a absolvição. O juiz não representa um símbolo de combate à criminalidade, mas sim um garantidor da justiça com base nas provas apresentadas, sem se deixar influenciar por medos ou pressões por punições imediatas. Todas as garantias processuais são aplicáveis a qualquer réu, seja rico ou pobre, influente ou desconhecido.¹¹²

Deixar a porta aberta para interpretações é fomentar o risco de incremento nas acusações, de interferência nas atividades privadas, é tornar ainda maior o controle do Estado sobre os atos do indivíduo.

Todas essas concepções punitivistas afloraram no Brasil em um passado recente, vindo a influenciar o legislador quando da edição de projetos afeitos à matéria penal – e não foi diferente quando da tramitação legislativa que resultou na promulgação da Nova Lei de Licitações.

As consequências são a formação de um chamado processo penal “pós-acusatório”, que deturpa institutos processuais e atenta, inclusive, contra garantias

¹¹¹ “Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados, porque o vulgo sempre se deixa levar pelas aparências e pelos resultados, e no mundo não existe senão o vulgo; os poucos não podem existir quando os muitos têm onde se apoiar. Algum príncipe dos tempos atuais, que não convém nomear, não prega senão a paz e fê, mas de uma e outra é ferrenho inimigo; uma e outra, se ele as tivesse praticado, ter-lhe-iam por mais de uma vez tolhido a reputação ou o Estado.”

MACHIARELLI, Nicolás. *O Príncipe*, p. 33. <file:///C:/site/LivrosGrátis/oprincipe.htm>
<https://www.portaabel.org.br/images/pdfs/o-principe.pdf>

¹¹² (Voto do ministro Nefi Cordeiro, no Habeas Corpus n. 509.030-RJ [2019/0128782-2], rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, STJ).

fundamentais.

Segundo Gloeckner,¹¹³ sob o prisma estritamente jurídico, a implementação de um processo penal pós-acusatório suscita desafios, uma vez que modifica o fluxo de interpretações abrangentes do cenário acusatório em esforços infrutíferos para unificar, sob um conjunto aparentemente coeso de categorias, as operações sistêmicas que, na realidade, possuem nuances modais distintas.

Dito de outra forma, as novas características de um sistema pós-acusatório representam uma tentativa de transcender um modelo kantiano ou neokantiano de concepção do processo em direção à uma concepção diferente, na qual o processo penal é governado pela descrição do funcionamento dessas categorias próprias.

Nessa ótica, necessário pontuar que o endurecimento do combate à criminalidade econômica não é algo novo e nem tampouco restrito ao território nacional – apesar de, como já mencionado, ter se acentuado ainda mais no Brasil no contexto pós Lava-Jato.

Exemplo de como esse recrudescimento vem ganhando espaço já há algum tempo no país é a promulgação da Lei n. 12.683/2012, a qual revogou o rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro. Por essa razão, ampliou-se o espectro deste delito ao permitir que qualquer crime ou contravenção penal possa vir a ser encarado como delito antecedente – tendo como possível exceção apenas a sonegação fiscal, acerca da qual há divergência de entendimentos.

Essa mudança legislativa veio na esteira das *40 Recomendações* do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) - que consistem em medidas sugeridas aos países para o combate à lavagem de dinheiro -, trazendo ao Brasil alterações alinhadas à tendência internacional de endurecimento no combate à lavagem de capitais.

Igualmente se pode traçar uma linha direta entre a retirada do rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro e a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado), da qual o Brasil é signatário. Dita convenção, ocorrida em dezembro de 2000 na cidade siciliana, em seu artigo 6, item 2, alínea *a*, determina que “cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais.”¹¹⁴

¹¹³GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015, p. 395.

¹¹⁴ 2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

Aliás, não foi mera coincidência ter a ONU escolhido a cidade de Palermo como sede de sua conferência. Palermo é a cidade-sede da Cosa Nostra e foi lá que os magistrados italianos Giovane Falcone e Paolo Borsellino (que ocupavam função semelhante à do Ministério Público no Brasil), foram por ela assassinados no ano de 1992.

Esses assassinatos foram um dos pontos de partida da Operação “Mãos Limpas” (*mani pulite*) na Itália, que descobriu licitações irregulares e o uso do poder público em benefício de particulares e de partidos políticos. Comprovou, ainda, que empresários pagavam propinas a políticos para vencer licitações de construção de ferrovias, autoestradas, prédios públicos, estádios e obras civis em geral (aliás, a operação “Mãos Limpas” foi a clara inspiração da Lava-Jato no Brasil, para o bem e para o mal).

Portanto, parece nítido que a ONU escolheu justamente essa cidade como um símbolo, por tudo que ela representava - e lá foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada.¹¹⁵

A Convenção de Palermo consiste em instrumento universal contra a delinquência organizada, tendo cunho transfronteiriço, somando-se a textos importantes, como a Convenção de Viena de 1988 sobre narcotráfico, e à Convenção de Mérida de 2003, contra a corrupção.

Ainda, o artigo 23 da Convenção foi a grande inspiração para a criação do tipo penal conhecido como “obstrução da justiça” (artigo 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013), bastante utilizado em operações envolvendo suspeita de criminalidade econômica.

Referido artigo estabelece que os Estados Parte devem adotar medidas legislativas para conferir caráter de infração penal aos seguintes atos:

- a) **O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido** para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;
- b) **O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função** relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

¹¹⁵ UNTOC – United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

O Brasil não dispõe de um tipo penal nos exatos moldes, mas a coação no curso do processo¹¹⁶, há muito tempo existente em nosso ordenamento penal, em muito se assemelha.

Nota-se o mesmo cerne nas duas determinações (artigo 23, “a” e “b” da Convenção de Palermo e artigo 344 do Código Penal): o enfoque no uso de violência ou de ameaças para obtenção de vantagens perante agentes públicos e em processos judiciais.

No entanto, influenciado pela convenção de Palermo, foi criado o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Organizações Criminosas,¹¹⁷ popularmente chamado de crime de obstrução de justiça.

O equívoco neste caso é de fácil identificação: o conceito é muito aberto. Trata-se de discricionariedade pura. Como se enquadrar uma conduta na expressão “*de qualquer forma*”?

É dar-se ao agente policial e ao Ministério Público, um verdadeiro cheque em branco em desfavor do cidadão, uma vez que sua interpretação pessoal é que vai definir o que compreende a expressão.

Tira-se o enfoque claro e preciso dado pela Convenção de Palermo ao *uso de violência ou ameaça* para, em seu lugar, empregar conceito vago, genérico e excessivamente aberto – servindo de muleta à autoridade policial e/ou judicial mal-intencionada para buscar a realização de escusas agendas (ou mesmo para dar azo a pensamento punitivista e antidemocrático).

Essa ausência de delimitação precisa da conduta tipificada pode ter resultados desastrosos, como se registrou no caso do ex-reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor Cancellier (Luiz Carlos Cancellier de Olivo), a quem se atribuiu a infração penal de maneira descuidada, para não se dizer irresponsável.

¹¹⁶ Art. 344 - **Usar de violência ou grave ameaça**, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: [...]

¹¹⁷ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Foi exatamente por supostos indícios de cometimento deste crime que a Delegada da Polícia Federal representou pela prisão temporária do Professor Cancellier – pedido que foi absurdamente validado pelo MPF e chancelado pela juíza federal responsável pelo caso.¹¹⁸

Reitera-se que a indicação do absurdo de toda a situação, que o levou ao suicídio, decorre dos erros funcionais evidentes, dentre os quais se destaca o não cabimento da prisão temporária para o crime em questão.¹¹⁹

Logo, ao ampliar o poder de arbítrio do aparato policial e judicial, o Estado Brasileiro cometeu mais um equívoco legislativo. Sob o pretexto de atender aos ditames da Convenção, criou-se tipo penal desnecessário (pois já existia delito criminalizando a conduta apontada pelas Nações Unidas como passível de punição) e aberto, dando margem para o cometimento de abusos – o que se mostra ainda mais grave no contexto brasileiro, onde a violência estatal é realidade cotidiana.

De todo modo, considerando a influência externa na adoção de medidas de recrudescimento no combate à criminalidade econômica, salienta-se que não há dúvidas de que o ajuste das nações buscou disciplinar ações nos mais diversos países. A

¹¹⁸ Neste episódio envolvendo o reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, a investigação objetivava a apuração de suposto desvio de recursos ocorrida antes dele assumir a chefia da Universidade, no mês setembro de 2016. Em 14 de janeiro de 2017, foi preso, encaminhado ao presídio, colocado no setor de presos perigosos, vestiu uniforme laranja, submetido a revista vexatória, sem justificativa para a medida. Lamentável e inaceitável é o aspecto de que o suposto crime que motivou sua investigação não consta do rol de crimes previstos na lei de prisão temporária, Lei n. 7.960 de 1989, o que impedia legalmente a adoção da medida prisional. O subterfúgio de incriminá-lo pela prática do crime de organização criminosa previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, não encontra correspondência nas respectivas definições.

¹¹⁹ A prisão temporária é um dos tipos de prisão provisória existentes no Brasil (juntamente da prisão preventiva e da prisão em flagrante), sendo regulada pela lei 7.960/89, que diz:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...]

Em seguida ao supratranscrito inciso III, é apresentado um rol TAXATIVO de crimes que NÃO INCLUI o Art. 2º, § 1º da Lei 12.850.¹¹⁹

Ou seja: independentemente de qualquer elemento angariado na investigação (que hoje se sabe que eram mínimos), não cabia a prisão temporária do Reitor. Mas mesmo assim foi preso em 14 de setembro de 2017, em mais um exemplo de abuso do Estado – e as consequências disso todos conhecem: submetido a situação vexatória, reputação ilibada jogada no lixo e afastado da Universidade, suicidou-se 03 de outubro daquele ano de 2017.

Os profissionais envolvidos continuam suas atividades profissionais e suas vidas pessoais; o professor Cancellier está morto.

preocupação com a disseminação do crime organizado, com a transnacionalidade de referidas organizações e com seus efeitos deletérios foi o principal fator motivador.

Mas por vezes a interpretação dessa vontade, quando traduzida em Lei, desliza para um sentimento punitivo exacerbado, colocando o Estado como agente de vingança e não como regulador das atividades sociais e responsável pela punição – adequada e proporcional – daqueles que infringem a lei penal.

Este fenômeno se fortaleceu nas últimas décadas, ante o entendimento da população, na maioria das vezes insuflado pela mídia e por políticos mais interessados em angariar votos que resolver a questão da criminalidade, privilegiando-se o acréscimo dos patamares de penas e a remessa dos infratores ao cárcere. Isto também contagia os agentes encarregados do manejo das questões criminais.

CAPÍTULO 3: A (IN)OCORRÊNCIA DE *ABOLITIO CRIMINIS* DA ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS

Conforme abordado nos capítulos anteriores, recentemente entrou em vigor no Brasil a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, chamada de Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou simplesmente Nova Lei de Licitações. Veio em substituição à Lei n. 8.666/1993, trazendo consigo uma série de alterações relevantes - como a previsão de cinco modalidades licitatórias, com a inclusão do diálogo competitivo, previsto no artigo 6º, XLII, dentre outras.

No âmbito penal, a nova legislação trouxe modificações importantes. Em destaque, tem-se a alteração/majoração de seus preceitos secundários, passando a prever a pena de reclusão como regra — na sistemática anterior era a de detenção, vide capítulo 2 — e uma pena mínima em alguns dos crimes (como a frustração do caráter competitivo de licitação), fixada em quatro anos, maior do que a do peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, por exemplo.

Como consequências processuais dessas modificações, destacam-se a impossibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal (instituto incluído pelo Pacote Anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal) e a possibilidade de deferimento de interceptações telefônicas em investigações que versem unicamente sobre crimes em licitações.

Por outro lado, no que tange ao direito material, uma das mais substanciais alterações promovidas pela Lei n. 14.133/2021 foi a redefinição de alguns dos delitos e até mesmo a extinção de algumas figuras típicas – em especial a parte final do artigo 89 e possivelmente o inciso I do artigo 96 da Lei 8.666/1993, sobre o qual se debruça o presente estudo.

3.1 *ABOLITIO CRIMINIS* POR FORÇA DE *NOVATIO LEGIS* OU CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA POR TRANSMUDAÇÃO GEOGRÁFICA DO DELITO?

Com a promulgação da nova Lei, as disposições antes constantes no artigo 96 foram transferidas ao artigo 337-L do Código Penal, inciso por inciso (com poucas

alterações de grafia) – a exceção da disposição supramencionada, antes constante do inciso I, como se verifica do quadro abaixo:

<p>Lei n. 8.666/1993 – Art. 96:</p> <p>Art. 96: Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I – <u>elevando arbitrariamente os preços:</u></p> <p>II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III – entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p> <p>V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.</p>	<p>Código Penal – Art. 337-L:</p> <p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III - entrega de uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p>
--	--

Percebe-se que o enfoque do inciso I, que antes era dado à elevação de preço, passou a ser expressamente direcionado à contraprestação diversa em qualidade ou quantidade – em suma, passou a tratar de inadimplemento contratual, seja quantitativo ou qualitativo.

Por conta disso, diferentemente dos demais incisos, é discutível a suposta continuidade normativa ao inciso I, do artigo 96 da Lei n. 8.666/1993. Isso porque que a revogação não foi apenas do enunciado normativo ou formal, mas da norma jurídica em si, uma vez que fora suprimido todo o seu conteúdo material - isto é, o seu significado, e não apenas o texto legal que lhe dava previsão.

Em outros termos, a inovação legislativa não operou um deslocamento da criminalização da “elevação arbitrária de preço” de um dispositivo para outro, verdadeiro significado da expressão “transmutação geográfica” - mesmo porque o Código Penal não faz nenhuma menção à prática de “elevação arbitrária de preço” ou expressão congênere.

O novo dispositivo legal manteve praticamente intactos (com algumas mudanças gramaticais e inserções de alguns elementos ligeiramente mais abrangentes) quatro dos cinco incisos do antigo tipo penal, de sorte que a única exceção é justamente o inciso I, que não mais contém alusão à elevação arbitrária de preços - o que ao menos esboça uma intenção do legislador de afastar a criminalização da conduta. A análise comparativa não deixa margem para dúvidas, como é possível verificar do quadro antes apresentado.

Neste caminhar, dificilmente poder-se-ia concluir que o ato criminalizado no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 foi abarcado pelo artigo 337-L, V, do Código Penal, que consiste, em verdade, em tipo penal exageradamente aberto. Isso porque a redação deste último dispositivo já constava na antiga Lei de Licitações, mais precisamente no artigo 96, V, sendo ilógico que a redação mantida viesse a englobar duas condutas distintas de forma tão abrangente.

Ademais, é incabível a transposição da criminalização de um inciso para outro, porque ambos preveem condutas completamente distintas, sendo a lei posterior mais abrangente e prejudicial, por prever pena superior.

Se a interpretação acerca de eventual transmutação geográfica do delito for tida como correta, então não haveria a menor necessidade de a Lei prever os outros quatro incisos, bastaria incluir as suas condutas em “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública”.

A genérica amplitude do inciso V, nesta linha interpretativa, permitiria tornar tal capitulação um fim em si mesmo, sem necessidade das especificações de todos os incisos anteriores.

Portanto, a partir de abril de 2021, a “elevação arbitrária de preços” foi flagrante e expressamente retirada do rol de condutas criminalizadas, passando a configurar crime a “entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais”.

Neste sentido, ainda que a alteração legal seja recente, já é possível notar um incipiente movimento doutrinário sustentando a *abolitio criminis* da conduta antes

tipificada no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993. Tem-se como exemplo os escritos do professor Douglas Fischer, Procurador da República, que em análise à Lei n. 14.133/2021, antes mesmo de sua promulgação, fez um breve comparativo entre cada um dos novos dispositivos e expendeu considerações a respeito da alteração de objeto do inciso I.¹²⁰

Ainda mais incisivo é o parecer proferido por Natasha do Lago, Giovanna Silveira Tavaloro e Rodolfo Eduardo Santos Carvalho em artigo sobre o tema, deixando clara a mudança de foco trazida pela nova Lei. Afirmam os autores que é nítida a modificação no tipo penal, referente à remoção da hipótese que previa fraude em licitações apenas por conta do aumento arbitrário dos preços, como disposto na legislação anterior. A nova lei substituiu essa disposição pela criminalização da entrega de mercadorias ou prestação de serviços com qualidade ou quantidade diferentes das especificadas, direcionando o foco para a execução do contrato em si.¹²¹

Como visto, a redação do texto mudou não só formalmente, mas materialmente, de modo que a elevação arbitrária de preços não foi acolhida expressamente por nenhum dos incisos.

Aliás, parece evidente a intenção do Poder Legislativo em substituir a conduta antes criminalizada de elevação dos preços pela nova modalidade criminosa de entrega de mercadoria ou prestação de serviço com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital.

Isso se deve, principalmente, à tão criticada redação anterior da lei, cuja inconstitucionalidade era notoriamente defendida pela doutrina,¹²² por afronta direta aos artigos da Carta Magna que estabelecem a livre concorrência (artigo 170, inc. IV) e o direito à propriedade (5º, inc. XXII).

Marçal Justen Filho,¹²³ em obra especialmente dedicada à (agora Antiga) Lei de Licitações, aduz enfaticamente que a elevação de preços não pode ser tipificada como

¹²⁰ FISCHER, Douglas. Comparativo sumário entre a atual Lei de Licitações (8.666) e o Projeto de Lei 4.253/2020. 07 jan. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/01/07/lei-de-licitacoes-8666/>.

¹²¹ DO LAGO, Natasha; SANTOS CARVALHO, Rodolfo Eduardo; TAVALORO, Giovanna Silveira. Mudanças Penais da nova Lei de Licitações. 05 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes>.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico, *volume 2*. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. – 17. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1415.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. – 17. ed. – São

crime. Trata-se de dispositivo inconstitucional, por contrariar os artigos 5º, XXII (garantia ao direito de propriedade) e 170, IV (livre concorrência).

Assevera o doutrinador que *todo particular tem assegurada a mais ampla liberdade de formular propostas de contratação à Administração Pública*, devendo para tal examinar e estimar custos, lucros e riscos. Não pode ser obrigado a formular proposta à Administração Pública nos mesmos moldes que formularia a terceiros. Destarte, se o particular decidir elevar seus preços, ainda que injustificadamente, não praticará ato penalmente reprovável. Caso a Administração Pública entender os preços por excessivos deverá rejeitar a proposta.

E com o advento da nova Lei (14.133/2021), o legislador pátrio retirou aludido inciso I do ordenamento, não havendo mais qualquer menção à “elevação arbitrária de preços” no recém-criado artigo 337-L do Código Penal, motivo pelo qual se tem a nítida configuração da *abolitio criminis*.

E a descriminalização em questão também parece fazer sentido sob o olhar macro das alterações legislativas havidas nos últimos anos. Em que pese o recrudescimento penal atinente à criminalidade econômica, o legislador vêm buscando direcionar o poder punitivo estatal àqueles que efetivamente cometeram ilegalidades dolosas, visando reduzir a discricionariedade dos órgãos de acusação e do Judiciário.

Nesta toada menciona-se a Nova Lei de Improbidade (Lei n. 14.230/2021), da mesma legislatura. Nela, houve o afastamento das condutas ímprobas culposas, deixando de responsabilizar o mau gestor para focar naquele que agiu imbuído de má-fé – além da própria alteração havida no âmbito das licitações, com a descriminalização da conduta do agente que deixou de respeitar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação (artigo 337-E do Código penal).

Isso se mostra relevante na análise da *mens legis* relativamente ao artigo 337-L, inciso I, do Código Penal. O legislador, ao que tudo indica, seguiu a mesma linha, optando por descriminalizar a conduta do agente que oferece preço que possa vir a ser considerado elevado – afinal, não há como vincular objetivamente, na mera atividade de precificação do empresário, má-fé capaz de resultar na alteração de *status* da atividade empresária para atividade criminosa.

Desta forma, não seria aplicável a continuidade normativo-típica, uma vez que a revogação do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 não foi apenas do enunciado normativo ou formal, mas da norma jurídica em si, uma vez que fora suprimido todo o seu conteúdo material, isto é, o seu significado, e não apenas o texto legal que lhe dava previsão.

Em outros termos, a inovação legislativa não operou um deslocamento da criminalização da elevação arbitrária de preço de um dispositivo para outro, verdadeiro significado da expressão “transmutação geográfica”. Mesmo porque o Código Penal não faz nenhuma menção à prática de elevação arbitrária de preço ou expressão congênere, o que fica claro a partir de uma acurada análise do quadro comparativo antes apresentado.

Não obstante, existe posicionamento divergente, o qual defende a não ocorrência da *abolitio criminis*, usando como argumento a amplitude trazida pelo inciso V do artigo 337-L, entendendo ser cabível a manutenção da criminalização do sobrepreço sob o amplo guarda-chuva deste inciso.

Nesta linha se colocam Dal Pozzo, Cammarosano e Zockum.¹²⁴ Ao passo em que os autores reconhecem que teria o legislador, “em princípio, sinalizado pela *abolitio criminis*”, asseveram que o inciso V admite a criminalização de “qualquer meio fraudulento” que venha a tornar mais onerosa para a Administração a proposta ou a execução do contrato – e, neste ponto, estariam incluídos o superfaturamento e o sobrepreço. Concluem que se a prática fraudulenta anterior revelar sobrepreço, permanece criminalizada a conduta, não havendo de se cogitar a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*.

Os autores mencionados parecem estar ligando sua conclusão pela manutenção da criminalização (através de transmutação geográfica para o inciso V) à maior onerosidade causada à Administração Pública. No entanto, a proposta não aceita não tem o condão de onerar os cofres públicos – e, de outro lado, a proposta aceita passou pelo crivo do Estado, submetendo-se ao edital, de forma que se mostra temerário concluir subjetivamente pela ocorrência de dano ao erário (sob a alcunha de “maior onerosidade”).

Para além de desconsiderar a aparente vontade do legislador, tal posicionamento gera um superempoderamento do tipo penal aberto previsto no inciso V.

¹²⁴ DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUM, Maurício. Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 760

Conforme já mencionado, se a interpretação acerca de eventual transmutação geográfica do delito (do inciso I do artigo 96 da Lei antiga para o inciso V do artigo 337-L do Código Penal) for tida como acertada, não haveria necessidade de a Lei prever os outros quatro incisos.

Isso porque bastaria incluir toda e qualquer conduta em “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública”. Consoante já salientado, a genérica amplitude do inciso V, nesta linha interpretativa, permitiria tornar tal capitulação um fim em si mesmo, sem necessidade das especificações de todos os incisos anteriores.

E, tendo o legislador enumerado todos os incisos, descrevendo condutas diversas em cada um deles (até mesmo de forma pormenorizada), atenta contra a *mens legis* a interpretação que simplesmente trata todos os incisos (menos o V) como absolutamente supérfluos, já que todas as condutas se adequam ao “superinciso V”.

Esbarraríamos, igualmente, no óbice semântico a respeito do termo *injustamente* previsto no inciso em questão (“qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública”). O que regula e define, especialmente no estreito âmbito da responsabilidade penal, o que é justo ou injusto? E justo ou injusto para quem? A amplitude do dispositivo não se dá, portanto, apenas no uso da expressão “qualquer meio”, mas também na escolha pelo termo “injustamente”. E, desta forma, dá-se margem à discricionariedade e à insegurança jurídica.

De outro lado, a criação de tipificações abertas não é novidade no procedimento legislativo brasileiro, que, desprendido da adequada técnica e ansiando de forma desmedida pelo aprimoramento, muitas vezes acaba por violar o princípio da taxatividade¹²⁵ – levando a uma assimetria sistêmica.¹²⁶ Os tipos abertos, nesta toada, são campo fértil para o arbítrio do operador.

Falavigno e Chiocheta¹²⁷ afirmam que é momento de conceber uma abordagem legislativa abrangente, que abarque desde o planejamento inicial até a fase posterior à vigência da lei, orientando todas as etapas desse processo: desde a definição de uma

¹²⁵ Art. 5º, XXXIX da Constituição Federal; Art. 1º do Código penal.

¹²⁶ FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda.; CHIOCHETA, Matheus. CRIMES LICITATÓRIOS: UM DEBATE NO ÂMBITO DA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL. Direito Penal Economico - temas contemporâneos. 1ed., 2023, v. , p. 1-.

¹²⁷ Ibidem.

agenda coesa, a tomada de decisões político-criminais embasadas em dados empíricos, a redação meticulosa das normas, até a análise posterior de seus impactos. Essa abordagem deve se sustentar em fundamentos que transcendam a simples premissa democrática baseada na eleição dos legisladores.

Já o contraponto que defende a ocorrência da transmutação geográfica do delito parece buscar argumentos para fazer valer um viés criminalizante, o que não se coaduna com a evolução histórica do Direito Penal.

Não é demais repisar que o Direito evolui ao longo do tempo, em seus mais variados campos. O Direito Penal vem se aprimorando ao longo dos séculos, galgando significativos passos rumo à humanização e se afastando gradativamente da vingança estatal – apesar de alguns retrocessos momentâneos, lombadas ao longo do caminho.

A título de exemplo de notório retrocesso legislativo momentâneo no âmbito penal, menciona-se aquele que se deu através do PL n. 4.207/1998, que aumentou as hipóteses de incidência e recrudesceu a pena prevista para o artigo 273 do Código Penal.

O Código Penal de 1940 previa, na redação original do artigo 273, o crime de “alteração de substância alimentícia ou medicinal”, com pena em abstrato de um a três anos de reclusão.¹²⁸

O tipo penal, que recebia pouca atenção da doutrina (principalmente em comparação com outros crimes contra a saúde pública, tal qual o tráfico de drogas), sofreu grande alteração no ano de 1998.

O chamado “escândalo das pílulas de farinha” veio à tona quando se descobriu que o laboratório farmacêutico Schering do Brasil lançou no mercado lotes do anticoncepcional Microvlar que continham, em seu interior, ao invés do princípio ativo medicamentosa, farinha.

Tratava-se, portanto, de grave adulteração de produto medicinal: a substância contida no interior do fármaco, grosseiramente substituída por farináceos sem qualquer

¹²⁸ Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal:

I - modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico;

II - suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis.

§ 1º Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.

propriedade terapêutica, ocasionou a gravidez indesejada de milhares de mulheres brasileiras – dando origem a centenas de ações judiciais.

A grande repercussão midiática reverberou nos corredores do Congresso Nacional. Dias depois, o PL n. 4.207/1998¹²⁹ foi proposto para recrudescer a pena e aumentar as hipóteses de incidência no artigo 273.

Após quatro meses de tramitação legislativa, em 02/07/1998 foi publicada a Lei n. 9.677/1998, que, além de aumentar consideravelmente o escopo da tipificação ao acrescentar os §§ 1º e 1º-B, tornou crime hediondo o artigo 273 (inclusive os novos parágrafos) e aumentou em 10 vezes (de 1 ano para 10 anos) a pena mínima em abstrato. O objetivo do legislador, como se nota pela justificativa, era punir os “fraudadores inescrupulosos” e “ávidos de enriquecimento ilícito”.

A publicação da Lei n. 9.677/1998 chamou a atenção da doutrina especializada no Brasil.¹³⁰ Não se conhece precedente para uma alteração legislativa tão drástica em nosso país, com um aumento de pena dessa proporção, exemplo clássico do direito penal de emergência. Nesse contexto, não se pouparam críticas para a nova previsão do preceito secundário do artigo 273, que viola o princípio da proporcionalidade.

O desalinho do legislador quanto aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade foi flagrante. A exacerbação punitiva chegou às raias do absurdo. Franco aduziu que o legislador seguia em sua tarefa de implosão do Código Penal, tolhendo-lhe a coerência e erradicando a unidade que um sistema penal necessita. *A justiça penal é um mal necessário, se ela supera os limites da necessidade, sobra apenas o mal.*¹³¹

Nítida a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que não é razoável uma pena mínima de 10 (dez) anos, em regime fechado, para conduta de perigo abstrato. Fere a proporcionalidade termos tal pena mínima para um crime contra a saúde pública, especialmente se compararmos com o homicídio simples, cuja pena mínima é de 6 (seis) anos de reclusão.¹³²

¹²⁹Dossiê do PL nº 4.207/1998, disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1128727&filename=Dossie-PL%204207/1998

¹³⁰ FRANCO, Antônio Silva. "Há produto novo na praça", in Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 70, p. 5-6, 1998

¹³¹ FRANCO, Antônio Silva. Ibidem.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

Não tardou para que o judiciário levasse em consideração a falta de proporcionalidade do novo apenamento e tomasse medidas para corrigir o problema criado pelo legislativo.

Inicialmente passou-se a aplicar, por analogia *in bonam partem* a pena prevista para o crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/2003). Tal entendimento restou consolidado, constando inclusive de informativo do Superior Tribunal de Justiça (Info n. 559).¹³³

Mais recentemente¹³⁴ o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE n. 979.962 RG/RS (Tema n. 1.003/STF), realizado sob a sistemática da repercussão geral, assentou a posição de que é inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do CP à hipótese prevista no seu § 1º-B, inciso I. Desta forma, determinou a repristinação¹³⁵ do preceito secundário da norma à sua redação original, que previa a pena de 1 a 3 anos de reclusão.

Considerando os efeitos vinculantes e aplicáveis *erga omnes* do Tema n. 1.003/STF, não demorou para que o STJ adotasse o mesmo posicionamento em seus julgados.

Neste caso, o Judiciário exerceu controle de constitucionalidade da alteração legislativa, corrigindo a incongruência e reafirmando o seu papel contramajoritário – assegurando, assim, a força normativa da Constituição e a preservação dos direitos e garantias fundamentais.¹³⁶

Nesse sentido, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal possui a responsabilidade de salvaguardar sua prerrogativa de atuar de forma contramajoritária. Assim estará garantindo a preservação dos direitos fundamentais e a proteção das minorias, mesmo que isso implique em tomar decisões que vão de encontro à aparente vontade da maioria da população (por vezes expressa através de seus representantes eleitos).¹³⁷

¹³³ “É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP - "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" -, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º.”

¹³⁴ 24.03.2021 – julgamento do RE 979.962, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno do STF.

¹³⁵ Repristinação é o nome dado ao restabelecimento da vigência de uma lei revogada em relação à nova lei que a sucedeu.

¹³⁶ ABOUD, Georges. Processo Constitucional brasileiro.4.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020. p.445.

¹³⁷ *Ibidem*.

Neste caminhar, percebe-se um confronto real entre a concepção do Direito Penal como forma de regular a sociedade sem transformar o Estado em Estado policial, seguindo os ditames constitucionais, e a que preconiza o Direito Penal como panaceia da criminalidade.

Convive-se com posicionamentos vazios, despidos de maior reflexão e conhecimento, e ainda mais, com dificuldade de consolidar as práticas democráticas – seja no legislativo, no executivo ou no judiciário.

Essa realidade é agravada no Brasil pela coexistência de leis construídas em períodos autoritários (como a Ditadura Vargas ou o Regime Militar) com as disposições modernas e principiológicas da Constituição Federal de 1988. Referido contexto sofre agravamento com a mentalidade que ainda sobrevive e lança seus efeitos – por vezes na redação de novos diplomas legais, e em outras tantas oportunidades na interpretação dada aos dispositivos pelos operadores.

Nesta toada, a tarefa de interpretação e adequação de leis - ou mesmo de artigos de lei – torna-se complexa em vista do evidente conflito entre a postura de criminalização e os freios impostos pela Constituição.

A interpretação de que um dispositivo derogado ainda deva permitir o oferecimento de denúncia e o conseqüente processo criminal é inaceitável, e contribui para a configuração do “meu Direito Penal”, isto é, um Direito penal manejado ao gosto do profissional, que se vê alentado pelo suposto caráter aberto das condutas.

Isto transfere ao Poder Judiciário, organismo que deve atuar sem interesse, com parcimônia, equilíbrio e ponderação, a obrigação de proteger as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais. No entanto, nem sempre isso acontece.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A MATÉRIA

Descriminalização é a ação de retirar, formalmente ou de fato, do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas.¹³⁸

Este fenômeno se manifesta sob três diferentes formas: (i) a descriminalização formal, ou em sentido estrito, que outorga um total reconhecimento legal e social ao

¹³⁸ CERVINI, Raúl. (2002). *Os processos de descriminalização*. 2 ed., Revista dos Tribunais. 278 p.

comportamento descriminalizado; (ii) a descriminalização substitutiva, em que as penas sofrem alteração de natureza – por exemplo a transformação de um delito em mera infração administrativa; e por fim, (iii) a descriminalização de fato, que ocorre quando o sistema penal deixa de funcionar, no que toca à determinada conduta, sem que formalmente tenha perdido a competência para tal. Em outras palavras, permanece intacto o caráter ilícito da conduta, mas elimina-se a efetiva aplicação da pena correspondente.¹³⁹

A descriminalização de fato muitas vezes culmina em descriminalização formal, como nos crimes de sedução e adultério, previstos no Código Penal brasileiro desde o ano de 1940, mas que, após caírem em desuso, foram posteriormente revogados.

A sedução, figura típica que se tornou obsoleta com a liberação dos costumes, acabou sendo extirpada do ordenamento jurídico nacional por intermédio do artigo 5º da Lei n. 11.106/2005, que revogou integralmente o antigo artigo 217 do Código Penal, além de outros dispositivos.

O adultério, anteriormente contido no artigo 240 do mesmo diploma, foi igualmente atingido pela redação do artigo 5º, da Lei n. 11.106/2005, na medida em que sua reprovação moral diminuiu consideravelmente. A aplicação de sanção penal a este delito já estava em desuso muito tempo antes de sua revogação formal.

Temos, portanto, que descriminalização de condutas apresenta caráter multifatorial, podendo se dar de diferentes maneiras. Cervini¹⁴⁰ aborda ainda questões conexas, como a despenalização (ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo) e a diversificação (suspensão dos procedimentos criminais e remessa da solução dos problemas às partes afetadas).

Mas para demonstrar como não necessariamente se encontram facilidades para desconsiderar e/ou minimizar a reprovação legal a determinados comportamentos, cita-se a alteração legislativa¹⁴¹ que incluiu no Código Penal a figura da importunação sexual (artigo 215-A),¹⁴² para se contrapor, em alguns casos, ao crime de estupro (artigo 213),¹⁴³

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Lei n. 13.718/2018.

¹⁴² Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

¹⁴³ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

ou mesmo ao estupro de vulnerável (artigo 217-A).¹⁴⁴

Buscou o legislador, neste caso específico, afastar a desproporcionalidade havida na aplicação de penas idênticas àqueles que cometiam crimes sexuais não tão invasivos ou de menor reflexo sobre a vítima e àqueles cometidos com a penetração ou atos sexuais mais gravosos.

Contudo, existente dissídio jurisprudencial a respeito da possibilidade de desclassificação da imputação de estupro de vulnerável para importunação sexual, estabeleceu-se a definição da matéria sob a égide dos recursos repetitivos.

Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de não haver o dispositivo legal excepcionado a incidência do artigo 215-A, valendo-se da doutrina de proteção integral às crianças e adolescentes, decidiu por sua inaplicabilidade às hipóteses de crimes cometidos contra menores de 14 anos.¹⁴⁵ Em suma, a Corte desconsiderou a aparente *mens legis* da alteração legislativa para fazer valer a sua própria noção de Direito Penal.

Mas trata-se de matéria polêmica, que mesmo após a definição do STJ ainda pode render novas discussões para afastar o óbice criado para casos como beijo lascivo - pois parece desarrazoado partir de uma pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão para sua repressão.

Seja para fins descriminalizadores ou despenalizadores (utilizando-se aqui da classificação de Cervini), fato é que por vezes não basta a atuação do legislativo no sentido menos repressivo. A depender da situação, o judiciário, fazendo uso de hermenêutica (muitas das vezes propositalmente torta), mantém determinada criminalização/penalização, crendo estar atendendo a vontade do povo.

Conforme visto no tópico anterior, a Lei n. 14.133/2021 promoveu a descriminalização formal da conduta de elevar arbitrariamente os preços em licitação –

¹⁴⁴ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

¹⁴⁵ PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - REsp: 1959697 SC 2021/0288713-5, Rel. min. Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 08/06/2022, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2022) (JUSBrasil, 2022).

mas, no entanto, alguns operadores do Direito, movidos por inclinação punitivista, desconsideraram a mudança garantista, buscando subterfúgios para não a aplicar.

Destarte, ainda que se tenha operado a descriminalização formal (*abolitio criminis*) da elevação arbitrária de preços, essa não vai se fazer valer por completo enquanto não houver a chancela dos tribunais superiores nesse sentido.

Apenas a consolidação de jurisprudência dos Tribunais Superiores no mesmo sentido da alteração legislativa (e da vontade do legislador) poderá afastar de fato a aplicação do entendimento que sustenta a transmutação geográfica do delito.

Em isso não ocorrendo, em que pese a clareza da *abolitio criminis* promovida pelo legislativo, aqueles que se atrevem a negociar com a Administração Pública estarão à mercê de órgãos acusatórios (MP e MPF) e do Judiciário, podendo ser denunciados e condenados por um crime formalmente abolido.

Neste passo, temos que a imprecisão legislativa, as lacunas, e principalmente a livre interpretação – na qual se inclui a própria compreensão de que a norma derogada ainda prevalece – representam um perigo para a segurança jurídica.

E, no que toca à possível ocorrência de *abolitio criminis* da elevação arbitrária de preços em licitação com o advento da n. Lei n. 14.133/2021, o STJ possui alguns julgados relevantes.¹⁴⁶

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a admissibilidade da denúncia oferecida na Ação Penal Originária 993/DF (2020/0092882-6), de relatoria do Ministro Francisco Falcão, entendeu pela ocorrência da transmutação geográfica do delito para o inciso V do artigo 337-L do Código Penal.

Referida ação foi proposta diretamente perante à Corte Especial diante do suposto envolvimento do governador do Estado do Amazonas, detentor de prerrogativa de foro, em possíveis crimes envolvendo a compra de ventiladores pulmonares no contexto da pandemia da Covid19. Salienta-se que referida ação penal ainda está em andamento, em fase de instrução.

Na decisão que recebeu a denúncia, datada de 20 de setembro de 2021, o Ministro

¹⁴⁶ Pesquisa jurisprudencial realizada no acervo do STJ, na data de 01.04.2024, através do link <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. No campo *pesquisa avançada*, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “elevação”, “preços”, “licitação” e “abolitio”. Resultado inicial de um acórdão e quinze decisões monocráticas – sendo que, a partir daí, a pesquisa também englobou os julgados mencionados em cada um dos resultados iniciais, e assim sucessivamente.

Relator dispôs que, quanto à capitulação legal, embora a Lei n. 14.133/2021 tenha expressamente revogado o art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993, reproduziu as mesmas condutas no art. 337-L da nova legislação, prevendo sanção maior, razão pela qual não teria ocorrido *abolitio criminis*.¹⁴⁷

Veja-se que o trecho é vago quanto ao inciso do artigo 337-L que abarcaria a conduta antes descrita no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993. No entanto, em seguida, ao transcrever trecho da imputação trazida na denúncia,¹⁴⁸ faz constar menção a “qualquer meio fraudulento que torne injustificadamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato” fazendo referência exatamente ao inciso V do artigo 337-L. Logo, é possível concluir que o Ministro Relator entendeu pela continuidade normativo-típica através da transmutação geográfica para este inciso genérico, que abarcaria agora o sobrepreço.

Destaca-se que mais que isso não foi dito pelo Relator, que se limitou à análise superficial da matéria.

Impende salientar que esta mesma decisão decidiu por afastar, igualmente, a *abolitio criminis* da parte final do artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 – que corresponde ao atual artigo 337-E do Código Penal, trazido pela Lei n. 14.133/2021.

Em sequência, quando da coleta de votos, a Ministra Laurita Vaz não discorreu sobre a questão da possível *abolitio criminis* do artigo 96, I, tampouco sobre continuidade normativo típica.

Já Ministra Nancy Andrighi brevemente pontuou que, na linha da fundamentação do voto do Relator, as condutas em questão permanecem qualificadas como infrações

¹⁴⁷ Transcrição direta do acórdão: “Quanto à capitulação legal, esclareça-se, conforme já explicou o Ministério Público na peça acusatória, que, embora a Lei n. 14.133 (que entrou em vigor em 1º de abril de 2021) tenha expressamente revogado o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação/contratação direta ilegal ou direcionamento da licitação sem observância das formalidades legais) e o art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993 (fraude à licitação/com elevação arbitrária de preços), reproduziu as mesmas condutas no art. 337-E e no art. 333-L (**sic**) da novel legislação, prevendo sanção mais agravada, razão pela qual não ocorreu a denominada *abolitio criminis* (**sic**)”. (p. 32 do acórdão)

¹⁴⁸ “2ª Imputação:

Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: elevando arbitrariamente os preços”. Pena: Detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa (art. 96, I, da Lei n. 8.666/93), que corresponde ao atual art. 337-L da Lei n. 14.133/2021: “Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante (...) qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.” (sublinhado apostro)

penais em nosso ordenamento jurídico, com a redação conferida pela Lei n. 14.133/2021. Finaliza seu breve raciocínio aduzindo que, nessas circunstâncias, não há falar em *abolitio criminis* – ocorrendo, em verdade, o fenômeno da continuidade normativo-típica. Citou, ainda, alguns julgados do STJ.¹⁴⁹

Os julgados mencionados pela Ministra na parte final do trecho supratranscrito tratam do conflito entre continuidade normativo típica e *abolitio criminis* – mas, no entanto, não versam sobre os delitos licitatórios em análise no Ação Penal Originária 993/DF (artigos 89 e 96, I, da Lei n. 8.666/1993).

O HC 594.310/MG dispõe sobre crimes militares, enquanto o EDcl no AgRg no REsp 1758459/PR trata do artigo 90 da Lei n. 8.666/1993 em relação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998).

A Ministra ressalta ainda que “o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da sua capitulação legal”, de modo que a *emendatio libelli* pode ser realizada na sentença, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal.¹⁵⁰ Acerca deste ponto, importante a menção ao fato de que a Ação Penal Originária 993/DF não foi ainda sentenciada, estando atualmente em fase de instrução.

Em seguida, o Ministro Luis Felipe Salomão registrou apenas que concorda com o Relator quanto à ocorrência de continuidade normativo típica.¹⁵¹

O Ministro Benedito Gonçalves nada dispôs sobre a matéria.

Já o Ministro Raul Araújo, em que pese tenha acompanhado parcialmente o

¹⁴⁹ Transcrição da íntegra da manifestação da Min.Nancy Andrighi no ponto: “Na linha da fundamentação do voto do e. Relator, as condutas de dispensar indevidamente licitação (art. 89 da Lei 8.666/93), que resulta na contratação direta, e de fraudar licitação com aumento abusivo de preços (art. 96, I, da Lei 8.666/93), que acarreta maior ônus para a Administração, permanecem qualificadas como infrações penais em nosso ornamento jurídico na forma prevista nos arts. 337-E e 337-L, V, do CP, com redação conferida pela Lei 14.133/2021.

Nessas circunstâncias, não há falar, como suscitado pelas defesas, em *abolitio criminis*, ocorrendo, em verdade, o fenômeno da continuidade normativo-típica, como, em circunstâncias semelhantes, é reconhecido pela jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: HC 594.310/MG, Sexta Turma, DJe 14/05/2021; EDcl no AgRg no REsp 1758459/PR, Quinta Turma, DJe 08/09/2020.”

¹⁵⁰ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

¹⁵¹ Na íntegra: Da mesma forma que Sua Excelência, o Relator, entendo que a hipótese não revela *abolitio criminis* em relação aos crimes da Lei de Licitações tratados na denúncia (arts. 89 e 96, I), em razão da continuidade típico-normativa. Em que pese estar revogado o art. 89 da Lei 8.666/1993, a conduta continuou sendo típica, agora pelo art. 337-E do Código Penal, sendo o tipo penal outrora previsto no art. 96, I, agora disposto no art. 337-L, inciso V, do CP. Considerando-se que os tipos penais atuais possuem sancionamento mais grave, levando-se em conta ainda o fato de que, ao tempo do crime, as condutas eram apenas pela legislação especial, aplica-se a ultratividade da lei mais benéfica neste particular, não havendo que se falar em *abolitio criminis*.

relator,¹⁵² fez questão de destacar que “não podia ser esperado que o preço dos respiradores fosse aquele praticado no mercado antes da pandemia.”

Os Ministros João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Paulo de Tarso Sanseverino e Maria Isabel Gallotti não expuseram considerações.

Mas é importante fazer uma distinção básica entre o caso específico da Ação Penal Originária 993/DF e a criminalização do sobrepreço sob a égide da Lei n. 8.666/1993.

No caso dos ventiladores pulmonares do Estado do Amazonas, não se tratou da mera apresentação de proposta de preço considerada elevada – e sim da suposta utilização de empresa laranja no processo de aquisição dos ventiladores pulmonares de um mesmo fornecedor, o qual já havia precificado o produto a menor, perante a Administração Pública, dias antes.

Ou seja: a conduta que o Ministério Público Federal tipificou como elevação arbitrária de preços em licitação não se coaduna com a disposição do artigo 96, I da Lei n. 8.666/1993. Em verdade, trata-se conduta passível de enquadramento no inciso V do mesmo artigo.¹⁵³

Assim, no caso específico, não parece absurda a capitulação no artigo 337-L, inciso V, do Código Penal – mas isso não significa dizer que este dispositivo abarca o sobrepreço antes criminalizado, sendo um dispositivo substitutivo do outro.

Isso porque a capitulação originalmente lançada na denúncia se mostra equivocada, uma vez que deveria indicar, desde o início, a conduta tipificada no artigo 96, V da Lei n. 8.666/1993 – esta, sim, encontra correspondência do artigo 337-L, V, do Código Penal.

Não se pode confundir a conduta antes criminalizada - apresentar livremente preços à administração pública - com a conduta descrita na denúncia da Ação Penal Originária 993/DF. Esta última, conforme já mencionado, tratou da utilização de empresa laranja como intermediária para a aquisição pública de bens de uma mesma fornecedora (antes já habilitada e com preços definidos), utilizando-se de tal subterfúgio para obtenção de vantagem.

¹⁵² Ficou vencido no ponto em que reconheceu a ocorrência de cerceamento de defesa para alguns acusados que não tiveram acesso à integralidade dos autos.

¹⁵³ V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Destarte, a chave da questão parece estar na conceituação de fraude. Conforme já tratado no primeiro capítulo, Nelson Hungria define a fraude como “qualquer malicioso subterfúgio para alcançar um fim ilícito. [...] o engano dolosamente provocado, o malicioso induzimento em erro ou aproveitamento de preexistente erro alheio, para o fim de injusta locupletação.”¹⁵⁴

Nesta toada, para que seja possível a imputação de crime, deve-se partir do pressuposto de que houve utilização de malicioso subterfúgio para alcançar fim ilícito, que houve o engano dolosamente provocado – o que parece ser o caso na Ação Penal Originária 993/DF –, e não meramente a apresentação de proposta financeiramente elevada. Não há ilicitude alguma na simples apresentação de proposta no valor que o proponente entender cabível, assim como não há malicioso subterfúgio em tal ato – que não pode ser entendido, por si só, como fraude.

A busca por otimização de ganhos em negociação, seja com particulares ou com o Poder Público, através da análise dos custos e riscos, não é ilícita – pelo contrário: é parte central a atividade empresarial.

A falta de atenção para este aspecto, bem como a análise superficial da matéria, pode derivar do fato de que o Ministro Relator, Francisco Falcão, não é afeito ao Direito Penal, tendo sempre atuado nos colegiados de Direito Público em seus quase vinte e cinco anos de Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁵ Atualmente integra a Segunda Turma e a Primeira Seção daquela Corte.

Aliás, os Ministros que exararam posicionamento expresso acerca da questão na decisão de admissibilidade igualmente não são ligados às Turmas de Direito Penal (5ª e 6ª): a Ministra Nancy Andrighi integra a Terceira Turma e a Segunda Seção (Direito Privado); o Ministro Luis Felipe Salomão hoje exerce o cargo de Corregedor Nacional de Justiça e construiu carreira ligada ao Direito Empresarial; e o Ministro Raul Araújo integra a Quarta Turma e a Segunda Seção (Direito Privado).

Assim, temos que a principal decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça acerca de ocorrência ou não de *abolitio criminis* do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 se

¹⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 169.

¹⁵⁵ Conforme se denota da matéria do Conjur acessada através do link: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/francisco-falcao-completa-23-anos-stj-nesta-quinta-feira-306/#:~:text=No%20STJ%2C%20atuou%20sempre%20nos,STJ%20entre%202014%20e%202016>. Acesso em 03.04.2024.

trata de mera admissibilidade de denúncia em ação penal originária. E mais: envolve caso com características muito específicas que o afastam da rotineira criminalização ligada ao tipo penal.

Contra a referida decisão de admissibilidade foram impetrados três Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal,¹⁵⁶ os quais tiveram a ordem denegada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Contudo, o Ministro Relator, sem analisar a matéria específica, pontuou que “o juízo de recebimento da peça acusatória é de mera delibação, jamais de cognição exauriente.”

Para além do acórdão mencionado, a pesquisa realizada localizou a existência de outro julgado colegiado no Superior Tribunal de Justiça: trata-se do Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) n. 2.035.619/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela 5ª Turma.

Nele o relator, no que foi acompanhado pelos demais membros do colegiado, consignou que não deixou de ser crime a conduta de fraudar licitação através do superfaturamento de produtos ou serviços oferecidos à Administração. Asseverou que embora o novo artigo 337-L do Código Penal não tenha um texto idêntico ao antigo inciso I do artigo 96 da Lei 8.666/1993, é claro que a conduta dos réus - que resultou em superfaturamento de até 200%, conforme decidido pelo Tribunal local - se enquadra na descrição do artigo 337-L, V, do CP. Concluiu dizendo que não havia dúvida de que a fraude cometida pelos acusados aumentou injustamente os custos para a Administração Pública na execução do contrato, devido ao significativo superfaturamento constatado.¹⁵⁷

Destarte, pode-se afirmar que a 5ª Turma do STJ firmou posicionamento no sentido da ocorrência de continuidade normativo típica no que toca à conduta antes criminalizada no artigo 96, I da Lei n. 8.666/1993 (elevação arbitrária de preços em

¹⁵⁶ HC 212670/DF; HC 214363/DF; e HC 212762/DF.

¹⁵⁷ Transcrição: De forma similar, também não deixou de ser crime a conduta de fraudar licitação mediante o superfaturamento dos produtos ou serviços oferecidos à Administração. Embora o novo art. 337-L do CP não tenha um inciso de redação igual à do antigo inciso I do art. 96 da Lei 8.666/1993, é evidente que a conduta dos réus - que gerou superfaturamento de até 200%, conforme o Tribunal local - enquadra-se na hipótese do art. 337-L, V, do CP, que tem a seguinte redação:

"Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: [...] V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato".

Isso porque não há dúvida de que a fraude cometida pelos acusados tornou mais onerosa para a Administração Pública a execução do contrato, porque o erário precisou incorrer em gastos muito maiores do que aqueles que seriam necessários se a fraude não tivesse ocorrido, tendo em vista o vultoso superfaturamento apurado nas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

licitação). O entendimento é de que esta se encontra abarcada no novo artigo 337-L, inciso V, do Código Penal, através de transmutação geográfica do delito.

Voltando o olhar para as decisões monocráticas, dois Habeas Corpus impetrados junto ao STJ versavam sobre a matéria – HC 743148 e HC 770059. O primeiro deles foi julgado prejudicado ante a ausência superveniente de interesse processual, pois todos os atos judiciais instrutórios e decisórios a partir do recebimento da denúncia (inclusive) foram anulados por decisão do TRF3¹⁵⁸ que reconheceu a suspeição da juíza de primeiro grau. O segundo não chegou a analisar o tema.

Com relação à continuidade normativo típica do artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 para com o artigo 337-E do Código Penal, a jurisprudência do STJ é mais farta, contando com uma série de julgados para além da Ação Penal Originária 993/DF, provenientes da 5ª e da 6ª Turmas.¹⁵⁹

Aliás, quanto a eventual *abolitio criminis* do artigo 89, o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ é também firme no entendimento de sua não ocorrência, decidindo pela continuidade normativo típica.

O Ministro Edson Fachin, ao julgar o Habeas Corpus 232.382/SC, assentou que não se trata de *abolitio criminis*, mas sim de continuidade típico-normativa, uma vez que a Lei nova revogou o art. 89 da antiga, mas, concomitantemente, previu o delito de contratação direta ilegal (art. 337-E do CP), que abrange a conduta atribuída ao paciente. Reforçou que as elementares dos dois tipos penais guardam relação de semelhança, permitindo reconhecer a continuidade.¹⁶¹

¹⁵⁸ Tribunal Regional Federal da 3ª Região – HC n. 5006259-32.2022.4.03.0000.

¹⁵⁹ Exemplos: AgRg no AREsp n. 2.073.726/PA; AgRg no REsp n. 1.981.227/TO; AgRg no HC n. 707.181/SP; AgRg no REsp n. 1.996.050/MG; REsp 2092681/SP; RHC 181373/PE; HC 783985/SC; e HC 757862/SP.

¹⁶⁰ Pesquisa jurisprudencial realizada no acervo do STF, em 02.04.2024, através do link <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. No campo *pesquisa*, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “elevação”, “preços”, “licitação” e “abolitio”. Resultado inicial de um acórdão e quatro decisões monocráticas – sendo que, a partir daí, a pesquisa também englobou os julgados mencionados em cada um dos resultados iniciais, e assim sucessivamente.

¹⁶¹ Íntegra: “Como se vê, o acórdão ora impugnado consignou que, no presente caso, não se trata de *abolitio criminis*, mas sim de continuidade típico-normativa, uma vez que a Lei 14.133/2021 revogou o art. 89 da Lei 8.666/1993, mas, ao mesmo tempo, previu o delito de “contratação direta ilegal”, consolidado no art. 337-E do CP, que abarca a conduta atribuída ao paciente.

Isso porque as elementares dos tipos penais do art. 89 da Lei 8.666/1993 e do art. 337-E do Código Penal guardam relação de semelhança, circunstância que permite reconhecer a continuidade típico-normativa entre os delitos mencionados.

Com efeito, conforme se extrai da denúncia, a prática dos crimes de dispensar ou inexigir licitação, imputada ao paciente, se deu em virtude das contratações de shows artísticos em desacordo com as formalidades legais, o que se amolda à tipificação atualmente prevista no art. 337-E do Código Penal

Já o Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento do HC 225.554, consignou a inexistência de *abolitio criminis* da figura típica prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Aduziu que a evolução legislativa, produzida pelo Congresso Nacional em defesa da higidez das contratações públicas, realizou o fenômeno da continuidade normativo-típica, tendo em vista a estrita correlação com as elementares anteriormente previstas para o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 e no atual art. 337-E do Código Penal.¹⁶²

Importante notar o que o Ministro Alexandre de Moraes entendeu pela continuidade normativo típica do artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 dando especial ênfase para a inexistência de alteração substancial na descrição da conduta anteriormente narradas pelo novo tipo penal, que mantém estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada.¹⁶³

Tal situação não se repete no que toca ao artigo 96, I, e o artigo 337-L, I, haja vista que o enfoque, antes dado à elevação de preço, passou a ser expressamente direcionado à contraprestação diversa em qualidade ou quantidade – em resumo, passou a tratar de inadimplemento contratual, seja quantitativo ou qualitativo.

Não obstante, a decisão do Ministro Gilmar Mendes no Habeas Corpus 218196 reconhece a continuidade da tipificação referente ao artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 através da transmutação geográfica do delito para o inciso V do artigo 337-L do Código Penal. A fundamentação é por demais sucinta, carecendo da profundidade necessária à matéria.¹⁶⁴

Em suma, temos que, com relação ao artigo 89, a matéria está sedimentada no âmbito do STJ, com decisões proferidas pela Corte Especial e por ambas as Turmas de

(incluída pela Lei 14.133/2021) [...]”

¹⁶² Transcrição: Inexistência de *abolitio criminis* da figura típica prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993, pois a evolução legislativa produzida pelo Congresso Nacional em defesa da higidez das contratações públicas efetuou o fenômeno jurídico conhecido como “continuidade normativo-típica”, estabelecendo na nova lei as elementares dos tipos penais utilizados pelo Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia; mantendo, dessa forma, as condutas descritas no campo da ilicitude penal. [...] Inexistente alteração substancial na descrição da conduta anteriormente narrada pelo novo tipo penal, que mantém a estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada entre os crimes previstos no antigo art. 89 da Lei 8.666/1993 e no atual art. 337-E do Código Penal.

¹⁶³ No mesmo sentido: HC 231.494, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

¹⁶⁴ Nesse sentido, convém registrar que, nada obstante tenha ocorrido a revogação do artigo 96, I, da Lei de Licitações, a conduta imputada ao paciente permanece típica, antijurídica e culpável, conforme previsão do art. 337-L, inciso V, assim redigido:

“Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

(...) V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa”

Direito Penal (5ª e 6ª); igualmente parece estar sedimentada no âmbito do STF, contando com decisões de ministros que integram ambas as turmas.

Já com relação ao artigo 96, I, temos que a jurisprudência do STJ, em que pese a existência de precedente da Corte Especial – em juízo de admissibilidade de denúncia (cognição sumária, portanto) -, e de firme jurisprudência da 5ª Turma, ainda carece de análise colegiada da 6ª Turma.

Impende ressaltar que a matéria pode vir a ser analisada em um futuro próximo pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, preventa para julgar os Recursos Especiais advindos da ação penal de número 0007315-31.2013.8.24.0018, proveniente de Santa Catarina.

Referidos REsps, que versam sobre o tema, foram admitidos pela 2ª Vice-presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não tendo ainda ascendido ao STJ em razão da tramitação de recursos atinentes à inadmissão e negativa de seguimento de Recursos Extraordinários provenientes do mesmo processo. Essa tramitação, ainda no âmbito da Corte Estadual, acaba por adiar a remessa do Recurso Especial à Corte de destino.

No caso em específico, poderão os Ministros da 6ª Turma se debruçar abertamente sobre a questão a ser dirimida: a nova lei resultou em *abolitio criminis* da elevação arbitrária de preços em licitação ou a criminalização se mantém, em continuidade normativo-típica, em razão de transmutação geográfica do delito?

No entanto, a perspectiva é de reconhecimento da continuidade normativo típica, haja vista a tendência de manutenção daquilo que restou decidido – ainda que de forma carente de fundamentação e em juízo de cognição sumária – pela Corte Especial na Ação Penal Originária n. 993/DF.

Por fim, a jurisprudência do STF ainda é precária neste ponto. Ainda que o Ministro Gilmar Mendes tenha se manifestado no sentido da continuidade normativo típica do artigo 96, I, a matéria carece de análise colegiada, bem como do olhar dos demais pares – especialmente em contraste com a jurisprudência formada a respeito do artigo 89, uma vez que persiste a substancial diferença quanto à (in)existência de estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada.

Esta é a radiografia da questão, hoje, nos Tribunais Superiores.

Como visto, por mais clara que seja a alteração legislativa, por mais que esta represente integralmente a *mens legis* e por mais que esteja em consonância com os princípios constitucionais, ainda assim a descriminalização efetiva de uma conduta dependerá da hermenêutica do operador. Dependerá de elementos intrínsecos à pessoa do jurista que se debruçar sobre o tema, carregando consigo sua visão de mundo, seus preconceitos e tendências.

A jurisprudência em formação nos Tribunais Superiores parece refletir o pensamento punitivista atual, representado pelo recrudescimento no combate à criminalidade – especialmente a econômica -, pelo fortalecimento de ideias autoritárias fundadas no dogma de segurança, de punição mais gravosa àqueles vistos como criminosos, deixando de lado os preceitos constitucionais fundamentais e interpretando reformas legislativas como melhor lhe aprouver.

Neste caminhar, permanece a insegurança (também jurídica) a respeito da questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se ancorou no estudo da criminalização da elevação arbitrária de preços em licitação, tipificada no artigo 96, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, tendo como ponto de partida, no tópico 1.1 do primeiro capítulo, a análise dogmática do tipo penal. Tratou-se das noções básicas referentes ao bem jurídico tutelado, sujeitos ativo e passivo do crime, elemento subjetivo etc.

Em seguida, no tópico 1.2, chegou-se às razões pelas quais o inciso em estudo vem sofrendo reiteradas críticas ao longo dos últimos 30 anos, sob a justificativa de que sua tipificação entraria em conflito com os princípios constitucionais da livre concorrência e do direito à propriedade.

A doutrina especializada defende que a elevação arbitrária de preços não pode ser tipificada como crime, já que todo particular tem assegurada ampla liberdade para formular propostas de contratação à Administração Pública. Para isso, deverá estimar seus custos, riscos e lucros – não podendo ser constrangido a apresentar à Administração a mesma proposta que formularia a terceiros. Caso o ente público repute o valor excessivo, deverá simplesmente rejeitar a proposta.

Neste ponto, frisa-se a relevância das diferenças entre as relações negociais privadas e as públicas. Enquanto nas primeiras normalmente há igualdade de condições entre os contratantes, que discutem cláusulas e dispõem sobre as condições do negócio, nas segundas as condições são impostas pelo contratante (ente público) ao contratado (empresa privada). Não há margem para negociação: tudo é determinado pelo Poder Público, e à empresa resta se adequar às condições.

Nesse contexto, essas diferenças devem ser consideradas quando da fixação dos parâmetros balizadores da precificação, sem olvidar da responsabilidade do ente público na realização de pesquisa prévia para confecção do edital e na análise das propostas.

Em suma, não se pode analisar a suposta prática do crime de elevação arbitrária de preços utilizando como parâmetro exclusivo os valores praticados junto à iniciativa privada, sobretudo por conta do caráter inflexível dos negócios entabulados por entes públicos, sempre regulados e limitados por lei e pelo edital licitatório.

Ocorre que, na prática, a criminalização bastante genérica da elevação arbitrária de preços muitas vezes levava – como ainda leva – à condenação de pessoas que se saíam

vencedoras em processos licitatórios meramente pelo fato de estas terem apresentado proposta com preço maior que o praticado entre particulares no mercado, simplesmente pela narrativa de que teriam atribuído o preço de forma arbitrária. Basicamente a conduta de ofertar seu produto pelo preço que achar conveniente acaba por ser criminalizada – o que, segundo a doutrina, vai de encontro às garantias constitucionais.

No tópico 1.3, tratou-se especificamente da incompatibilidade deste tipo penal para com o princípio constitucional da livre concorrência – uma vez que a criminalização em questão impede o indivíduo de formular livremente a proposta que entende adequada e razoável para concorrer em certame licitatório.

A previsão do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993, nesta toada, mostra-se abusiva - haja vista que não é dado ao Estado restringir a livre concorrência através de intervenção indevida em atividade comercial de natureza privada, ainda mais carregando consigo a grave ameaça de aplicação de sanção criminal.

Se a livre concorrência, afiançada constitucionalmente, garante ao indivíduo a possibilidade de dar o seu preço ao produto que oferece (seja no âmbito privado ou nas licitações e contratações públicas), não há razão para a criminalização da conduta de precificação. Trata-se de gritante contrassenso.

Mas a inconstitucionalidade do artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 não se limita ao ferimento direto à livre concorrência, como também está consubstanciada no choque com o artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, segundo o qual é garantido o direito de propriedade.

Tal inconstitucionalidade se deve ao fato de que o tipo penal em questão criminaliza a busca lícita do empresário pela obtenção de maior lucratividade em seus negócios, fazendo uso da discricionariedade dos órgãos de investigação e acusação - e do próprio Judiciário -, como arma para imputar responsabilidade penal àquele que busca crescimento e enriquecimento pessoal/empresarial. Atenta-se, assim, contra o seu legítimo direito de propriedade.

A criminalização da conduta é, em verdade, um incentivo a não contratar com o Poder Público, na medida em que se estará sempre sob risco de acusação de prática criminosa.

Existem aqueles, porém, que endossam a opção legislativa, entendendo que a escolha de preço a maior *de per si*, já mereceria repressão penal. Parte-se da premissa de

que o ente público poderia estar vivenciando situação de estado de necessidade, na qual, caso não concorde com a precificação apresentada, pode se ver na iminência da paralisação de serviço público essencial.

No entanto, há de se considerar a existência de previsão legal para contratação direta – como a dispensa de licitação, a qual pode ser utilizada em casos de emergência, calamidade pública ou urgência. Passada a situação emergencial, em que se permite a contratação direta, não há óbice para que o ente estatal promova pesquisa prévia e realize certame licitatório com edital bem definido, especificando concretamente limites de valores condizentes com o resultado do estudo antecedente.

Após a análise atinente à constitucionalidade da criminalização do sobrepreço, no segundo capítulo se adentrou no estudo da Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) e dos seus impactos no Direito Penal.

Iniciou-se, no tópico 2.1, tratando da longa marcha legislativa que resultou na promulgação da Lei, a qual se estendeu por 8 (oito) anos, em atmosfera democrática de ampla participação, com influência da sociedade e de juristas afeitos à matéria. Tal processo legislativo, pela sua longa duração, perdurou por três legislaturas, passando por três diferentes Presidentes da República.

Ao destrinchar o dilatado processo, buscou-se, no âmbito da interpretação normativa, pela "intenção do legislador" (*mens legis*) – o que se mostra uma tarefa complexa, dada a intrincada natureza do processo legislativo, especialmente no que toca à Nova Lei de Licitações.

Especificamente na parte criminal, o texto inicial que chegou do Senado à Câmara previa basicamente os mesmos tipos já definidos na Lei n. 8.666/1993, reorganizados e com apenamentos mais brandos. Todos os delitos “contra a competitividade do processo licitatório”, dispostos no artigo 142 da redação original, apresentavam preceito secundário representado por pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa.

Ademais, a redação desse texto inicial parecia consciente do aspecto genérico apresentado pelo inciso I do artigo 96 da Lei n. 8.666/1993, o qual criminaliza aquele que “eleva arbitrariamente os preços”. Diz-se isso pois a redação proposta já se mostrava mais elaborada (ainda que, por ora, persistisse na criminalização do sobrepreço): “art. 142 [...] IV – elevar arbitrariamente os preços que habitualmente pratica, sem justificativa”.

Extrai-se da leitura da redação proposta que a ideia inerente ao inciso em testilha

era de que, antes de se criminalizar o proponente por suposto sobrepreço, dever-se-ia ter o cuidado de analisar os preços que este rotineiramente emprega, bem como atentar-se para eventual justificativa apta a validar a proposta a maior.

Após chegar à Câmara dos Deputados, o projeto passou por uma Comissão Especial e várias audiências públicas, resultando em um substitutivo aprovado em dezembro de 2018. Em sequência, a discussão em Plenário teve início em maio de 2019, tendo sido apresentadas 117 (cento e dezessete) emendas, culminando na aprovação do texto definitivo em setembro de 2019 – provocando o retorno ao Senado Federal em outubro daquele ano (seguindo o procedimento previsto no artigo 65 da Constituição Federal).

Importante notar que os preceitos secundários mais gravosos, com penas mais robustas, advieram do substitutivo da Câmara, o qual previa exatamente os quantitativos penais que acabaram por ser sancionados e se encontram hoje em vigência.

No tópico 2.2, focou-se no aspecto penal das alterações legais. A primeira grande mudança da nova legislação diz respeito a localização dos crimes licitatórios dentro de nosso ordenamento. Antes previstos na própria Lei Especial, agora passam a ocupar lugar específico dentro do Código Penal – resguardando grande simetria entre os dispositivos novos e antigos: o artigo 89 agora equivale ao 337-E; o artigo 90 equivale ao 337-F; artigo 91 ao 337-G e assim por diante.

Apenas um tipo penal absolutamente novo foi criado pela Lei n. 14.133/2021: aquele previsto no artigo 337-O do Código Penal, intitulado “omissão grave de dado ou de informação por projetista”.

Com relação aos delitos tipificados entre o artigo 337-E e o artigo 337-N (correspondentes, integral ou parcialmente, aos antigos delitos dos artigos 89 a 98 da Lei n. 8.666/1993), estes tiveram seus preceitos secundários aumentados em relação ao disposto na Lei anterior. Também se alterou, no mais das vezes, a modalidade de cumprimento da pena privativa de liberdade (de detenção para reclusão), invertendo-se a realidade antes existente.

Esse recrudescimento penal parece refletir a avaliação da gravidade das infrações cometidas, buscando atender ao suposto clamor popular motivado pelas megaoperações policiais. Do mesmo modo, indica a existência de algumas razões de política criminal para as alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações.

Talvez a maior delas seja a impossibilidade oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) para quatro delitos nos quais essa possibilidade anteriormente existia. Ademais, o agravamento da modalidade de cumprimento penal na maioria dos crimes licitatórios (de detenção para reclusão) parece ter como razão de ser a possibilitação do deferimento de interceptações telefônicas em investigações que versem unicamente sobre crimes em licitações – representando burla legislativa ao disposto no artigo 2º, III, da Lei n. 9.296/1996.

Esses aspectos práticos entram, por evidente, no contexto do recrudescimento penal pretendido e trazido pela alteração legislativa – certamente em decorrência da busca do legislador ao atendimento da suposta “vontade das ruas” em um país pós-Lava Jato.

Tais aspectos foram abordados também no tópico 2.3, que versou sobre os movimentos de criminalização na área do direito penal econômico – no qual ainda se pontuou que o endurecimento do combate à criminalidade econômica não é algo novo e nem tampouco restrito ao território nacional.

Tratou-se de exemplos variados atinentes à influência de Convenções e Recomendações internacionais (em especial a Convenção de Palermo e as 40 Recomendações do GAFI) nas alterações legislativas brasileiras, especificamente aquelas atinentes à Lei de Lavagem de Dinheiro e de à Lei das Organizações Criminosas – n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013, respectivamente.

Retornando à Lei n. 14.133/2021, destacou-se que, mesmo no contexto exposto, houve mudança(s) descriminalizadora(s) trazidas pela Nova Lei de Licitações. Essas, em especial, ocorreram quanto à retirada da criminalização da conduta culposa na contratação direta irregular (antigo artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 e agora artigo 337-E do Código Penal) e possivelmente a *abolitio criminis* do sobrepreço em licitação (antigo artigo 96, I), tema central deste estudo.

No que toca à contratação direta irregular, a conduta prevista na segunda parte do *caput* do revogado artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, que entendia como ato criminoso “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, não mais subsiste como crime.

A lei nova trouxe a previsão do crime em testilha sem este comando, denotando que meros problemas formais no procedimento de contratação não comprometem o

interesse público, de forma a não alcançar relevância penal – tratando-se, pois, de irregularidade administrativa.

A criminalização anterior era muito criticada pela doutrina, uma vez que a conduta incriminada era, em verdade, desprovida de ofensividade ao bem jurídico tutelado, ferindo a proporcionalidade – especialmente em uma seara já exaustivamente sancionada em outros ramos do Direito.

Já a segunda possível alteração descriminalizante trazida pela Lei n. 14.133/2021 consiste na eventual *abolitio criminis* da conduta de elevação arbitrária de preços em licitação, antes prevista no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 – foco do terceiro capítulo. Nesta linha, no tópico 3.1, ponderou-se acerca da ocorrência da descriminalização ou, de modo contrário, da continuidade normativa típica.

Com a promulgação da nova Lei, as disposições antes constantes no art. 96 foram transferidas ao artigo 337-L do Código Penal, inciso por inciso (com poucas alterações de grafia) – a exceção da disposição supramencionada, antes constante do inciso I e que agora não possui correspondência direta no Código Penal.

Onde antes se lia “elevando arbitrariamente os preços” agora temos a criminalização da “entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais”. Percebe-se, pois, que o enfoque, antes dado à elevação de preço, passou a ser expressamente direcionado à contraprestação diversa em qualidade ou quantidade – em suma, passou a tratar de inadimplemento contratual, seja quantitativo ou qualitativo.

Por conta disso, diferentemente dos demais incisos – os quais foram mantidos em essência -, é discutível a suposta continuidade normativa ao inciso I, do artigo 96 da Lei n. 8.666/1993. Isso porque a revogação não foi apenas do enunciado normativo ou formal, mas da norma jurídica em si, uma vez que fora suprimido todo o seu conteúdo material - isto é, o seu significado, e não apenas o texto legal que lhe dava previsão.

Em outros termos, a inovação legislativa não operou um deslocamento da criminalização da “elevação arbitrária de preço” de um dispositivo para outro, verdadeiro significado da expressão “transmutação geográfica” - mesmo porque o Código Penal não faz nenhuma menção à prática de “elevação arbitrária de preço” ou expressão congênere.

O novo dispositivo legal manteve praticamente intactos (com algumas mudanças gramaticais e inserções de alguns elementos ligeiramente mais abrangentes) quatro dos

cinco incisos do antigo tipo penal, de sorte que a única exceção é justamente o inciso I. Este não mais contém alusão à elevação arbitrária de preços - o que ao menos esboça uma intenção do legislador de afastar a criminalização da conduta.

Não obstante, existe posicionamento divergente, o qual defende a não ocorrência da *abolitio criminis*, usando como argumento a amplitude trazida pelo inciso V do artigo 337-L (“qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”), entendendo ser cabível a manutenção da criminalização do sobrepreço sob o amplo guarda-chuva deste inciso.

Os autores que se filiam a esta linha parecem estar ligando sua conclusão pela manutenção da criminalização (através de transmutação geográfica para o inciso V) à maior onerosidade causada à Administração Pública. No entanto, a proposta não aceita não tem o condão de onerar os cofres públicos – e, de outro lado, a proposta aceita passou pelo crivo do Estado, submetendo-se ao edital, de forma que se mostra temerário concluir subjetivamente pela ocorrência de dano ao erário (sob a alcunha de “maior onerosidade”).

Neste caminhar, dificilmente poder-se-ia concluir que o ato criminalizado no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993 foi abarcado pelo artigo 337-L, V, do Código Penal, que consiste, em verdade, em tipo penal exageradamente aberto. Isso porque a redação deste último dispositivo já constava na antiga Lei de Licitações, mais precisamente no artigo 96, V, sendo ilógico que a redação mantida viesse a englobar duas condutas distintas de forma tão abrangente. Ademais, é incabível a transposição da criminalização de um inciso para outro, porque ambos preveem condutas completamente distintas, sendo a lei posterior mais abrangente e prejudicial, por prever pena superior.

Se a interpretação acerca de eventual transmutação geográfica do delito for tida como correta, então não haveria a menor necessidade de a Lei prever os outros quatro incisos, bastaria incluir as suas condutas em “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública”. A genérica amplitude do inciso V, nesta linha interpretativa, permitiria tornar tal capitulação um fim em si mesmo, sem necessidade das especificações de todos os incisos anteriores.

Ainda que a alteração legal seja recente, já é possível notar um incipiente movimento doutrinário sustentando a *abolitio criminis* do artigo 96, I, defendendo que a redação do texto mudou não só formalmente, mas materialmente, de modo que a elevação arbitrária de preços não foi acolhida expressamente por nenhum dos incisos.

Aliás, parece evidente a intenção do Poder Legislativo em substituir a conduta antes criminalizada de elevação dos preços pela nova modalidade criminosa de entrega de mercadoria ou prestação de serviço com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital. E isso se deve, principalmente, à tão criticada redação anterior da lei, cuja inconstitucionalidade era notoriamente defendida pela doutrina.

E a descriminalização em questão também parece fazer sentido sob o olhar *macro* das alterações legislativas havidas nos últimos anos: em que pese o recrudescimento penal atinente à criminalidade econômica, o legislador vêm buscando direcionar o poder punitivo estatal àqueles que efetivamente cometeram ilegalidades dolosas, visando reduzir a discricionariedade dos órgãos de acusação e do Judiciário.

Nesta toada menciona-se a Nova Lei de Improbidade (Lei n. 14.230/2021), da mesma legislatura, que afastou as condutas ímprobas culposas, deixando de responsabilizar o mau gestor para focar naquele que agiu imbuído de má-fé – além da própria alteração havida no âmbito das licitações, com a descriminalização da conduta do agente que deixou de respeitar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação (artigo 337-E do Código Penal).

Isso se mostra relevante na análise da *mens legis* relativamente ao artigo 337-L, inciso I, do Código Penal (trazido pela Lei n. 14.133/2021). O legislador, ao que tudo indica, seguiu a mesma linha, optando por descriminalizar a conduta do agente que oferece preço que possa vir a ser considerado elevado – afinal, não há como vincular objetivamente, na atividade de precificação do empresário, má-fé capaz de resultar na alteração de *status* da mera atividade empresária para atividade criminosa.

E, tendo o legislador enumerado todos os incisos, descrevendo condutas diversas em cada um deles (até mesmo de forma pormenorizada), atenta contra o espírito da lei a interpretação que simplesmente trata todos os incisos (menos o V) como absolutamente supérfluos, já que todas as condutas se adequam ao “superinciso V”.

A corrente que entende pela não ocorrência da *abolitio criminis* parece buscar argumentos para fazer valer um viés criminalizador, o que não se coaduna com a evolução histórica do Direito Penal.

A interpretação de que um dispositivo derogado ainda deva permitir o oferecimento de denúncia e o conseqüente processo criminal é inaceitável, e contribui para a configuração do “meu Direito Penal”, isto é, um Direito penal manejado ao gosto

do profissional, que se vê alentado pelo suposto caráter aberto das condutas.

Isto transfere ao Poder Judiciário, organismo que deve atuar sem interesse, com parcimônia, equilíbrio e ponderação, a obrigação de se consubstanciar como salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, nem sempre isso acontece.

Isso porque, ainda que se tenha operado a descriminalização formal (*abolitio criminis*) da elevação arbitrária de preços, essa só vai se fazer valer quando houver a chancela dos Tribunais Superiores a respeito da questão.

E, ao que tudo indica, o posicionamento das mais altas Cortes do país se consolidará no sentido oposto, como se denota do tópico 3.2.

No que toca à *abolitio criminis* da elevação arbitrária de preços em licitação com o advento da n. Lei n. 14.133/2021, a Corte Especial do STJ, quando do julgamento da admissibilidade da denúncia oferecida na Ação Penal Originária n. 993/DF (2020/0092882-6) entendeu pela sua não ocorrência.

Os ministros perfilarão a corrente que entende pela continuidade normativo-típica através da transmutação geográfica do delito. Asseveraram estar a conduta abarcada pelos ditames do artigo 337-L, inciso V, do Código Penal (“qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato”).

No entanto, em que pese tal julgado carecer da devida fundamentação no ponto, sendo por demais superficial - até porque exarado em momento processual de cognição sumária -, é nesse mesmo sentido que vem se posicionando a 5ª Turma do STJ.

A novidade da matéria ainda carece de avaliação pela 6ª Turma, preventa para julgar o Recurso Especial advindo da ação penal de número 0007315-31.2013.8.24.0018, proveniente de Santa Catarina. Referido REsp, que versa sobre o tema, foi admitido pela 2ª Vice-presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não tendo ainda ascendido ao STJ em razão da tramitação de recursos atinentes à inadmissão e negativa de seguimento de Recursos Extraordinários provenientes do mesmo processo. Essa tramitação, ainda no âmbito do Tribunal Estadual, acaba por adiar a remessa do Recurso Especial à Corte de destino.

No caso específico, poderão os Ministros se debruçar abertamente sobre a questão a ser dirimida: a nova lei resultou em *abolitio criminis* da elevação arbitrária de preços

em licitação ou a criminalização se mantém, em continuidade normativo-típica, em razão de transmutação geográfica do delito?

No entanto, a perspectiva é de reconhecimento da continuidade normativo típica, haja vista a tendência de manutenção daquilo que restou decidido – ainda que de forma carente de fundamentação e em juízo de cognição sumária – pela Corte Especial na Ação Penal Originária n. 993/DF.

Já no Supremo Tribunal Federal a jurisprudência é precária neste ponto. Ainda que o Ministro Gilmar Mendes tenha se manifestado no sentido da continuidade normativo típica do artigo 96, I, a matéria carece de análise colegiada, bem como do olhar dos demais pares – especialmente em contraste com a jurisprudência formada a respeito do artigo 89, uma vez que persiste a substancial diferença quanto à (in)existência de estrita correlação com as elementares anteriormente previstas pela lei revogada.

Como observado, mesmo que uma mudança na legislação seja clara, represente totalmente a intenção do legislador e esteja em conformidade com os princípios constitucionais, a efetiva descriminalização de uma conduta ainda estará sujeita à interpretação do operador jurídico. Isso dependerá de fatores internos ao próprio jurista que analisa o assunto, incluindo sua perspectiva pessoal, preconceitos e inclinações.

A tendência jurisprudencial em desenvolvimento nos Tribunais Superiores parece refletir a atual mentalidade punitivista, na qual prepondera o endurecimento na luta contra o crime econômico, muitas vezes negligenciando princípios constitucionais fundamentais e interpretando as reformas legislativas de acordo com sua própria conveniência.

Nesse cenário, persiste a incerteza (também jurídica) sobre a questão. Continua presente a ameaça da criminalização sobre o empresário que negocia com o Poder Público.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional brasileiro** 4.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020. p.445.

AMORIM, Victor. **A origem da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/#_ftn2

ANITUA, Gabriel Ignacio. (2019). **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Revan, 2019.

BARBIERI FILHO, Celso. **Disciplina jurídica da concordância: abuso de poder econômico**. São Paulo, 1984.

BERNARDINO, Thalita Vaz. **O abuso de poder na atuação do Ministério Público**. Forum, 2019.

BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Dos crimes em licitações e contratos administrativos. *In*. HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.645.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

_____. **Direito Penal das Licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

_____. **Tratado de direito penal econômico, volume 2**. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Senado Federal. Agenda Senado. Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdícios de verbas. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contracorrupcao-e-desperdicio-de-verbas>. Acesso em 23 mar. 2024.

BOLDT, Rafael. **Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1209-1237, set.-dez. 2020, p. 1222-1223. Disponível em <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/385/271>. Acesso em 21 mar. 2024.

CALLEGARI, André; FONTENELE, Marília. **Abolitio criminis parcial na nova lei de licitações**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-13/callegari-fontenele-abolitio-criminis-parcial-lei-licitacoes/#:~:text=%5B1%5D%20Lei%208.666%2F1993,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>.

CERVINI, Raúl. (2002). **Os processos de descriminalização**. 2 ed., Revista dos Tribunais. 278 p.

COSTA LOBO, Helena Regina. *In* BREDA, Juliano (Coord.). **Crimes de licitação e contratações públicas: comentários aos tipos penais, de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal das licitações**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUM, Maurício. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21**. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. (2020). **Populismo penal: o que nós temos a ver com isso**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 168/2020. Revista dos Tribunais online.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020.

DO LAGO, Natasha; SANTOS CARVALHO, Rodolfo Eduardo; TAVALORO, Giovanna Silveira. **Mudanças Penais da nova Lei de Licitações**. 05 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opinioao-mudancas-penais-lei-licitacoes>.

DOTTI, René Ariel, **Curso de Direito Penal: parte geral**, 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda.; CHIOCHETA, Matheus. **Crimes Licitatórios: Um Debate No Âmbito Da Política Legislativa Penal**. Direito Penal Econômico - temas contemporâneos. 1ed., 2023, v. , p. 1-.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. Ed. Trad. De Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Ed. Minina Trotta, Madrid 2011, p.67.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri/SP: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989-1995. V. 3

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 101-102

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989-1994. V. 7.

FISCHER, Douglas. **Comparativo sumário entre a atual Lei de Licitações (8.666) e o Projeto de Lei 4.253/2020**. 07 jan. 2021. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2021/01/07/lei-de-licitacoes-8666/>.

FRANCO, Antônio Silva. "**Há produto novo na praça**", in Boletim do IBCCRIM. São Paulo, n. 70, p. 5-6, 1998

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25 ed. Trad. De Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALEANO, Eduardo. (2004). **Las venas abiertas de América Latina**, 70 ed., Siglo veinteuno, p. 341

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015, p. 395.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. O edital da licitação: aspectos gerais. In. HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos Polêmicos sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. – 17. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

MACHIAVELLI, Nicoló. **O Príncipe**, p. 33. file:///C:/site/LivrosGrátis/oprincipe.htm
<https://www.portalabel.org.br/images/pdfs/o-principe.pdf>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 33.ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. Agência Câmara de Notícias. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>

PINHEIRO, Igor Pereira; ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Mizuno, 2022.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Delito Licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. *In*. BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal: leis penais especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

QUENTA FERNÁNDEZ, Javier. (2017). **El populismo del derecho penal (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares**. Revista Jurídica Derecho, vol. 5, n. 6, http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000100009&lng=es&nrm=iso&tlng=es

REALE, Miguel. A ordem econômica liberal na Constituição de 1988. *In* MERCADANTE, Paulo (org.) **Constituição de 1988 – o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro, Rio Fundo, 1990.

REKERS, Romina Frontalini. (2012). **Populismo y castigo penal**. Philpapers <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>

RUIVO, Marcelo Almeida. **O bem jurídico do crime de corrupção passiva no setor público**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal 25, 2015. p. 263-283

_____. **Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanha por bancos públicos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 157-180, nov./dez. 2014.

RODAS, Sérgio. (2023) **PGR poderia ser de fora da carreira, mas é necessário um maior controle sobre o MP**. CONJUR – Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2023-set-18/pgr-fora-carreira-controle-mp/>

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires, TAVARES, Natália Lucero Farias e GOMES, Jefferson de Carvalho. **A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro**. IBCCrim. 2017. <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6774/>

SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique e GOULART SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. **Acordo de Não Persecução Penal: Direito subjetivo do inculpaado(?)**. 2020. <https://www.ferreiraschaefermartins.adv.br/single-post/2020/05/28/acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-direito-subjetivo-do-inculpado>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Teoría del delito y derecho penal económico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 329.

SOUZA, Bruno Tolentino de e CHAVES JUNIOR, Airto. (2013). **O direito penal como instrumento de coação para o pagamento de débitos tributários**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 150-166. <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/937/Arquivo%2009.pdf>

STRECK, Lênio Luiz. (2018) **STF alerta sobre o uso estratégico do Direito por juízes e promotores**. <https://www.conjur.com.br/2018-set-20/senso-incomum-stf-alerta-uso-estrategico-direito-juizes-promotores>

STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. (2023) **Caminhos da Política no Ministério Público Federal**. Amanuense.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____, Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

_____, Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

_____, Lei n. 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

_____, Lei n. 9.296/1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm

_____, Lei n. 9.613/1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm

_____, Lei n. 9.677/1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9677.htm#art273

_____, Lei n. 11.106/2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm

_____, Lei Complementar n. 135/2010. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm

_____, Lei n. 12.683/2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm

_____, Lei n. 12.850/2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

_____, Lei n. 13.718/2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm

_____, Lei n. 13.964/2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm

_____, Lei n. 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm

_____, Lei n. 14.230/2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm

BRASIL, Senado Federal, Emenda n. 66 do Projeto de Lei do Senado n. 559, de 2013. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801283&disposition=inline#Emenda66>. Acesso: 19 mar. 2024

_____, Senado Federal, Projeto de Lei n. 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso: 24 mar. 2024.

_____, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2122766>. Acesso: 22 mar. 2024.

JURISPRUDÊNCIA:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Criminal n. 0007315-31.2013.8.24.0018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Apelação Criminal n. 0001006-61.2013.8.26.0204;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, Apelação Criminal n. 0000342-46.2019.8.16.0156;

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Criminal n. 0025368-65.2008.4.01.0000.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF1, Apelação Criminal n. 0032119-92.2013.4.01.0000.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Habeas Corpus n. 5006259-32.2022.4.03.0000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 168.839/SP, 6ª Turma do STJ, Min. Nefi Cordeiro, j. em 12.12.2017, p. em 19.12.2017.

_____, REsp 1.407.255/SC, 5ª Turma do STJ, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 21.08.2018, p. em 29.08.2018.

_____, Habeas Corpus n. 509.030-RJ [2019/0128782-2], 6ª Turma do STJ, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Excerto do voto do ministro Nefi Cordeiro.

_____, Ação Penal Originária 993/DF (2020/0092882-6).

_____, HC 594.310/MG.

_____, EDcl no AgRg no REsp 1758459/PR.

_____, AgRg no AREsp n. 2.035.619/SP.

_____, HC 743.148/SP.

_____, HC 770059/RO.

_____, AgRg no AREsp n. 2.073.726/PA.

_____, AgRg no REsp n. 1.981.227/TO.

_____, AgRg no HC n. 707.181/SP.

_____, AgRg no REsp n. 1.996.050/MG.

_____, REsp 2092681/SP; RHC 181373/PE.

_____, HC 783985/SC.

_____, HC 757862/SP.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Inq. 3.331/MT, 1ª Turma do STF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 01.12.2015 e p. em 01.04.2016;

_____, HC 212.670/DF.

_____, HC 214.363/DF.

_____, HC 212.762/DF.

_____, HC 232.382/SC.

_____, HC 225.554/DF.

_____, HC 231.494/PA.

_____, HC 218.196/RS.