

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS INSTITUCIONAIS VOLTADAS À FRAUDE A LICITAÇÕES

Francine Laiz Raposo Sanchez (IC) Everton Luiz Zanella (Orientador)

Apoio: PIBIC Mack Pesquisa

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a verificação das hipóteses de inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios e suas implicações com o surgimento de organizações criminosas institucionais. O trabalho se desenvolve analisando os novos *modus operandi* da criminalidade organizada com a consequente necessidade de mudança normativa e punitiva. Por conseguinte, são apresentados os reflexos trazidos pela corrupção na contratação pela administração pública, e sofridos pela sociedade progressivamente carente de recursos básicos. São demonstrados estudos empíricos de inexigibilidade indevida de licitações em diversas prefeituras do estado de São Paulo. À vista disso, são explanadas lacunas legislativas com relação ao aspecto subjetivo da notória especialização dos profissionais do direito, que levam à falta de critérios ao contratar a prestação de serviços jurídicos e propiciam sórdidas manobras políticas, evidenciando ser necessária a implementação de programas de conformidade e a fiscalização do órgão de classe OAB.

Palavras-chaves: Licitação. Organização criminosa institucional. Advocacia. Corrupção.

Abstract: This article aims to verify the hypotheses of unenforceability of bidding in the hiring of legal services and its implications with the emergence of institutional criminal organizations. The work is developed by analyzing the new *modus operandi* of organized crime with the consequent need for normative and punitive changes. Therefore, the reflexes brought by corruption in hiring by the public administration, and suffered by society progressively lacking in basic resources, are presented. Empirical studies of undue unenforceability of bids in several city halls in the São Paulo's state are demonstrate. In view of this, legislative gaps are explained in relation to the subjective aspect of the notorious specialization of legal professionals, which lead to a lack of criteria when contracting the provision of legal services and provide sordid political maneuvers, evidencing that the implementation of compliance programs and inspection by the OAB class body is necessary.

Keywords: Bidding. Institutional criminal organization. Attorney. Corruption.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo abordará a inexigibilidade de licitação pública prevista no artigo 25 da Lei 8.666/93¹, e o artigo 1º, I da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) que viabiliza a contratação direta, pela Administração Pública, de advogados ou sociedades de advocacia, bem como suas consequências jurídicas quando o contrato é eivado pela intenção dos contratantes em obter vantagens ilícitas. Os objetivos são compreender a atuação de organizações criminosas, de espécie institucional, nas referidas contratações diretas, e verificar quais são as sanções cíveis e penais cabíveis, para tutelar os interesses da Administração Pública. Por meio do método qualitativo de caráter explorativo, perseguiremos a resposta para a pergunta: de que maneira pode ser tipificada a atuação das organizações criminosas institucionais satisfazendo um caráter repressivo-punitivo frente à sensação de impunidade e à constância de fraudes a licitações?

Iniciaremos o presente trabalho analisando o processamento da contratação dos certames públicos, com a evidente identificação de que, não obstante a severidade do procedimento, permite-se a perpetração de condutas delitivas.

Desenvolveremos este artigo do ponto de vista da sociedade que, como vítima mediata dos crimes contra a administração pública, é prejudicada, nessa hipótese, pela ausência de desenvolvimento social e econômico causados pelas organizações criminosas instaladas no funcionalismo público, com esboço nas principais características da criminalidade organizada.

Realizaremos estudo empírico de contratações de serviço jurídico, por prefeituras paulistas, feitas por escritório de advocacia, que somam, em segunda instância no Tribunal de Justiça de São Paulo, cerca de 184 ações penais e de improbidade, por suposta inexigibilidade indevida de licitações.

Concluiremos verificando a necessidade ou não, de uma tipificação penal mais austera, tendo em conta a maior perversidade na prática criminosa, bem como, a implementação de práticas de prevenção de novas fraudes.

¹ A lei nº 8.666/93, juntamente com a lei 10.520/02 (Lei do Pregão), e os artigos 1º ao 47º da lei 12.462/11 (Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas), foram revogados pela lei nº 14.133/2021, no entanto, o artigo 193, II, da lei 14.133/21 estabelece *vacatio legis* de 2 anos para que esses dispositivos específicos entrem em vigor. Apenas os artigos 89 a 108, que estabeleciam os crimes de licitações da lei 8.666/93, foram imediatamente revogados e inseridos nos artigos 337-E a 337-P, do Código Penal.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CONTRATAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – UM AMBIENTE PROFÍCUO PARA CORRUPÇÃO

Ao selecionar uma proposta mais vantajosa (custo e benefício) ao bem comum, com pluralidade de contratantes proponentes, e isonomia de condições, para contratação de obras, serviços, compras e alienações, a administração pública está atendendo à indisponibilidade do interesse público (ROSSI, 2020, p. 1.121). Ocorre que, por vezes, o princípio da supremacia do interesse público nem sempre representa a vontade da coletividade, sendo uma coincidência do interesse de indivíduos que são membros de um coletivo (BACELLAR; HACHEM, 2010, p. 93-94 *apud* JUNIOR CARVALHO, 2013 p. 3). Assim, o interesse público pode ser definido como um princípio demasiado indeterminado que fica, desnudado, às mãos do poder discricionário da administração pública, “de intensa ‘anemia significativa cabendo qualquer coisa” (STRECK, Lenio Luiz, 2013, *online*, *apud* CRISTÓVAM, 2013, p. 4).

Do ponto de vista técnico, a licitação, “possui natureza jurídica de procedimento administrativo formal. Trata-se, portanto, de um encadeamento de atos lógicos e cronologicamente ordenados” (NOHARA, 2020, p. 325). O procedimento licitatório possui inúmeras regras rigorosas que devem ser estritamente observadas, à luz do artigo 4º, da Lei 8.666/93:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º **têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei**, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (grifo do autor).

Malgrado a explícita ordem de cumprimento da lei, há muito se observa a recalcitrância de criminosos que frustram o caráter competitivo dos certames, fazendo dessa prática verdadeira fonte de renda ilícita, em detrimento da população que segue cada vez mais carente de recursos básicos, afastados, completamente, do princípio da dignidade humana, configurando subversão à ordem democrática. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana (AFONSO, 1998, p. 92) “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Afastado, completamente, da inerência da dignidade humana, no ranking mundial

que avalia a percepção da corrupção nos países, das 180 posições, o Brasil ocupa o 94º lugar (informação estatística)², sendo que quanto mais próximo do 180 mais corrupção há no país, enquanto Dinamarca³ e Nova Zelândia ocupam o 1º lugar, indicando que, para a população, a corrupção é quase inexistente, e não à toa estes países são os mais desenvolvidos do mundo, com efetiva existência de segurança pública, saúde, educação e uma economia sólida, sem desigualdades sociais. O Brasil, de outro modo, se mantém entre os piores países com desenvolvimento humano⁴.

A corrupção lesiona o Estado Democrático do Direito, porque não se efetivam os direitos assegurados às pessoas, garantidos por nossa Constituição Federal. O Estado que desvia verba pública para o bolso de seus políticos, é o mesmo Estado que deixa de construir o desenvolvimento social do país, e condições dignas de existência à população, afirmando que não há recursos para tanto.

Não se olvide, que a corrupção existe também nos setores privados ao contratarem com o Poder Público. O “jeitinho brasileiro” está imbuído na mentalidade dos empresários. Em cada obra ou serviço prestado, a preocupação primeira é como será dividida a propina entre os corruptos; como a população será atendida e beneficiada não é preocupação dos corruptos.

Assim, um dos instrumentos preferidos pelos despudorados, para a prática da corrupção, são as licitações públicas, porque através das manobras ilícitas tendo como intermédio a licitação, os criminosos obtêm grandes vantagens econômicas, influência política, concedem um favor hoje para amanhã obterem algum outro benefício, e assim, instala-se uma rede de interesses privados que há muito se afastaram do interesse público, e, o grande desafio é identificar os esquemas corruptos com fugacidade.

O que se nota, entretanto, é que esses esquemas são descobertos quando já estão lucrando há muito tempo. O combate à corrupção é um tema relativamente novo na ordem mundial (SILVA; SANTOS; RIBEIRO, 2019, p.75), e se tornou uma necessidade a partir dos anos 1990. A astúcia dos criminosos, entretanto, é mais capciosa e experimentada, que conseguiam, na maioria das vezes, devido à estrutura organizada dos agentes criminosos, a

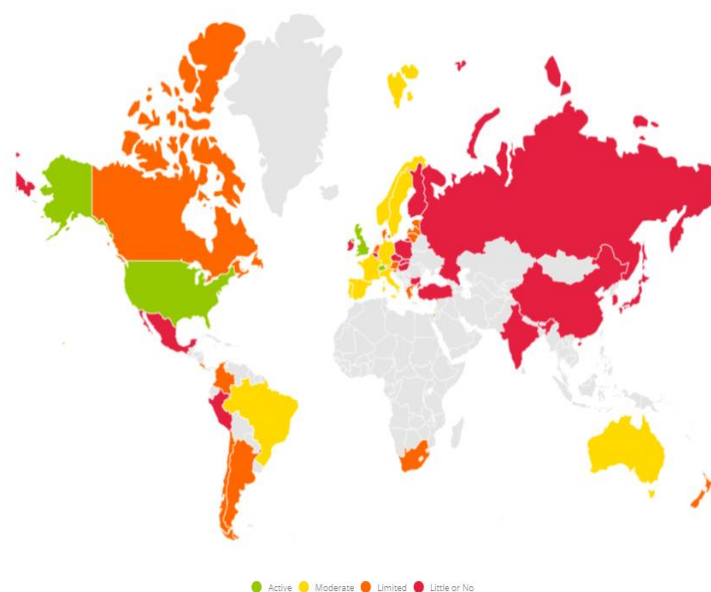
² Transparency International. Corruption Perceptions Index 2020. Berlin. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

³ Na Dinamarca, investe-se, em cada aluno, três vezes mais que o Brasil, paga-se dignos salários aos professores, cerca de 80% dos estudantes chegam ao ensino superior. Disponível em: <https://projeto colabora.com.br/ods4/na-dinamarca-ate-principe-frequente-escola-publica/>. Acesso em 30 de julho de 2021.

⁴ BRASIL perde cinco posições no ranking mundial de IDH, apesar de uma leve melhora do índice. G1, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/15/brasil-perde-cinco-posicoes-no-ranking-mundial-de-idh.ghtml>. Acesso em: 15 julho 2021.

Hoje, porém, com os mecanismos existentes de combate à corrupção consoante a Convenção de Palermo⁶ e Convenção de Mérida⁷, ratificadas pelo Brasil, e a lei 12.850/2013 que trata de organizações criminosas e define as normas procedimentais dos meios de obtenção de provas como a colaboração premiada, o enfrentamento à corrupção tem ganhado notoriedade.

Figura 1- Níveis de enfrentamento de combate à corrupção por país



⁵ A esse respeito: GEDEC e Crimes de Prefeitos obtêm condenação de advogado por lavagem de dinheiro.

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=17745433&id_grupo=118.](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=17745433&id_grupo=118)

⁶ Incorporada no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

⁷ Normalizado no ordenamento pátrio por via do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Ademais, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define os esforços contra a corrupção como luta global e determina que seja intensificada para se alcançar a recuperação da economia mundial⁸.

A necessidade de combater a corrupção deve ser a prioridade de um país⁹, pois somente uma nação livre de políticos corruptos consegue garantir à população seus direitos fundamentais à existência humana.

2.2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS INSTITUCIONAIS - A PRÁTICA DOS CRIMES DE CANETA E PAPEL

Antes de demonstrar como atua a criminalidade institucionalizada, mister se faz esclarecer como se caracterizam as organizações criminosas.

Diz-se a criminalidade organizada como aquela composta pela associação de 4 ou mais pessoas, com estrutura ordenada e divisão das tarefas, que objetivam obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais (não se restringindo a crimes) cuja pena máxima seja superior a 4 anos, ou que tenham caráter transnacional.

Difere-se, todo modo, da associação criminosa do artigo 288 do Código Penal, que é caracterizada pela associação de 3 ou mais pessoas para cometer crimes, e não há requisito delimitando o preceito secundário dos tipos penais, bastando que haja permanência e estabilidade entre os agentes, e não é necessária (MASSON, 2021, p. 1.205-1.206) “a existência de uma organização detalhadamente definida, com hierarquia entre seus membros e repartição prévia de função entre cada um deles”.

Para contextualizar os períodos na história, pontuamos que desde a década de 1980, com a ascensão do tráfico internacional e as práticas de lavagem de dinheiro, a criminalidade classificada como *crimes of powerfull*¹⁰ ganhou destaque com crimes potencialmente nocivos, de ordem econômica, financeira, estatal, cometidos por organizações criminosas.

⁸ OECD work on Anti-corruption and Integrity. Paris, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/about/>. Acesso em 20 de junho de 2021.

⁹ A esse respeito, trazemos o exemplo de decisões infelizes que retroagem o desenvolvimento social do país. Bolsonaro diz que 'acabou' com operação Lava Jato porque governo 'não tem mais corrupção'. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/07/bolsonaro-diz-que-acabou-com-a-operacao-lava-jato-porque-governo-nao-tem-mais-corrupcao.ghtml>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

¹⁰ São os crimes de colarinho branco, os crimes estatais, os crimes financeiros, tributários, corporativos, contra consumidores, contra relações do trabalho e contra o meio ambiente praticados no âmbito das relações empresariais.

A globalização aperfeiçoou o mundo, e o crime seguiu esse aperfeiçoamento, desafiando a tradicional repressão à criminalidade (CASTRO, 2020, p.1). Os crimes de rua que causam incidência afetiva (SUTHERLAND, 2014, p. 94) por denotarem o senso comum da criminalidade, qual seja, a violência urbana, quando há polícia presente na cena de um homicídio, latrocínio, ou roubo, deixaram de ser os protagonistas da insegurança pública; os crimes perniciosos, no contexto do colarinho branco utilizam como arma uma caneta e um papel (HASSEMER, 1994, p. 5).

A existência de agentes criminosos organizados dentro das instituições governamentais pode se dar, (PEREIRA, 2017, p. 116), como captura do Estado pelo crime organizado, quando há a prática do suborno para compra de informações privilegiadas, e a garantia de posição estratégica de um criminoso dentro do órgão público. Em outros termos, o crime organizado se insere nas instituições públicas para aumento e manutenção de seu poderio e lucro, posto que pertencendo ao Estado enfraquecem a fiscalização de suas atividades ilícitas, e/ou, pressionam e interferem na elaboração de leis favoráveis às práticas criminosas.

Vezeas outras, a inserção do agente integrante de organização criminosa acontece por ingresso via concurso público (GONÇALVES, *apud* MESSA; CARNEIRO, 2013, p. 91), seguindo, *a priori*, os ditames legais, contudo seus estudos e vida pregressa foram financiados pelo crime, já com o intuito sórdido de ingressar em cargos públicos de destaque, com vistas a favorecer as organizações criminosas.

Para além disso, há as organizações criminosas endógenas (MENDRONI, 2020, p. 25), quando o agente público ou político busca o crime organizado e o traz para dentro do órgão público, seja para aumentar seu poder e mandato, ou para obter vantagens econômicas indevidas, e assim, enriquecer às custas do dinheiro público desviado de uma população altamente necessitada.

Nessa direção, é de se notar que, (SOARES *apud* DANTAS, 2008, p. 91) “não há crime organizado sem corrupção, isto é, sem a captura clandestina das instituições públicas por interesses privados ilícitos”.

2.3 ESTUDO DE CASO

No âmbito da administração pública, é estritamente proibido realizar qualquer contratação, exceto a de pessoal, sem os rigores do procedimento licitatório, pois a subordinação à supremacia do interesse público e aos princípios constitucionais que regem a

administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) determinam que só se realize o que a lei autoriza, enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe.

Como via de exceção, à administração pública é legalmente previsto que contrate obras, serviços ou compras, por contratação direta, que pode ser inexigível ou dispensável, desde que observados e comprovados os motivos, indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, conforme artigo 50, da Lei nº 9.784/99.¹¹

A assessoria e consultoria jurídica são atividades privativas de advogado, e quando há necessidade, são contratadas pelo Poder Público com a alegação de que determinado profissional ou escritório, detém singularidade e notória especialização, e dessa forma, inexistente o caráter competitivo. Assim, a contratação não é licitada.

Seguindo essa lógica, e focalizando no tema objeto de nossa pesquisa, os ditames legais para contratação de serviços advocatícios nem sempre são cumpridos pelo administrador público.

Analisaremos alguns feitos que se originaram de supostas contratações diretas feitas por escritório de advocacia.

Esclarecemos, de proêmio, que a análise feita nesse estudo não tem o fito de imputar práticas delitivas a nenhuma parte, dada a total observância ao princípio constitucional da presunção de inocência e a égide dos direitos de personalidade.

Referido escritório, foi supostamente contratado, sem licitação, por ao menos 135 municípios de 15 comarcas¹² do estado de São Paulo, desde pelo menos o ano de 2008, durando até o ano de 2013, sempre para realizar o mesmo serviço consistente em levantamento de eventuais pagamentos indevidos efetuados ao INSS a título de contribuição patronal, na propositura de ações judiciais para reconhecimento e compensação de tais créditos e na elaboração de cálculos para sua compensação administrativa perante a Receita Federal¹³.

Dessa forma, conforme matéria veiculada na imprensa, o escritório teria recebido, a título de honorários contratuais, entre 15% e 20% dos valores que as prefeituras deixaram de

¹¹ Lei 8.784/99 - Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

¹² De acordo com pesquisa de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça de São Paulo, são as seguintes comarcas: Adamantina, Bananal, Araraquara, Pirapozinho, Capivari, Descalvado, Fartura, Matão, Tatuí, Carapicuíba, Lins, Mococa, São Paulo, Tupi Paulista, Boituva.

¹³ Cf. notícia nos telejornais do país em 2017, cujo vídeo disponibilizamos. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/5869189/>. Acesso em 15 de julho de 2021.

receber, e deste modo, as fraudes nas licitações analisadas por esta pesquisa representam um prejuízo¹⁴ ao erário de cerca de R\$ 500.000,000 (quinhentos milhões de reais).

Através do levantamento dos municípios, infere-se que as supostas fraudes em licitações na contratação de escritórios de advocacia, acontecem predominantemente nas comarcas do interior do estado, porque possuem menor número ou inexistem procuradores atuando no município, em razão de decisões de ordem orçamentária, e sempre sob o mesmo pretexto, qual seja, análise de compensação tributária.

Ilustraremos questões práticas, extraídas de processos judiciais em segunda instância (ações penais e de improbidade administrativa), em tramitação no Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵, com a finalidade de demonstrar qual a justificativa utilizada pelos prefeitos e advogados na contratação do serviço jurídico.

No Município de Santa Cruz da Conceição, o então prefeito, em sede de seu interrogatório, afirmou que realizou a contratação do escritório de advocacia, pois:

“ [...] a estrutura governamental do Município (...), **é pequena, e carecedora de profissional com alta qualificação**, já que os salários oferecidos pelo Município não são muito atrativos, tudo em decorrência das limitações econômicas do Município”; “quanto ao departamento jurídico este na época em que foi firmado contrato (...), sequer tinha Procurador Jurídico, **tinha apenas um assessor jurídico, o qual, mesmo proferindo parecer que não possui caráter vinculativo, manifestou-se de modo fundamentado pela contratação da empresa por inexigibilidade de licitação**, motivado na notória especialização e singularidade”. (grifo do autor).¹⁶

Com base no quanto alegado pelo ex-prefeito, identificamos como um erro crasso o fato de um único assessor jurídico ser o responsável por permitir ou não, uma contratação direta pelo município. Por essa e outras razões já expostas, o processo de inexigibilidade de licitação na contratação de advogados deve ser repensado.

No Município de Cesário Lange, na ação de improbidade administrativa, o ex-prefeito alegou que:

¹⁴ EMPRESÁRIOS são presos em SP acusados de participar de golpes contra prefeituras. G1, 08 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/empresarios-sao-presos-em-sp-acusados-de-participar-de-golpes-contr-prefeituras-do-estado.ghtml>. Acesso em 10 de julho de 2021.

¹⁵ Consulta realizada no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 19 de agosto de 2021, nos links: Consultas de Jurisprudência > Consulta Completa, tendo apenas como palavra-chave o nome do escritório, que, aqui, por obediência ao direito da honra e da imagem, suprimos.

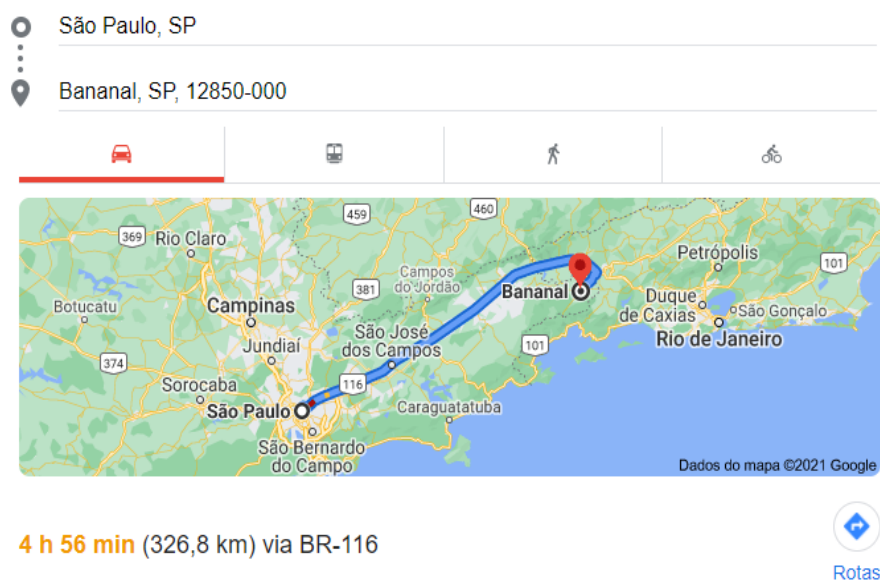
¹⁶ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3. Câmara de Direito Criminal). Procedimento Investigatório do MP nº 0050883-63.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Geraldo Wohlers. Data de Julgamento: 23/04/2015.

“[...] a Prefeitura não possui servidores com capacitação técnica para a realização dos serviços que são de grande singularidade; (...) o escritório havia sido contratado por diversos municípios, o que corroborou com a demonstração de idoneidade e especialização”. ¹⁷ (grifo do autor).

Novamente o mesmo argumento a ser utilizado é o de que a municipalidade não possui corpo jurídico suficiente para realizar a demanda judicial tributária, e no caso dessa ação de improbidade, a constância de contratação de outros municípios pelo mesmo escritório de advocacia surge como uma nova tentativa de se justificar a notória especialização, ou seja, o escritório se valendo de sua própria torpeza, situação que consiste em violar uma regra jurídica invocando a mesma regra a seu favor (LEITE, 2010, p. 19).

Outro erro observado na contratação é que poderia ter sido facilmente evitado, diz respeito à distância entre o município e a localização do escritório de advocacia contratado. O escritório de advocacia ficava localizado na cidade de São Paulo, e prestou serviço, a exemplo, ao município de Bananal¹⁸, a quase 5 horas de distância de São Paulo.

Figura 2 -Rota de distância entre o município de Bananal e São Paulo



Fonte; Google Maps, 2021

¹⁷ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5. Câmara de Direito Público). Apelação Cível nº 1002315-67.2014.8.26.0624. Relator: Desembargador Fermino Magnani Filho. Data de Julgamento: 17/03/2021.

¹⁸ A propósito, no processo criminal desses fatos, os réus foram absolvidos. O MP, todavia, recorreu e na apelação 0000429-91.2017.8.26.0059 foi determinado retorno dos autos à primeira instância.

2.4 CRIMES DE LICITAÇÃO EM ESPÉCIE

Para retomar o raciocínio já exposto, a lei 14.133/2021, revogou, em seu artigo 190, inciso I, a parte de crimes de licitação da lei 8.666/93, criando 11 tipos penais inseridos no Código Penal, que estão, desde 01/04/2021, em vigor, e aumentaram, sensivelmente as penas de cada delito, que antes eram todas de detenção e chegavam ao máximo de 6 anos em uma única hipótese (Art. 96, lei 8.666/93), e agora cinco dos tipos penais chegam às penas de até 8 anos.

Considerando, ainda, a nova previsão de penas de reclusão (*novatio legis in pejus*), serão autorizadas, também, a interceptação telefônica, conforme artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996, e a prisão preventiva (arts. 310, II e 312, CPP).

Código Penal		
Artigo	Tipo penal	Pena
337- E	Contratação direta ilegal	reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa
337- F	Frustração do caráter competitivo de licitação	reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa
337- G	Patrocínio de contratação indevida	reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa
337- H	Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo	reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa
337- I	Perturbação de processo licitatório	detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa
337- J	Violação de sigilo em licitação	detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.
337- K	Afastamento de licitante	reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência

337- L	Fraude em licitação ou contrato	reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa
337- M	Contratação inidônea	reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa
337- N	Impedimento indevido	reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa
337- O	Omissão grave de dado ou de informação por projetista	reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.
337- P	Não há tipificação legal, apenas critérios de cálculo da pena de multa	A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta

Tabela 1 – Itens em amarelo admitem Acordo de Não Persecução Penal do artigo 28-A, CPP, conferindo celeridade à sanção penal.

Em que pese o recrudescimento das penas cominadas aos delitos, houve, para o caso específico da conduta de inexigir licitação, uma descriminalização.

O art. 337-E possui correspondência com o revogado artigo 89. Na lei 8.666/93, o tipo penal do art. 89, tratava-se de um tipo penal misto alternativo com três condutas, descritas da seguinte forma: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Atualmente, entretanto, o tipo penal do art. 337-E ainda se trata de um tipo penal misto alternativo, mas suprimiu a conduta de inobservância de formalidades, sendo sua redação: “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

Vê-se, dessa forma, que a conduta de inobservar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, tornou-se atípica, por força de *abolitio criminis*.

Perceba-se, a nosso ver, que inexigir licitação fora das hipóteses permitidas em lei é uma conduta dolosa, e inexigir uma licitação por não ter observado uma formalidade prevista em lei é uma conduta realizada por negligência, imperícia ou impudência, configurando uma conduta culposa.

Dessarte, com arrimo no novo tipo penal do artigo 337-E, se omitir, deixando de observar as formalidades de dispensar ou inexigir licitação, pode configurar tão somente *error*

in procedendo do ato administrativo.

Nesse sentido, para Guilherme Brenner Lucchesi (2021, *online*) a descriminalização da conduta de “deixar de observar as formalidades de inexigibilidade” foi uma decisão acertada pois “não se identifica na conduta descrita um bem jurídico punível pela mais grave das sanções, pelo uso do instrumento de *ultima ratio*, que é o Direito penal.”

De outra forma, os novos tipos penais com sanções mais recrudescidas, desde que em concurso com a lei de organização criminosa, conseguem conferir uma sanção penal de caráter razoavelmente elevado satisfazendo o caráter repressivo.

Todavia, nos processos ora analisados, as condenações não cuidaram de incluir o tipo penal do artigo 2º, lei 12.850/13 (promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas), restando o questionamento: por quê o judiciário não inclui na tipificação das condutas delitivas, o crime de integrar organização criminosa, considerando que a legislação especial existe desde o ano de 2013? Nossa hipótese, é de que a instrução probatória se torna dificultosa no que tange demonstrar o concurso de quatro ou mais agentes, para que se subsuma ao tipo penal da Lei 12.850/13, isto porque, em tese, há apenas dois agentes expostos concorrendo para os delitos, quais sejam o administrador público e o profissional do direito, quando na verdade, por razões óbvias, duas pessoas sozinhas não teriam o condão de orquestrar reiteradas contratações vantajadas.

2.5 LAPSOS A SEREM PREENCHIDOS NA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADOS (AS) E SOCIEDADE DE ADVOGADOS (AS)

O artilheiro perpetrado por prefeitos e advogados que não representam a classe, são assunto pouco conhecido da população, mas não o podem ser das autoridades responsáveis por garantir o cumprimento das leis, a moralidade da administração pública e o desenvolvimento social do país, com espeque nos vultosos desfalques causados ao erário.

Dessa forma, as modificações necessárias para assegurar a lisura e legalidade do contrato administrativo com objeto de serviços jurídicos, a nosso ver, não dizem respeito à esfera penal, e podem ocorrer no âmbito legislativo e administrativo, do ponto de vista da própria administração pública, e das conformidades do órgão da classe dos advogados.

Ao citar Francesco Carnelutti, com brilhantismo, Rogério Greco (2005, p. 4) nos ensina que o excesso de leis penais, por ele chamado de inflação legislativa, causam “efeitos

análogos ao da inflação monetária, pois ‘desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral”.

A nova legislação (lei 14.133/21) não cuidou¹⁹ de suprir as lacunas existentes que dizem respeito ao aspecto subjetivo da notória especialização e singularidade do serviço jurídico. O presidente da República havia vetado o Projeto de Lei da Câmara (PL 10.980/18), pois acredita que a singularidade e notória especialização do advogado ferem o interesse público. O veto, entretanto, foi derrubado pelo Congresso Nacional.²⁰

Assim, as alterações trazidas pelas leis nº 14.039/2020 e 14.133/2021, mantiveram o imbróglio da singularidade e da notória especialização do advogado.

De se pontuar, no entanto, que os municípios podem e devem, desde que observada a legislação pertinente, e munidos de boa-fé, contratar serviços jurídicos com vistas a atender, efetivamente, o interesse público, cuidando-se as instituições fiscalizadoras para que não ocorra o fenômeno do apagão das canetas que consiste no receio dos administradores públicos diante da:

(...) multiplicidade de controles e a possibilidade de diversas interpretações a respeito de uma mesma norma – exercidas, inclusive, por diferentes agentes (ministros ou conselheiros de Tribunais de Contas, promotores, procuradores do Ministério Público etc) – o agente público pode se ver envolvido em um ou mais procedimentos administrativos ou judiciais em que se pretenda responsabilizá-lo – criminal, civil e administrativamente ou, pior, nos três âmbitos ao mesmo tempo – por uma decisão que tomou e com a qual não concordam seus posteriores controladores. (VIEIRA, 2020, p. 89).

Não se pode retirar o direito constitucionalmente consagrado do acesso à justiça das pessoas físicas ou dos municípios, pessoa jurídica de direito público interno. Além disso, a advocacia é função indispensável à administração da justiça (artigo 133, CF/88), sem a qual não há estado democrático de direito. Tanto é assim, que possui estatuto próprio que determina seus valores éticos e morais, condizentes e necessários ao múnus público da função.

Esclarecidos os motivos da desnecessidade de se alterarem dispositivos penais, e para além das celeumas legislativas, o órgão representante da classe dos advogados do Brasil pode, também, elaborar diretivas para atuação do advogado quando contratado pelo Poder Público.

Como forma de continuar afirmando a idoneidade da atividade advocatícia,

¹⁹ Cf. Art. 6º, XIX, e Art. 74, § 3º, ambos da lei 14.133/2021.

²⁰ Congresso mantém dispensa de licitação para contratação de advogados e contadores. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/12/congresso-mantem-dispensa-de-licitacao-para-contratacao-de-advogados-e-contadores>. Acesso em 10 de julho de 2021.

especificamente no âmbito das contratações públicas, parece-nos razoável que o legislador incluísse, na lei nº 8.906/94, a obrigatoriedade de advogados e sociedades de advogados, incluindo as unipessoais, implementassem o programa de conformidade para que pudessem ser contratados pela administração pública, em prestígio à Lei Federal nº 12.846/2013.

A exemplo, ²¹o processo de licitação do serviço de transporte coletivo da capital São Paulo exigiu que as concessionárias desenvolvessem seus Programas de *Compliance*, “consistente em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de código de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraude, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, tudo em prestígio à Lei Federal Nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção)”.

Ora, se já há exemplos de exigência de políticas de *compliance* em contratações decorrentes de licitação, quiçá nas contratações diretas.

Assim, exigir como requisito, que advogados e sociedades de advocacia, quando contratados, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, sejam compelidos a implementarem e comprovarem o efetivo funcionamento de programas de integridade e políticas de *compliance*, caminha em compasso com o artigo 25, §4.º, da nova lei das licitações²²:

Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 meses, contado da celebração do contrato.

Não se olvide, ainda, a sanção cível aplicada aos atos de improbidade administrativa, que inclusive pode ser aplicada ao particular, por força do parágrafo único do artigo 1º, da lei 8.429/92.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para responder à pergunta objeto da presente pesquisa, qual seja, “de que maneira

²¹ Cf. BRASIL. **Portaria nº 102, de 23 de julho de 2020**. Dispõe sobre o “Selo Infra + Integridade”, no âmbito do Ministério da Infraestrutura, destinado a premiar empresas do setor de infraestrutura de transportes que zelem pela integridade institucional e pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-102-de-23-de-julho-de-2020-268438097>. Acesso em 21 de junho de 2021.

²² Sobre esse tema: Nova lei de licitações dificulta propina em negócios com Poder Público. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/350097/nova-lei-de-licitacoes-dificulta-propina-em-negocios-com-poder-publico>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

pode ser tipificada a atuação das organizações criminosas institucionais satisfazendo um caráter repressivo-punitivo frente à sensação de impunidade e à constância de fraudes a licitações?”, concluímos que, em que pese existir no ordenamento jurídico penal mecanismos capazes de reprimir as organizações criminosas, consoante a Lei nº 12.850/13, estes não têm sido capitulados na modalidade de concurso de crimes nas condenações ora analisadas, por razões já supraditas.

Apesar disso, em razão da nova lei de licitações, que modificou e criou tipos penais, e a cominação legal de reclusão imposta aos crimes dessa espécie, pode-se concluir que haverá persecução penal e punições mais austeras, dada a gravidade em concreto dos delitos.

O crime de inexigir ou dispensar licitação fora das hipóteses legais, tipificado no artigo 337-E, do Código Penal, exasperou a pena cominada ao delito, entretanto, aboliu a conduta de inobservância das formalidades pertinentes à dispensa e inexigência de licitação.

No âmbito administrativo, a lei de licitações, tanto a antiga lei 8.666/93 quanto a atual lei 14.133/2021, no que concerne ao aspecto obrigacional/contratual, não têm instrumentos especificamente voltados para o elemento burocrático das contratações de advogados, de forma a delimitar as exegeses do administrador público, notadamente quem é o profissional ou escritório de advocacia efetivamente singular e especializado, e qual a motivação daquela escolha, tendo em vista que, em princípio, todo profissional habilitado pela Ordem dos Advogados é apto a postular em juízo e tem plena capacidade de atender todos os interesses de seu cliente, devendo ser observado que a advocacia não é uma atividade fim em que se pode garantir o êxito da demanda judicial.

Não se vislumbra na advocacia o mesmo que acontece na medicina, quando o médico, após concluir sua especialização, só pode atender pacientes dentro de sua especialidade. Os advogados, ainda que tenham se especializado em uma área específica podem, livremente, exercer a denominada advocacia generalista, que consiste em atuar, seja de maneira consultiva ou contenciosa, em todos os ramos do direito.²³

Com base nessa perspectiva, podemos afirmar que a inviabilidade de competição de advogados especializados, conforme determina o artigo 25, da lei 8.666/93, não resta evidente com base somente na notória especialização do profissional, pois perfeitamente possível que haja mais de um profissional interessado e capacitado em atuar naquela

²³ Não queremos colocar em discussão o projeto de lei nº 725 de 2021 que visa delimitar a atuação do advogado, mas tão somente concluir que justamente a amplitude de atuação e competências dos advogados devem ser consideradas para viabilizar a licitação, para dessa forma, haver os rigores de controle e fiscalização dos certames públicos.

demanda.

Dados atualizados no sítio da OAB, informam haver 1.297.716 (um milhão duzentos e noventa e sete mil e setecentos e dezesseis) advogados habilitados no Brasil.²⁴

Para tanto, deveria ser feita a publicidade do edital de licitação do município, e convocados os proponentes, pois nesse contexto há viabilidade de competição. As ideias de inviabilidade de competição e notória especialização de advogados nos parecem antagônicas.

É louvável e compreensível que o legislador mantenha a previsão de que o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sejam considerados serviços técnicos profissionais especializados, e que existe uma grande preocupação em não tornar a advocacia uma atividade mercantilista, mas considerando que a sociedade de advogados ou o profissional unipessoal representam, em tese, uma atividade com fins lucrativos como ocorre, via de regra, nas empresas, não identificamos motivos que criem óbice à licitar a contratação de serviços advocatícios.

Diante do exposto, conclui-se que a o direito penal já cuidou, ao menos por ora, do recrudescimento necessário de prevenção e punição pertinentes aos crimes de licitação quando praticados na contratação direta indevida.

A instituição que representa os advogados enquanto classe profissional – OAB -, seria capaz de implementar diretrizes ou encaminhar à aprovação do legislador para edição da Lei 8.906/94, políticas de conformidade da prestação de serviços jurídico na administração pública.

Subsiste a indefinição da singularidade e da notória especialização do advogado, e assim, parece-nos mais plausível e diligente que seja feita a licitação regular para contratação de serviço jurídico, empregando maior controle e fiscalização, em prestígio da isonomia de condições, impessoalidade e probidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 25 de março de 2021.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello.** A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. Belo

²⁴ Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 26 de agosto de 2021.

Horizonte: Fórum, 2010. p. 93/94 *apud* JÚNIOR CARVALHO, Natal dos Reis. O Princípio Jurídico Da Supremacia Do Interesse Público Sobre O Privado E Sua Aplicação Na Administração Pública, 2013, p.3. Disponível em: <https://www.unifeg.edu.br/revista/artigos-docentes/2013/v2-n2/Natal-dos-Reis-Carvalho-Junior-O-PRINCIPIO-JURIDICO-DA-SUPREMACIA-DO-INTERESSE-PUBLICO-SOBRE-O-PRIVADO-E-SUA-APLICACAO-NA-ADMINISTRACAO-PUBLICA.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2021.

BRASIL perde cinco posições no ranking mundial de IDH, apesar de uma leve melhora do índice. **G1**, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/15/brasil-perde-cinco-posicoes-no-ranking-mundial-de-idh.ghtml>. Acesso em: 15 julho 2021.

BRASIL. **Portaria nº 102, 23 de julho de 2020.** Dispõe sobre o "Selo Infra + Integridade", no âmbito do Ministério da Infraestrutura, destinado a premiar empresas do setor de infraestrutura de transportes que zelem pela integridade institucional e pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-102-de-23-de-julho-de-2020-268438097>. Acesso em 21 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3. Câmara de Direito Criminal). **Procedimento Investigatório do MP nº 0050883-63.2014.8.26.0000.** Relator: Desembargador Geraldo Wohlers. Data de Julgamento: 23/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5. Câmara de Direito Público). **Apelação Cível nº 1002315-67.2014.8.26.0624.** Relator: Desembargador Fermino Magnani Filho. Data de Julgamento: 17/03/2021.

CASTRO, Rodrigo Costa Yehia; GIURA, Giuseppe; RICCIO, Vicente. **O crime organizado no Brasil e na Itália: análise de decisões.** *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 77-92, out./dez. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p77. Acesso em 01 de agosto de 2021.

EMPRESÁRIOS são presos em SP acusados de participar de golpes contra prefeituras. **G1**, 08 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/empresarios-sao-presos-em-sp-acusados-de-participar-de-golpes-contra-prefeituras-do-estado.ghtml>. Acesso em 10 de julho de 2021.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo.** Texto retirado da obra *Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*. Editora Impetus, 2005. Disponível em: rogeriogreco.com.br. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em 01 de agosto de 2021.

LEITE, Danielle Moraes. **Teorias Consectárias do Abuso de Direito.** Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf. Acesso em 20 de julho de 2021.

LUCCHESI. Guilherme Brenner; NOGARI, Maria Victoria Costa. **Nova lei de licitações: Em meio ao espírito punitivista, uma abolitio criminis.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343497/nova-lei-de-licitacoes-em-meio-ao-espirito-punitivista>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos Santos. Crime organizado e práticas eleitorais. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo. Crime Organizado *apud* DANTAS, Joama Cristina Almeida. **Organizações Criminosas e Corrupção Administrativa: A expressão do crime organizado endógeno (um estudo de caso no município de Itaporanga, estado da Paraíba)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994. p. 5.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado** – 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MILHORANCE, Flávia. Na Dinamarca, até príncipes frequentam escola pública. **Projeto Colabora**, 27 de jan. 2016. Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/ods4/na-dinamarca-ate-principe-frequente-escola-publica/>. Acesso em 30 de julho de 2021.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

OECD WORK ON ANTI-CORRUPTION AND INTEGRITY. Paris, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/about/>. Acesso em 20 de junho de 2021.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**. 2. ed. – Belo Horizonte; Fórum, 2017.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Aline Moura Costa da; SANTOS, Patricia Roberta Pereira; RIBEIRO, Cíntia de Melo de Albuquerque. **Influência da corrupção agregada no desenvolvimento social e na geração de riqueza dos países do Mercosul**. In: Revista de Contabilidade e Organizações (2019) n. temático Fraudes e Corrupção: o que Contabilidade e Organizações têm a dizer? p. 75-85. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158512/157723>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

SOARES, Luiz Eduardo. Crime Organizado. In: AVRITZER, Leonardo; NEWTON Bignotto, GUIMARÃES, Juarez, STARLING H. M. M. (Org.) *Corrupção*. Ensaio e Críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 405-412 *apud* DANTAS, Joama Cristina Almeida. **Organizações Criminosas e Corrupção Administrativa: A expressão do crime organizado endógeno (um estudo de caso no município de Itaporanga, estado da Paraíba)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 91.

STRECK, Lenio Luiz, 2013, Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei, *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O Conceito De Interesse Público No Estado Constitucional De Direito**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42480/para-um-conceito-de-interesse-publico-no-estado-constitucional-de-direito/3>. Acesso em 15 de julho de 2021.

SUTHERLAND, Edwin H. **A criminalidade de colarinho branco**. Tradução: Lucas Minorelli. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 2, n. 2, 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2020**. Berlin, 2020. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

VIEIRA, FILIPE DA SILVA. **Culpa e erro grosseiro na responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa**. Dissertação (Pós-graduação em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

Contatos: francine.laiz.sanchez@gmail.com; everton.zanella@mackenzie.br.