

COORDENAÇÃO

JULIANO BREDA

Antônio Sérgio de Moraes Pitombo
Fernando Vernalha Guimarães
Helena Regina Lobo da Costa
Juliano Breda
Luciano Feldens
Marçal Justen Filho
Marina Coelho Araújo
Miguel Reale Júnior

Comentários aos tipos penais, de
acordo com a nova Lei de
Licitações e Contratações
Públicas (Lei 14.133/2021)

CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quena Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraidi, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourir

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfourir

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Crimes de licitação e contratações públicas : elementos de direito administrativo e direito penal / coordenador Juliano Breda. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5991-956-7

1. Contratos administrativos - Brasil 2. Direito administrativo 3. Direito penal 4. Fraude - Brasil 5. Licitação pública 6. Licitação pública - Legislação - Brasil I. Breda, Juliano.

21-66235

CDU-351.712.2.032.3:343(081)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Crimes de licitações : Contratações públicas : Direito administrativo e penal 351.712.2.032.3:343(081)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	5
------------------------	---

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO AOS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A REPRESSÃO PENAL A INFRAÇÕES EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	15
--	----

Marçal Justen Filho

1. A colocação do problema	15
1.1 A relevância das contratações administrativas	15
1.2 A complexidade dos institutos jurídicos pertinentes.....	15
1.3 Ainda a distinção entre ilegalidade e crime	15
1.4 O desafio existente.....	16
2. Alguns conceitos fundamentais de Direito Administrativo.....	16
2.1 A figura do contrato administrativo.....	16
2.2 As diversas espécies de contratos administrativos	16
2.3 As diversas espécies de contratos administrativos propriamente ditos.....	17
2.4 A licitação.....	18
2.5 A obrigatoriedade da licitação.....	18
2.6 A contratação sem licitação (contratação direta).....	18
2.7 Síntese	19
3. A composição peculiar dos tipos penais	19
3.1 A pressuposição da violação a valores e a normas	20
3.2 As características dos tipos penais examinados	20
3.3 O elemento jurídico na composição do tipo.....	20
3.4 O risco do crime de hermenêutica	20
4. O dever de promover os direitos fundamentais	21
4.1 O dever jurídico essencial.....	21
4.2 A natureza instrumental dos contratos administrativos.....	21

4.3	A natureza duplamente instrumental da licitação	21
4.4	A ausência de cunho satisfativo autônomo	21
4.5	O caso concreto e o “estado de necessidade axiológico”	22
5.	A incidência do art. 22 da LINDB	22
5.1	A regra específica introduzida	22
5.2	As limitações de recursos	22
5.3	O contexto da decisão	23
5.4	Ainda a questão da tipificação penal	23
6.	A posição jurídica do sujeito privado	23
6.1	Os crimes específicos	23
6.2	A tendência à extensão do tratamento penal	23
6.3	Ainda o concurso de agentes	24
6.4	A hipótese do “benefício”	24
7.	A alteração do modelo da Lei 8.666/1993	24
7.1	A inserção dos tipos no Código Penal	24
7.2	O agravamento das punições	24
7.3	A preocupação com o ambiente de integridade	25
8.	Conclusão	25

CRIMES DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUA INTERFACE COM A LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 27

Fernando Vernalha Guimarães

1.	Introdução	27
2.	A contratação direta ilegal (art. 337-E)	28
2.1	Contratação direta “fora das hipóteses previstas em lei”	29
2.1.1	Inexigibilidade de licitação	30
2.1.2	Inviabilidade subjetiva de competição	31
2.1.2.1	A preferência por marca ou soluções tecnológicas específicas	31
2.1.2.2	Inviabilidade objetiva de competição	33
2.1.3	Dispensa de licitação	33
2.2	A invalidade da contratação direta como pressuposto à consumação do crime previsto no artigo 377-E	34
2.3	A indeterminação dos conceitos legais incorporados no tipo ...	36
3.	Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H)	37
3.1	O crime de modificação irregular do contrato administrativo ...	37
3.1.1	As elementares “modificação” e “vantagem”	38
3.1.2	A expressão “Sem autorização em lei, no edital ou nos instrumentos contratuais”	40

3.2	O crime de “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade”	42
3.2.1	A disciplina legal do pagamento de créditos contratuais.....	43
3.2.2	A ordem de exigibilidade dos pagamentos	44
4.	Omissão grave de dado ou de informação por projetista (art. 337-O)...	45
4.1	As elementares “levantamento cadastral” e “condição de contorno”	46
4.3	A elementar “em relevante dissonância com a realidade”	48
	INCONGRUÊNCIAS E INSEGURANÇA.....	53
	<i>Miguel Reale Júnior</i>	
1.	Correspondência ao real	53
2.	Tipicidade estrita.....	54
3.	Condutas irreais e vagas	56
3.1	Verbos equívocos	56
3.2	Conduta impossível.....	59
3.3	Objeto material indefinido	61
3.4	Criminalização de inadimplemento contratual	62
3.5	Omissão emaranhada	64
4.	Conclusão.....	65

CAPÍTULO II

COMENTÁRIOS AOS TIPOS PENAIS DOS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CONSIDERAÇÕES GERAIS	67
<i>Helena Regina Lobo da Costa, Juliano Breda e Luciano Feldens</i>	
1. A posição topográfica dos novos tipos no Código Penal.....	67
2. Âmbito material de aplicação dos novos tipos penais	67
3. Abrangência dos tipos penais e sua vinculação ao marco legal-administrativo	69
4. Aplicação da lei penal no tempo	70
5. A falta de proporcionalidade das novas penas	74
CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL.....	79
<i>Helena Regina Lobo da Costa</i>	
Art. 337-E	79
1. O bem jurídico.....	79
2. Sujeitos do delito.....	83

3. O tipo objetivo	88
4. O tipo subjetivo	96
5. Consumação e tentativa	99
6. Pena	99
7. Concurso de normas	100
8. Competência.....	100
9. Multiplicidade de esferas sancionatórias.....	101

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO 105

Juliano Breda e Helena Regina Lobo da Costa

Art. 337-F	105
1. Objetividade jurídica	105
2. Sujeito ativo e passivo	108
3. Tipo objetivo	109
4. Tipo subjetivo.....	115
5. Consumação e tentativa	116
6. Pena	121
7. Concurso aparente com peculato	122
8. Conflito aparente entre os tipos penais de cartel e o crime do artigo 337-F do Código Penal	123

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA 129

Antônio Sérgio de Moraes Pitombo

Art. 337-G	129
1. Objetividade jurídica	129
2. Sujeito ativo	130
3. Sujeito passivo	131
4. Tipo objetivo	131
5. Tipo subjetivo.....	132
6. Consumação e tentativa	132
7. Pena	133

MODIFICAÇÃO OU PAGAMENTO IRREGULAR EM CONTRATO ADMINISTRATIVO 135

Luciano Feldens

Art. 337-H	135
1. Alterações em relação à legislação anterior (Lei 8.666/93): quadro comparativo	135
2. Crime de modificação irregular em contrato administrativo	137
2.1 Sujeito ativo	137
2.2 Tipo Objetivo	138

2.2.1	Verbos nucleares.....	138
2.2.2	Modificação contratual “em favor do contratado”, “sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais”.....	138
2.2.3	Modificação irregular ou atribuição de vantagem “du- rante a execução dos contratos”.....	140
2.3	Objetividade jurídica.....	140
2.4	Tipo subjetivo.....	140
2.5	Consumação.....	141
3.	Crime de pagamento irregular em contrato administrativo.....	141
3.1	Sujeito ativo.....	141
3.2	Tipo objetivo.....	141
3.2.1	Ação típica (verbo nuclear).....	141
3.2.2	Ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos.....	142
3.2.3	Quebra legal da cronologia de pagamentos.....	143
3.3	Objetividade jurídica.....	144
3.4	Tipo Subjetivo.....	144
3.5	Consumação.....	144
4.	Pena.....	144
PERTURBAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO.....		147
<i>Marina Pinhão Coelho</i>		
Art. 337-I		147
1.	Objetividade jurídica.....	147
2.	Sujeito ativo.....	147
3.	Sujeito passivo.....	148
4.	Tipo objetivo.....	148
5.	Tipo subjetivo.....	149
6.	Consumação e tentativa.....	149
7.	Pena.....	149
VIOLAÇÃO DE SIGILO EM LICITAÇÃO.....		151
<i>Helena Regina Lobo da Costa</i>		
Art. 337-I		151
1.	Bem jurídico.....	151
2.	Sujeitos do delito.....	152
3.	Tipo objetivo.....	153
4.	Tipo subjetivo.....	155
5.	Consumação e tentativa.....	155

6. Pena	156
7. Concurso de normas	156
8. Competência	157
9. Multiplicidade de esferas sancionatórias.....	157
AFASTAMENTO DE LICITANTE	159
<i>Juliano Breda</i>	
Art. 337-K	159
1. Objetividade jurídica	159
2. Sujeito ativo e passivo	160
3. Tipo objetivo	161
4. Tipo subjetivo.....	167
5. Consumação e tentativa	168
6. Pena	169
7. Concurso com a frustração do caráter competitivo	170
8. Concurso com corrupção ativa	171
9. Concurso com a corrupção passiva	171
FRAUDE EM LICITAÇÃO OU CONTRATO	173
<i>Antônio Sérgio de Moraes Pitombo</i>	
Art. 337-L	173
1. Objetividade jurídica	173
2. Sujeito ativo	174
3. Sujeito passivo	174
4. Tipo objetivo	175
5. Tipo subjetivo	176
6. Consumação e tentativa	176
7. Pena	176
CONTRATAÇÃO INIDÔNEA	179
<i>Luciano Feldens</i>	
Art. 337-M	179
1. Alterações em relação à legislação anterior: quadro comparativo	179
2. Sujeito ativo	181
3. Tipo objetivo	182
3.1 Verbos nucleares.....	182
3.2 Admitir à licitação (art. 337-M, <i>caput</i>).....	182
3.3 Empresa ou profissional <i>declarado inidôneo</i> (art. 337-M, <i>caput</i>)	185
3.4 Celebrar contrato (art. 337-M, § 1º)	188

3.5	Venha a participar de licitação (art. 337-M, § 2º, primeira parte)	189
3.6	Venha a contratar com a Administração Pública (art. 337-M, § 2º, segunda parte).....	189
4.	Objetividade jurídica	189
5.	Tipo subjetivo.....	189
6.	Consumação	190
IMPEDIMENTO INDEVIDO		191
<i>Marina Coelho Araújo</i>		
Art. 337-N		191
1.	Objetividade jurídica	191
2.	Sujeito ativo	192
3.	Sujeito passivo	192
4.	Tipo objetivo	193
4.1.	“Obstar, impedir, ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais”	193
4.2.	Ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito	194
5.	Tipo subjetivo.....	194
6.	Consumação e tentativa	195
7.	Pena.....	195
OMISSÃO GRAVE DE DADO OU DE INFORMAÇÃO POR PROJETISTA		197
<i>Antônio Sérgio de Moraes Pitombo</i>		
Art. 337-O		197
1.	Objetividade jurídica	197
2.	Sujeito ativo	198
3.	Sujeito passivo	198
4.	Tipo objetivo	198
5.	Tipo subjetivo.....	199
6.	Consumação e tentativa	200
7.	Pena.....	200
PENA DE MULTA		201
<i>Juliano Breda</i>		
Art. 337-P		201