

MECANISMOS DE PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE CRIMES LICITATÓRIOS

MECHANISMS FOR THE PREVENTION OF THE PRACTICE OF BIDDING CRIMES

Almir Santos Reis Junior¹

Lucas Gabriel Silva²

Resumo: Notoriamente, fraudes em procedimentos licitatórios são fenômenos frequentes na Administração Pública do Brasil, por meio das quais grandes somas de recursos públicos são subtraídas a fim de atender interesses não condizentes com o empenho público. Sob tal ótica, este trabalho terá por escopo evidenciar mecanismos que possam evitar a práticas de delitos descritos na Lei 8.666/1993, bem como no Projeto de Lei nº 4.253/2020, que pretende revogar a atual Lei nº 8.666/1993, e trazer importantes alterações no campo criminal. Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, a partir da análise bibliográfica sobre o tema. Ao final, chegou-se à conclusão da necessidade de implantação de mecanismos que possam efetivamente coibir a prática delituosa no âmbito da administração pública.

Palavras-chave: Licitações – crimes – prevenção – mecanismos.

1.

Abstract: Notoriously, fraud in bidding procedures are frequent phenomena in the Public Administration of Brazil, through which large sums of public resources are subtracted in order to meet interests not consistent with public commitment. Under this perspective, this work will have the scope of evidencing mechanisms that can avoid the practices of crimes described in Law nº 8.666/1993, as well as in Bill nº 4.253/2020, which intends to revoke the current Law nº 8.666/1993, and bring important changes in the criminal field. For this, the hypothetical-deductive method was adopted, based on the bibliographic analysis on the theme. In the end, the conclusion was reached of the need to implement mechanisms that can effectively curb criminal practice within the scope of public administration.

Keywords: Bids - crimes - prevention - mechanisms.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da licitação; 2.1 Noções Introdutórias acerca do Estado de Direito e do Direito Administrativo; 2.2 Licitação: conceito e regramento legal; 3. Relevância do estudo jurídico-penal e meios de prevenção contra os delitos licitatórios; 3.1 Ampliação da Responsabilidade das Procuradorias na Emissão de Pareceres Jurídicos; 4 Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

As fraudes em procedimentos licitatórios não consistem em acontecimentos recentes, muito embora nos últimos anos tenham sido publicizados complexos delitos que macularam a

¹ Doutor em Direito Penal pela PUC-SP; Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá - UEM; Maringá, Paraná; e-mail: almir.crime@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Maringá-Pr; e-mail: ra92968@uem.br

lisura de inúmeras licitações ocorridas no Brasil, as quais foram utilizados como instrumentos para a obtenção de vantagens ilícitas, causando volumosos prejuízos ao erário. Diante desse quadro, incita-se perscrutar acerca dos instrumentos legais dispostos na legislação penal brasileira que cuidam especificamente do assunto.

Sabe-se que os procedimentos licitatórios são regidos por normas extraídas predominantemente do Direito Administrativo. Contudo, tais disposições muitas vezes não oferecem mecanismos à altura para garantia da observância de seus próprios comandos normativos, razão pela qual o legislador pátrio socorreu-se à intervenção do Direito Penal, criminalizando determinadas condutas que infringem o regular processamento das licitações.

A matéria, objeto deste trabalho, encontra-se disposta na Lei n. 8.666/93, bem como no Projeto de Lei 4.253/20, que dará vigência à Nova Lei de Licitações e Contratos.

O trabalho não terá como objetivo central apresentar mecanismos que possam, efetivamente, coibir ou diminuir a prática de crimes licitatórios, com escopo de garantir a eficácia plena dos princípios inerentes à administração pública.

Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, consistente na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos, assim como da legislação pertinente ao tema.

2. Aspectos gerais da licitação

Antes de adentrar-se no estudo acerca das respostas penais aos delitos licitatórios, necessário tecer breves considerações sobre as normas gerais que regem o procedimento de licitação, as quais são disciplinadas pelo Direito Administrativo.

2.1 Noções Introdutórias acerca do Estado de Direito e do Direito Administrativo

A abordagem inicial indissociavelmente deve ser inaugurada pela noção de Estado de Direito, já que esta ideia semeou as condições necessárias para o desenvolvimento do Direito Administrativo, baseando-se na regra de que, ao mesmo tempo em que o Estado cria o direito, deve sujeitar-se a ele (CARVALHO FILHO, 2015).

Como relembra Meirelles (2016, p. 54):

Até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do Soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe. Dominava a vontade onipotente do

Monarca, cristalizada na máxima romana "*quod principi placuit legis habet vigorem*", e subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: "*L'État c'est moi*".

Pode-se afirmar, então, que o Estado de Direito é o “Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. Significa que Estado de Direito é a limitação do poder e o exercício do poder dentro da lei” (MEIRELLES, 2016, p. 64).

Além da submissão do Estado ao império da lei, outra característica importante decorrente do Estado de Direito é a divisão de poderes (SILVA, 2005). Para Montesquieu (2000), todo aquele que detém poder, tende abusar dele, e somente o próprio poder é capaz de impor limites a ele mesmo. Desse modo, necessário que seja ele repartido, para que cada parcela imponha reciprocamente limites. Dessa divisão, derivaram-se os três Poderes de Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, aos quais foram atribuídas funções preponderantes.

Neste aspecto, incumbiu-se ao Poder Executivo a função precipuamente administrativa, ou seja, o exercício do Estado Administração que, com seus órgãos e cargos públicos, surgiu para executar ou fiscalizar, direta ou indiretamente, as atividades destinadas a satisfazer as necessidades coletivas essenciais: saúde, segurança, educação e etc (PRADO, 2019) ou o “bem comum da coletividade administrada” (MEIRELLES, 2016, p. 90).

Tal atividade administrativa acentuou-se a partir da consolidação do Estado Social Democrático de Direito, no qual o Estado passou de uma postura abstencionista a uma mais preocupada com os interesses sociais, adotando uma filosofia assistencial de serviço ao cidadão (PRADO, 2019).

Na visão de Meirelles (2016, p. 726):

Modernamente o Estado de Direito aprimorou-se no Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o Estado Liberal, que se omite ante a conduta individual, nem o Estado Socialista, que suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo o Estado de Bem-Estar intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizados contra o bem comum da coletividade.

Hodiernamente sedimentada nessa concepção, a gestão dos interesses públicos pela Administração volta-se aos indivíduos, com vistas à sua proteção, segurança e bem-estar.

Carvalho Filho (2015, p. 239) disserta de modo análogo, ao afirmar que:

A Administração Pública exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc

Neste contexto, a interferência de interesses exclusivamente privados sobre as atividades da Administração Pública desatende as finalidades colimadas, de modo que devem ser coibidas.

Destacam-se dentre as formas de desvio da finalidade de atendimento do interesse público justamente aquelas em que há também a participação do particular, notadamente nas licitações e contratações públicas.

Os poucos recursos de que dispõe o Estado devem ser empregados com maior eficiência possível, sendo o processo licitatório importante instrumento para este fim, admitindo-se a intervenção penal para sancionar comportamentos que atentam contra o regular funcionamento da Administração Pública (PRADO, 2019). Trata-se da manifestação do princípio da indisponibilidade do interesse público, que “se constitui como uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenta o interesse público” (DI PRIETO, 2012, p. 372).

Por tais motivos, a Administração Pública é caracterizada como bem jurídico em sentido categorial em todos os delitos licitatórios, tendo por escopo resguardar o patrimônio público, a higidez e a moralidade que devem reger sua gestão (PRADO, 2019).

2.2 Licitação: conceito e regramento legal

A licitação é o procedimento administrativo por meio do qual são escolhidas as propostas mais vantajosas para a Administração, com vistas à contratação de fornecedores ou a obtenção de melhor trabalho técnico, artístico ou científico, sob o respeito de princípios e normas que objetivam atribuir-lhe lisura.

A rigor, a adoção do processo de licitação é obrigatória, conforme mandamento constitucional contido no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior:

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 (BRASIL, 1988, n.p)

Atribuiu-se à União a competência privativa para legislar sobre este tema, a teor do art. 22, inciso XXVII, da CF. Em nível infraconstitucional, o referido dispositivo é regulamentado de forma geral pela Lei nº 8.666/93 e de forma especial por diversos diplomas legais esparsos,

sendo os de maior relevo a Lei nº 10.520/02, que trata da modalidade pregão eletrônico, e a Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

No entanto, todos os principais diplomas atinentes à licitação poderão perder sua vigência por força da possível introdução da Nova Lei de Licitações e Contratos, cujo texto fora aprovado pelo Senado Federal em 10.12.2020 e encaminhado à sanção presidencial na data de 12.3.2021. O Projeto de Lei nº 4.253/2020, um substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 559/213, estabelece uma *vacatio legis* de dois anos contados de sua publicação, consoante seu art. 190, II e § 2º, cuja aplicação, neste ínterim, será facultativa. Não obstante, o novel diploma pretende revogar de imediato as disposições referentes aos crimes licitatórios, transportando todos os tipos ao Código Penal.

Os destinatários das normativas que regulam as licitações são: as pessoas integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas. Entretanto, não são abrangidas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, porquanto regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvada a aplicação das normas de direito penal previstas na Lei nº 8.666/93, a teor de seu art. 41, não havendo óbice também quanto à aplicação subsidiária desta a tais entidades.

Para a regulamentação do processo licitatório, o legislador pátrio inspirou-se em dois alicerces: a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades (CARVALHO FILHO, 2015). O primeiro fundamento encontra-se insculpido no art. 37, *caput*, da CF, em que se erigiu a moralidade administrativa como um dos princípios reinantes da administração pública, do qual se extrai os subprincípios de lealdade, impessoalidade, probidade e boa-fé. Quanto ao segundo fundamento, qual seja, a igualdade de oportunidades, pretendeu o legislador promover a necessária competitividade entre os interessados no processo licitatório, com o escopo de obter o melhor resultado à administração pública.

As modalidades licitatórias são: concorrência, tomada de preços, RDC, convite, concurso, leilão e pregão, sendo as quatro primeiras relativas à contratação de obras, serviços e fornecimento de bens, enquanto que a última destina-se à aquisição de bens e serviços de uso comum da Administração. O Projeto de Lei nº 4.253/20, da nova de Lei de Licitações, almeja incluir outra modalidade denominada de diálogo de competitivo, destinada à contratação de obras, serviços e compras, em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou

mais alternativas capazes de atender às suas necessidades. Além disso, o novo texto tenciona excluir as modalidades tomada de preços e convite.

Elas podem ainda se distinguir de acordo com os tipos de contratação a que se destinam: de menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico, maior desconto, onde as duas últimas poderão ser aplicadas a partir da publicação do novo Diploma Licitatório.

Cumprе salientar que a análise das nuances de cada modalidade e tipo de licitação extrapola o objetivo pretendido com este trabalho, pelo que deixa-se de fazê-la.

Em apertada síntese, a natureza jurídica da licitação é de “procedimento administrativo com fim seletivo” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 240). Como regra, é composta de “duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento” (MELLO, 2015, p. 536). No PL 4.253/20 há inversão desta ordem, nos termos de seu art. 17.

Além dos princípios insculpidos na Constituição aplicáveis de forma geral à Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), a doutrina e a lei exprimem outros princípios específicos da licitação: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa (PRADO, 2019).

Tais princípios, por servirem inclusive como fundamento para a aplicação de sanção penal, serão abordados detidamente a seguir.

3. Relevância do estudo jurídico-penal e meios de prevenção contra os delitos licitatórios

A temática proposta, nessa fase, está relacionada à necessária observância, por parte dos administradores públicos e dos particulares, acerca dos ritos legais atinentes às licitações e à execução de contratos públicos, dado que sua inobservância pode sujeitá-los à responsabilização, inclusive na esfera penal. Não obstante a isso, constata-se que conhecimento nessa área ainda carece de maior desenvolvimento. Por tal razão, a necessária abordagem.

Sob esta perspectiva, o tema é objeto de significativa dissonância entre os doutrinadores em vários pontos. Tal resultado possivelmente decorre da *ausência de maior debate e amadurecimento do assunto por parte da comunidade científica e da própria precariedade do texto legal*.

Nesse sentido, quanto ao primeiro fator, o legislador ao prever a necessidade da instituição de tipos penais próprios, que dispusessem a respeito especificamente aos crimes

licitatórios, inserindo-os na própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, com a pretensão de tratá-los de forma mais ampla e sistemática, já que os dispositivos capitulados no Código Penal não mais tutelavam de forma satisfatória a regularidade das licitações, findou por isolá-los no universo de leis esparsas do ordenamento jurídico penal, relegando seu estudo a um plano secundário, sobreposto frequentemente por temas mais aclamados, tais como crimes envolvendo drogas, criança e adolescente, armas e etc.

De modo semelhante, Freitas (2007, p. 43) disserta que:

A necessidade de estabelecimento destas modalidades de crimes através de lei especial é questionável, pois uma alteração no Código Penal alcançaria idêntica finalidade, além de não isolar estas espécies delitivas, pois a forma periférica como foram alocados os tipos penais licitatórios dentro do ordenamento jurídico penal acarreta a sua rara menção no mundo acadêmico – que, em regra, restringe-se aos tipos do Código Penal e as principais leis especiais, onde não se inclui a lei de licitações (aspecto que discordamos)-, gerando, pois, pouco debate doutrinário a respeito e insignificante invocação prática, que restringe ainda mais no âmbito jurisprudencial.

Com efeito, em virtude de a matéria não ser amplamente discutida no seio acadêmico, a compreensão do assunto, por ora, não se aprofundou suficientemente, o que impediu com que se alcançasse entendimentos mais concisos.

Por outro lado, a iniciativa do legislador de alocar os tipos penais licitatórios no Código Penal, por meio do projeto da Nova Lei de Licitações, veio em boa hora e certamente contribuirá para que sejam lançadas novas luzes sobre este tema tão caro à sociedade.

No que toca ao segundo fator, a partir da análise de cada tipo penal, é possível observar que em muitos casos a redação optada pelo legislador mostra-se deficiente, a ponto de torná-la inaplicável no mundo prático, e, em algumas hipóteses, inconstitucional, por inobservância de princípios constitucionais penais comezinhos. Um dos exemplos refere-se ao crime de advocacia administrativa relacionado a procedimento licitatório do art. 91, da Lei de Licitações de 1993. Tal crime exige, para a maioria da doutrina, além do dolo do agente em praticar a conduta incriminada, a previsão de que a licitação será anulada pelo Poder Judiciário.

Depreende-se que o legislador não havia adotado a devida cautela ao redigir o texto do dispositivo, inserindo erroneamente na própria estrutura do tipo uma condição objetiva de punibilidade (PRADO, 2019). No entanto, o legislador não sanou tal incorreção, a repetindo no texto do art. 337-G do CP, o qual deverá ser incluído com a sanção presidencial do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Em suma, a temática relacionada à tutela do direito penal às licitações ainda necessita ser objeto de intensos estudos, reflexões e discussões, posto que sequer encontra-se entendimentos firmes capazes de conferir maior segurança quando da aplicação da lei. Ainda,

como agravante, a má técnica legislativa empregada recrudescer ainda mais a insegurança jurídica, apesar de que alguns pontos poderão ser corrigidos em virtude do Projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Como forma de prevenção aos crimes licitatórios, infere-se a necessidade primeiramente de criar entendimentos mais consistentes acerca da matéria, a partir de estudos mais exaurientes, com os quais possam orientar a jurisprudência, em contribuição à segurança jurídica, e a influir futuramente na elaboração de dispositivos legais que sejam mais harmoniosos com os princípios do direito penal, assim como mais claros a todos que estão sujeitos às suas penas.

Consoante ensinamento de Beccaria (1999, p. 129): “Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las”.

Sendo assim, sugere-se como iniciativa adequada para tal finalidade, a inclusão de um tópico referente aos crimes licitatórios nas matrizes curriculares dos cursos de Direito, realçando-o dentre os crimes comuns presentes no Código Penal, caso sancionada a Nova Lei, ou dentre os crimes previstos na legislação extravagante, a fim de fomentar a discussão do assunto e a produção de obras doutrinárias, o que certamente será facilitado pela inclusão dessas figuras típicas no Código Penal, os quais figuravam de forma quase olvidada na Lei de Licitações de 1993. Além do mais, em razão de sua relevância, a matéria merece ser amplamente debatida, a fim de que os conhecimentos adquiridos a partir desses estudos não se restrinjam ao meio jurídico-penal, dado que as consequências desses crimes infligem toda a sociedade.

Desse modo, a inserção do tema em ementas curriculares de outros cursos que possuem correlação com o tema, tais como Administração, Ciências Contábeis, Economia e etc, também se mostra de bom alvitre, posto que são formadores de profissionais atuantes na área da gestão pública.

Afora isso, são alternativas capazes de melhorar o nível de capacitação dos agentes públicos responsáveis pela condução e fiscalização de procedimentos licitatórios e dos particulares, que figuram como fornecedores de bens e serviços à Administração Pública, a ministração de curso técnicos, consoante o que consta do art. 172, do PL 4.253/20, a promoção de políticas de prevenção, incentivos à criação de observatórios sociais, à utilização de meios eletrônicos no processo de licitação (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2007), como prevê o art. 12, VI, do PL 4.253/20, e à implantação de sistemas de *compliance* (VERÍSSIMO, 2017).

Registre-se, contudo, quanto à última alternativa, que o incentivo ao sistema de *compliance* ainda perpassa por melhor aprimoramento dos órgãos de fiscalização e pela adoção

de maior transparência na Administração Pública no país, para que os casos envolvendo fraudes em procedimentos licitatórios sejam detectados e seus responsáveis punidos na forma da lei, uma vez que a adoção de *compliance* para empresas que não operam no sistema financeiro é atualmente facultativa e está atrelada ao nível de impunidade presente no país. Nesse sentido, leciona Veríssimo (2017, n.p), que “O paradoxo, então, é que para ser capaz de realmente motivar as empresas a adotarem o *compliance*, o Brasil deverá aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados e efetivamente punidos”.

Portanto, tendo em vista que a impunidade é o fator que mais desestimula a adoção destes sistemas de integridade, é imprescindível que os órgãos de fiscalização sejam aprimorados e especializados para que o enfrentamento das espécies de crimes de “colarinho branco”. Tal objetivo certamente será facilitado com o aumento da transparência das licitações, contratos e despesas públicas, bem assim com uma postura mais ativa da população, por meio de encaminhamento de denúncias de irregularidades aos órgãos competentes. Isso tudo com o propósito de que o custo do crime seja finalmente maior do que o proveito dele obtido.

Neste aspecto, o Projeto de Lei nº 4.253/2020 pretende tornar obrigatória a implementação de programa de integridade pelo licitante vencedor nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (acima de duzentos milhões de reais), a teor de seu art. 25, § 4º. Além disso, o novo texto proposto também estimula a adoção desses sistemas mediante sua utilização como critério de desempate (art. 59, IV) e de aplicação de sanção administrativa (art. 155, § 1º, V), bem assim como condição de reabilitação do licitante ou contratado (art. 162, parágrafo único).

3.1 Ampliação da Responsabilidade das Procuradorias na Emissão de Pareceres Jurídicos

Necessário também é delegar maior responsabilidade às procuradorias jurídicas dos entes licitantes, como meio preventivo contra eventuais irregularidades nos procedimentos licitatórios.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94, determina que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração; já a redação do Projeto da Nova Lei de Licitação pretende regular de forma ainda mais detalhada a função exercida pela assessoria jurídica nos procedimentos licitatórios.

O art. 52 do Projeto de Lei nº 4.253/20, por exemplo, determina que, após a fase preparatória, “o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”, elencando nos parágrafos seguintes as atribuições da assessoria jurídica na ocasião da emissão de parecer.

Para parcela da doutrina, trata-se de parecer obrigatório e vinculante (DI PRIETO, 2012), pois integra a motivação do ato administrativo do administrador, que o adota como razão de decidir, equivalendo-se como um ato de controle de legalidade. No entanto, o novo texto proposto parece ter deixado de forma explícita que tal parecer jurídico não possui natureza vinculante, já que a autoridade máxima poderá rejeitar suas conclusões de forma motivada, consoante se extrai de seu § 2º, do art. 52, do Projeto de Lei 4.253/20.

Portanto, os instrumentos fundamentais que formam o procedimento licitatório e a contratação devem ser examinados pela assessoria jurídica da Administração. Assim, incumbe a esta averiguar a regularidade das disposições e das cláusulas constantes dos editais e dos contratos, com vistas a verificar eventuais dispositivos que infrinjam, por exemplo, o caráter competitivo da licitação de forma injustificada, ou se são oferecidas vantagens indevidas aos fornecedores. Vê-se, pois, a importância do trabalho desempenhado pela assessoria jurídica para aferição da regularidade do certame.

Em que pese os pareceres jurídicos serem redigidos de forma autônoma pelo seu responsável, não possuindo, em geral, caráter vinculativo, mas sim natureza consultiva ou opinativa (JUSTEN FILHO, 2019), o fato é que não pode o parecerista ser desonerado de qualquer responsabilidade, inclusive penalmente, pela aprovação de editais ou contratos que manifestamente violem requisitos legais, porquanto, quando se assim procede, este colabora para a perpetuação das irregularidades.

Em outros termos, não se almeja a responsabilização do parecerista diante de um erro escusável, a título exemplificativo, quando há controvérsia em determinado ponto relacionado ao certame ou ao contrato, ou na hipótese em que é exigida investigação mais a fundo para constatação da irregularidade, mas sim a daquele que emite parecer flagrantemente dissonante da lei ou da jurisprudência dos Tribunais.

O parecer jurídico constitui elemento relevante que influi fortemente na tomada de decisão por parte da autoridade administrativa, possuindo inclusive, para alguns, natureza vinculante em relação aquele que é emitido por força do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (RIBEIRO, 2015; CHAVES, 2014, n.p), de modo que há nexos causal entre o ato administrativo que cause dano ao erário e o parecer que pugnou pela regularidade deste.

Incumbe, pois, ao parecerista alertar o gestor público acerca de eventuais ilegalidades presentes no edital de licitação ou no instrumento contratual. Tal entendimento, aliás, já foi reafirmado em diversas oportunidades pelo Tribunal de Contas da União, conforme o seguinte enunciado extraído do Acórdão 825/2014.

Por outro lado, Bitencourt (2012) ressalva que o procurador jurídico que apenas emite parecer técnico favorável à dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, encontra-se resguardado pela inviolabilidade profissional, conferida pelo art. 133, da CF, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no HC 464.498/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019).

Sem embargo, a inviolabilidade profissional conferida ao advogado não pode servir de pretexto para prática de ilegalidades. Aliás, o próprio Estatuto da Advocacia dispõe no art. 32, que: “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Nessa linha, o parágrafo 6º do art. 53 da Nova Lei de Licitação aprovada pelo Senado Federal consignou expressamente acerca da possibilidade da responsabilização do parecerista quando este agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico.

Não se pode tolerar que o exame da validade da licitação ou da contratação seja considerado mero ato burocrático, destituído de importância, muito menos que sirva de aval para a prática de atos ilícitos.

A inviolabilidade profissional da advocacia não é absoluta. Nessa linha, Bitencourt (2012), por outro lado, também menciona que tal inviolabilidade não autoriza o agente de utilizar-se dos meios técnicos e científicos para praticar impunemente crimes ou ilegalidades de qualquer natureza.

Constatado erro grosseiro ou havendo completa falta de fundamentação lógico-jurídica por parte do parecerista, quando da elaboração do parecer, este deve ser sancionado civil e administrativamente, por contribuído para a ocorrência de eventuais danos ao erário, independentemente se possui caráter vinculativo ou não tal parecer, uma vez que quando consultado, o parecerista tem o dever de assessorar o administrador da melhor forma possível, pois influirá na motivação do ato administrativo.

Ademais, constatado o liame subjetivo em praticar alguns dos crimes decorrentes da licitação ou contratação viciada com as demais autoridades administrativas, incorrerá também às suas penas, em concurso de pessoas, ou às penas dos crimes de prevaricação, dos art. 319 do CP, a depender da análise do caso concreto, em vista dos deveres de apurar e informar impostos pela redação proposta da Nova Lei de Licitações, no inciso II, § 3º, do art. 168.

Desse modo, imprescindível de fato é a reavaliação do papel desempenhado pelo procurador jurídico no procedimento licitatório, a fim de atribuir-lhe maior responsabilidade quanto à efetiva fiscalização da validade do certame.

Sob a forma de fiscalização preventiva, forçoso é a inclusão entre as responsabilidades legais da assessoria jurídica, a obrigação de proceder à avaliação final do procedimento licitatório, acerca de sua legalidade, antes de sua homologação, notadamente em licitações de grande vulto, uma vez que o texto da Lei atual somente exige a análise da minuta do edital e do contrato, desobrigando o parecerista do exame dos documentos que compõe o procedimento licitatório após a escolha do vencedor. Contudo, em que pese a vindoura legislação tenha imposto a submissão das contratações públicas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, alocando a assessoria jurídica em uma segunda linha de defesa dentro de tal sistema de controle interno, conforme seu art. 168 e seguintes, ela não deixou expresso o dever do parecerista de examinar o processo licitatório antes da contratação do fornecedor, restringindo-o à análise da minuta do edital ou do contrato, pelo que a verificação do processo de licitação e da contratação do fornecedor pela assessoria jurídica permaneceu sendo uma faculdade da Administração, conforme consta de art. 169, *caput*.

Outrossim, era imperioso incluir na Lei de Licitações a obrigação da aprovação, pela assessoria jurídica, a respeito da legalidade da dispensa ou inexigibilidade de licitação, já que o parágrafo único do art. 26, da Lei de Licitação de 1993 não traz tal aprovação no rol dos documentos necessários que devem instruir o processo de justificção, para que a contratação se dê de forma direta, à semelhança do que prescreve o parágrafo único, do art. 38, do mesmo diploma, mesmo sabendo-se que significativa parcela das irregularidades cometidas nas contratações públicas são resultantes de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais ou promovidas de forma incorreta (FELIX, 2012).

Assim, não poderia mais ser permitido que a aprovação pela assessoria jurídica permanecesse facultativa nesses casos excepcionais, em que há maior probabilidade do cometimento de ilegalidades, ante a ausência de procedimento de licitação prévio.

O texto do Projeto de Lei nº 4.253/20 determina de forma expressa que as contratações diretas passem pelo controle de legalidade da assessoria jurídica, nos termos de seu art. 52, § 4º, combinado com o art. 71, inciso III, embora tenha permitido, no § 5º, do art. 52, que essa análise seja dispensada em certas situações, considerando-se o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. Portanto, as contratações diretas que foram eventualmente regidas

pela nova Lei de Licitações deverão obrigatoriamente, em regra, passar pelo controle de legalidade da assessoria jurídica, salvo nas hipóteses previamente definidas pela autoridade administrativa, que envolvam procedimentos licitatórios, especialmente, de baixa complexidade.

Tais modificações, muito embora, por um lado, poderão acarretar em uma maior burocracia, contudo, indubitavelmente, noutra vertente, evitarão de, forma tempestiva, com que as licitações e as contratações eivadas de fraude resultem em grandes prejuízos à Administração ou, no mínimo, ampliarão as chances para que isto não ocorra, fortalecendo o controle de legalidade interno da Administração, em uma função semelhante à desempenhada pela Controladorias, e em auxílio ao controle externo exercido pelos Tribunais de Conta e pelo Ministério Público.

Por derradeiro, a imposição da análise final do certame de grande vulto, antes de sua homologação, e da aprovação do processo de dispensa ou inexigibilidade por parte da assessoria jurídica certamente resultará também em maior segurança às próprias autoridades administrativas signatárias dos atos decisórios, na medida em que possibilitará a revisão e o saneamento de decisões que poderiam afigurar irregulares, evitando, a um só tempo, o prejuízo ao erário e eventuais sanções aplicáveis em face dos responsáveis por tais atos.

4. Conclusão

A partir da concepção de Estado de Direito, concebeu-se que os agentes públicos não detêm permissão para gerir, sem restrições, a coisa pública de acordo com o que acredita ser conveniente. Ao revés do particular, a quem é permitido a fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode atuar quando a lei assim a permitir.

Como alternativas para a prevenção dos crimes licitatórios, tem-se a atribuição de maior responsabilidade às assessorias jurídicas das entidades licitantes, como a análise do procedimento licitatório de grande vulto antes de sua homologação ou da contratação do fornecedor, e não só das minutas dos contratos e editais, uma vez que a Lei nº 8.666/93 e o Projeto de Lei nº 4.253/20 não impõem esta obrigação à Administração, conquanto este último tenha trazido relevantes inovações quanto ao controle de legalidade exercido das assessorias jurídicas das entidades licitantes. Dentre eles, destaca-se o dever expressamente previsto de análise prévia pela assessoria jurídica para a formalização da contratação direta, já que pelo texto da Lei de Licitações de 1993 não há tal exigência, o que certamente contribuirá para a redução de irregularidades nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Por outro lado, é urgente a necessidade de criação de *compliance* qualificado que possa emitir pareceres, e, por meio deles é imperiosa a responsabilidade de seus integrantes, já que assumem o dever de garantidor da coisa pública.

Outra iniciativa na prevenção de delitos licitatórios, ligada à prevenção geral da norma penal, é a inclusão de ementa relacionada aos crimes licitatórios nas matrizes curriculares dos cursos de Direito, Administração, Ciências Contábeis, Economia e etc., posto que são formadores de profissionais atuantes na área da gestão pública.

5. Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. O exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set. 2015.
- FELIX, Renan Paes. Fraudes em licitações: uma abordagem pragmática. **Revista do CNMP: improbidade administrativa**, Brasília, n. 5, p. 209-229, 2015.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONTESQUIEU, C.S.B. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- NYVEA, Rodrigues Ribeiro. **A responsabilidade do assessor jurídico pela emissão de pareceres nos processos administrativos de licitações e contratações públicas: uma análise à luz da exigência prevista no artigo 38, parágrafo único da lei nº 8.666/93**. 2015. 90 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709/07). **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 20, n. 11, p. 1043-1052, nov. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982676/>. Acesso em: 7 set. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:623802>. Acesso em: 2 out. 2020.