

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional¹

Cristiana Fortini

Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte – MG, Brasil). Doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting Scholar na George Washington University com apoio da Capes, onde realizou pesquisa sobre Corrupção nas Licitações e Contratações Públicas (Washington, Estado Unidos da América). Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Ex-Controladora Geral e Ex-Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. Advogada. *E-mail:* <crisfortini@uol.com.br>.

Fabício Motta

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás (Goiânia – GO, Brasil). Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Procurador do Ministério Público de Contas (MPC – TCMGO). *E-mail:* <fabricao.motta@uol.com.br>.

Resumo: O artigo discute a corrupção nas contratações públicas, com fundamento em recomendações expedidas pela Transparência Internacional. São analisados os riscos e fragilidades que tornam o processo de contratação mais vulnerável à corrupção durante a preparação da licitação, a escolha do vencedor e as etapas de fiscalização, gestão e controle. Ao final, é ressaltada a importância dos diversos mecanismos de transparência como instrumentos de prevenção e combate à corrupção.

Palavras-chave: Corrupção. Licitação. Contrato administrativo. Transparência.

Sumário: **1** Corrupção: um problema social universal – **2** Apontamentos da TI – Transparência Internacional sobre corrupção nas licitações e contratações públicas – **3** A Transparência como ferramenta de combate à corrupção e a Lei nº 12.527/11 – **4** Conclusão – Referências

1 Corrupção: um problema social universal

O conceito técnico-jurídico de corrupção não é universal. Pode se emprestar, ao sabor da opção política do país, maior ou menor amplitude ao vocábulo, incrementando ou reduzindo a lista do que se poderia enquadrar como prática corrupta.

¹ Pesquisa resultante do projeto de pesquisa “Corrupção nas licitações e contratações públicas”, financiado pela Capes (Programa de Estágio Sênior no Exterior – Chamada II de 2015, regulamentado pela Portaria nº 37, de 21.3.2013 da Capes).

Práticas consideradas corruptas em dado país podem ser aceitas em outros locais. O FCPA – *Foreign Corrupt Practise Act*, diploma editado nos Estados Unidos, no final da década de 70, embora proíba a oferta e a efetiva realização de pagamentos impróprios, a *foreign official*, não condena o pagamento de dinheiro ou equivalente quando ajustado expressamente à legislação do país estrangeiro. A regra parece ignorar que, ainda que a legislação externa autorize o pagamento, a preocupação mundial deve ser a de evitar qualquer sorte de ofensa ao ambiente competitivo, pelo que todos os esforços devem ser congregados com vistas a desestimular de forma irmanada práticas incorretas, sobretudo porque a corrupção danifica de forma mais acentuada os países mais pobres, impedindo o bem-estar social e por vezes afetando a democracia.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE conceitua corrupção como o abuso de agentes públicos e privados para obtenção de vantagens pessoais, aludindo não apenas ao recebimento de propina, mas incluindo a menção ao nepotismo, à fraude e à captura estatal.²

A Transparência Internacional – TI, entidade internacional dedicada ao combate à corrupção, também menciona que, em sentido mais amplo, a corrupção relaciona-se ao abuso de poder visando benefícios pessoais.

A maior ou menor amplitude que se possa atribuir ao conceito não minimiza os impactos sociais nefastos que sua prática pode provocar. O aumento dos valores dos contratos celebrados por entes estatais, diante da inclusão do “custo propina”, bem como o direcionamento irracional e indevido dos recursos públicos em detrimento das reais necessidades sociais, é exemplo que revela que a corrupção afeta a todos, mas atinge de forma ainda mais brutal a camada economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências.

O custo com a corrupção alcança cifras importantíssimas. Segundo a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a corrupção representa 5% (cinco por cento) do GDP global,³ estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares todos os anos, adicionando-se um custo de 25% (vinte e cinco por cento) dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos.⁴

² OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>.

³ GDP significa “Gross domestic product”, expressão equivalente ao nosso PIB – Produto Interno Bruto.

⁴ “Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, WorldEconomic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).

A OCDE noticia a relação entre mortalidade infantil e corrupção.⁵ Não apenas a falta de recursos destinados à saúde pode promover a mortalidade (infantil ou não), mas o conluio entre agentes públicos e contratados na fase da definição do objeto e na fase da execução do ajuste pode levar à utilização de remédios inadequados ou mal produzidos.

Há de se ter em mente que os países em que o custo corrupção existe tendem a receber menor quantidade de investimentos, reforçando o problema social.⁶ Segundo a Transparência Internacional, há outros efeitos negativos provenientes de práticas relacionadas à corrupção: 1) prejudica-se a inovação tecnológica porque as empresas corruptas não têm interesse (razão) em fazê-la ou não precisam fazê-la para se manter no mercado, enquanto as demais não se sentem estimuladas a alocar recursos para essa finalidade; 2) destroem-se os empregos porque afeta-se o ambiente competitivo provocando o fim de empresas idôneas.

2 Apontamentos da TI – Transparência Internacional sobre corrupção nas licitações e contratações públicas

A TI sugere analisar as fragilidades das licitações a partir do exame de 5 (cinco) fases. Para cada uma das fases, a TI indica os aspectos mais sensíveis à prática de ilícitos.

Como se poderá perceber, salvo algum posicionamento peculiar, o olhar da TI não destoia da visão da doutrina brasileira e das avaliações realizadas pelos nossos órgãos de controle.

⁵ “Several studies provide evidence of the negative correlation between corruption and the quality of government investments, services and regulations. For example, child mortality rates in countries with high levels of corruption are about one third higher than in countries with low corruption, infant mortality rates are almost twice as high and student dropout rates are five times as high (Gupta et al. 2011). Numbers on the monetary loss due to corruption vary, but are alarming. The African Union (2002) estimates that 25% of the GDP of African states, amounting to US\$148 billion, is lost to corruption every year. The US health care programmes Medicare and Medicaid estimate that 5% to 10% of their annual budget is wasted as a result of corruption” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).

⁶ “First, bribes and drawn-out negotiations to bargain them add additional costs to a transaction. Second, corruption brings with it the risk of prosecution, important penalties, blacklisting and reputational damage. Third, engaging in bribery creates business uncertainty, as such behaviour does not necessarily guarantee business to a company; there can always be another competing company willing to offer a higher bribe to tilt the business in its favour. On the macro level, corruption distorts market mechanisms, like fair competition and deters domestic and foreign investments, thus stifling growth and future business opportunities for all stakeholders. IMF research has shown that investment in corrupt countries is almost 5% less than in countries that are relatively corruption-free. The World Economic Forum estimates that corruption increases the cost of doing business by up to 10% on average. Siemens, the German engineering giant, had to pay penalties of US\$ 1.6 billion in 2008 to settle charges that it routinely engaged in bribery around the world. A significant negative impact of corruption on a country’s capital productivity has been proven (Lambsdorff 2003)” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>).

2.1 Riscos na preparação da licitação

A primeira fase, no formato adotado pela TI, é dedicada à definição da demanda, menos sujeita à avaliação externa, dado que ocorre na intimidade da Administração Pública. Realmente, sabemos que a definição do objeto (e também das condições de execução e das regras de habilitação) permite, por vezes, definir de antemão o vencedor da futura licitação ou até a impossibilidade de sua realização, conduzindo à contratação direta.

Pode-se afirmar que parte do resultado dos certames é definida prematuramente, já que, a depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará de pronto afastado. Nos mercados em que restrito o número de atores, algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas.

Agrava a situação o fato de a fase interna, como o nome sugere, ocorrer dentro dos muros da Administração. Na maior parte dos casos, sequer se sabe que a Administração está a desenhar um novo certame, revelação que se faz apenas quando da divulgação do ato convocatório. As definições e preparações ocorrem fora do alcance da luz, sem acompanhamento e participação, apesar de decisivas para o futuro da contratação.⁷

Segundo a TI, algumas posturas podem sugerir a presença de corrupção. São elas: 1) ausência de transparência no processo e na tomada de decisões, impedindo o controle e monitoramento pelo público; 2) acesso inadequado à informação; 3) ausência de oportunidade para discussões públicas.

Os apontamentos não causam espanto. Naturalmente a obscuridade alimenta a corrupção. A preocupação com o fornecimento de explicações para as decisões administrativas na construção do ato convocatório é crucial para que os órgãos de controle possam atuar e, substancialmente, para que os interessados compreendam o que deles se espera, facultando-lhes, se assim julgarem necessário ou conveniente, impugnar o instrumento.

A TI, como o nome já sinaliza, e em sintonia com todos os estudos sobre o tema, coroa a transparência como mecanismo fundamental para a garantia de integridade dos processos. Segundo a TI, alguns aspectos podem sugerir a presença de corrupção. Entre eles a ausência de transparência no processo e na tomada de decisões, impedindo o controle e monitoramento pelo público, o acesso inadequado à informação e ausência de oportunidade para discussões públicas.

⁷ Evidentemente que não se desconhece a possibilidade de a Administração Pública utilizar o procedimento de manifestação de interesse (ou instrumento equivalente), como previsto no Decreto Federal nº 8.428/15. Mas, trata-se de ferramenta de uso limitado a envolver, quase sempre, contratações em que estão presentes questões relativas à infraestrutura.

Evidentemente a falta de transparência pode ser detectada ao longo de todo o ciclo da contratação pública e não apenas na fase interna. A opacidade não é menos grave quando percebida no momento da escolha do vencedor ou na fase de acompanhamento contratual. Por essa razão, optou-se por abordar a transparência em tópico apartado, ao longo deste trabalho.

A TI, como já dito, destaca a relevância das discussões públicas na fase embrionária do certame. Parece-nos, entretanto, exagerado impor-se sempre oportunidade para discussões abertas ao público se tal permeabilidade implicar a necessidade de promover-se, a todo tempo, a prévia realização de consultas e audiências públicas ou a imperiosidade da participação privada na edificação do ato convocatório.

A participação privada nas decisões estatais tem como “efeito colateral mais notável” a transparência da atuação administrativa, fazendo com que se coloque “às claras o que sem ela seria feito em gabinetes, a ‘portas fechadas’”.⁸

Mas não se pode ignorar que, a despeito das vantagens advindas da abertura de espaços de discussão prévia à confecção do ato convocatório, a maior porosidade afeta a celeridade e pode imobilizar a máquina estatal, sem embargo de outros contratempos.⁹ Assim, ajustada a decisão brasileira de fixar-se o dever de realizar audiência pública apenas nos casos em que se estimam gastos elevados com a futura contratação.¹⁰ A Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04) também exige prévia consulta pública, o que, uma vez mais se justifica pela sensibilidade dos contratos de que trata a lei, seja pela natureza da atividade a ser transferida para o setor privado, seja pelos valores envolvidos.¹¹

A segunda fase, como considerado pela TI, envolveria a preparação do processo e a documentação a ele relativa. Uma vez mais está a se tratar da fase doméstica, anterior à divulgação do ato convocatório. São situações a merecer atenção:¹²

1. especificações fracas que não permitam a avaliação da performance do contratado;
2. desvio do padrão usual de contratação;
3. publicidade limitada;
4. pré-qualificações pouco claras ou vagas;
5. tempo inadequado para a preparação das propostas;

⁸ MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-46.

⁹ Nesse sentido, Odete Medauar aponta a possibilidade de que a administração manipule os participantes; a apropriação das decisões administrativas por forças sociais, organizadas ou não, que se mostram predominantes na participação; o emperramento da máquina administrativa; entre outros (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 233-234).

¹⁰ Art. 39 da Lei nº 8.666/93.

¹¹ Art. 10, inc. VI, da Lei nº 11.079/04

¹² A TI utiliza a expressão “red flags”, de resto muito empregada nos Estados Unidos da América, para destacar situações que mereçam maior atenção.

6. exclusão de licitantes detentores de *expertise* técnica em face de detalhes menores;
7. não esclarecimento de dúvidas enviadas;
8. dúvidas não respondidas de forma escrita ou não direcionadas a todos os licitantes;
9. propostas não abertas publicamente.

Analisemos os sinais de alerta.

A relação entre a fase interna e a execução contratual é de absoluta dependência. Fiscaliza-se e gerencia-se a partir dos parâmetros previstos no ato convocatório, seus anexos e no contrato. Se frágil e/ou incompleta a definição do objeto e a forma de executá-lo, dificulta-se ou mesmo se inviabiliza a fiscalização. Não há como concluir-se pela deficiência do comportamento do contratado se não há delimitações seguras que permitam assim inferir.

As falhas na explanação da demanda administrativa podem ser propositais exatamente com o escopo de enfraquecer no futuro a fiscalização da execução contratual. Afinal, como sustentar a aplicação de reprimendas quando nebulosas as obrigações que se consideram inadimplidas? Como realmente considerar inadimplida uma obrigação?

Mudanças na maneira de licitar ou alterações na descrição da demanda podem ser sintomas de má conduta, mas não se pode pressupor que mascaram necessariamente interesses indevidos. Eventualmente, os novos arranjos visam aprimorar a ação administrativa ou adequar o objeto a avanços tecnológicos.

Publicidade defeituosa por si só também não mancha a licitação com a marca da corrupção. A despeito de a Lei nº 8.666/93¹³ fixar regras sobre a publicação do ato convocatório, há precedentes judiciais compreendendo ajustada a preservação do certame mesmo diante de desrespeito aos comandos legais, se apurada a ausência de prejuízo.¹⁴ Mas, assim como os demais aspectos mencionados pela

¹³ Ver art. 21. Leis outras que enveredam pela temática das licitações estabelecem regras próprias sobre publicidade do ato convocatório. No caso do pregão, o art. 4º traça regras complementadas pelas normas dos decretos nºs 3.555/00 e 5.450/05.

¹⁴ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS – CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LICITAÇÃO – PUBLICIDADE DO CERTAME – ATENDIMENTO. – NÃO PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO NO ESTADO (ART. 21, III, DE 8.666/92) – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRESERVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

- A ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, é meio usual para se atacar judicialmente as ações ou omissões administrativas que causem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou que atentem contra os princípios da administração pública, nos termos da Lei n. 8.429/92.

- Não restando demonstrado de forma cabal a prática de ato ilícito pelo requerido, passível de aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/92, impõe-se a manutenção da r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

- Constatando-se que houve a necessária publicidade do certame e que a irregularidade da não publicação de aviso contendo o resumo do edital em jornal diário de grande circulação no Estado (art. 21, III, da Lei nº 8.666/93) não comprometeu o procedimento licitatório, não importando em prejuízo à Administração Pública, há que se preservar os contratos decorrentes da licitação” (TJMG, 2ª Câmara Cível. Apelação Cível

TI como sugestivos de máculas, importa analisar o contexto da licitação e as suas circunstâncias.

O mesmo ocorre com o tempo disponibilizado para a entrega das propostas. A hipótese de corrupção não está eliminada porque os prazos mínimos fixados nas leis¹⁵ foram respeitados. As leis preveem prazos básicos que podem ser insuficientes para a formulação de propostas quando complexo o objeto.

Como leciona Carlos Ari Sundfeld:¹⁶

[...] deveras, a demarcação de prazo entre a divulgação do edital e a entrega de propostas deve ser feita de modo a, efetivamente, permitir que os licitantes formulem suas ofertas. Não basta atender ao prazo mínimo imposto em lei se este for, no caso concreto e considerando as complexidades do certame, por demais exíguo.

Para objetos mais sofisticados, maior prazo há de ser conferido, superando o mínimo determinado em lei. Informações privilegiadas, disponibilizadas antes mesmo da divulgação do ato convocatório, sobre a pretensão de licitar, comprometem o ambiente competitivo, permitindo a um dos concorrentes adiantar-se em relação aos demais, preparando com maior rigor sua proposta.

Chama atenção a TI considerar que a contratação de produtos similares em blocos/lotos, e não de uma única vez junto a um só fornecedor, pode sinalizar um problema. Ao assim afirmar, não se apresentam explicações que permitissem compreender a razão da assertiva. No direito brasileiro, como se sabe, há regra a abordar de forma diversa o assunto. Importa citar o art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93.¹⁷ Sabe-se que a intenção da regra brasileira é democratizar a participação, atraindo para o certame licitantes que, não fosse o parcelamento do objeto, não teriam condições de tomar assento na disputa.

No direito brasileiro, a fase competitiva, assim denominada aquela em que se verifica a habilitação e se analisam as propostas, não importa a ordem cronológica empregada, obedece a uma série de regras que minimizam o risco de corrupção.¹⁸

nº 1.0134.09.115153-7/008 – Numeração única: 1151537-63.2009.8.13.0134 (1). Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa. Julg. 25.2.2014. Public. 14.3.2014. Disponível em: <[¹⁵ Ver §2º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, e art. 4º, V da Lei nº 10.520/02](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=17&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=AUS%20CANCIA%20PUBLICA%20C7%20C3%20EDITAL%20JORNAL%20GRANDE%20CIRCULA%20C3%20O&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referencialLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>).></p></div><div data-bbox=)

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros 1994. p. 106.

¹⁷ “§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

¹⁸ Com ou sem inversão de fases, as leis centrais do ordenamento jurídico brasileiro em material de licitação (leis nº 8.666/93 e 10.520/02) oferecem um rito que, ainda que sujeito a críticas, coordena e direciona os agentes públicos envolvidos.

E não se trata de realidade apenas brasileira.

Christopher Yukins e Gabriella Racca, ao analisarem o passo a passo para salvaguarda da integridade do procedimento licitatório, concordam com o maior grau de regulação usualmente dispensado à fase da competição, propriamente dita, destacando documentos internacionais como os da Uncitral Model Law, o *WTO Government Procurement Agreement* e o *EU Procurement Directives*.^{19 20}

Soma-se a isso a existência de uma disputa (salvo casos de conluio entre as empresas) a atrair a atenção dos próprios licitantes, atentos que estarão aos passos dados pelos seus adversários e pelos agentes públicos ao longo do processo.

Mas, a mesma atenção não foi dispensada à fase preparatória do certame, quando se explicita a demanda da Administração, fixam-se as condições de participação e estima-se o custo da contratação. Evidentemente, não se ignora a existência de regras a detalhar o conteúdo do projeto básico ou os alicerces básicos das compras públicas, entre outras regras.

Todavia escaparam da atenção do legislador aspectos relativos ao conteúdo, formação e autoria do documento que encarna a demanda pública.²¹

Mais: estranhamente, não há regras nacionais a disciplinar a formação de custo nas contratações brasileiras.²² Apesar de extremamente detalhista, a Lei nº 8.666/93 não disciplina os mecanismos a serem seguidos para se estimar o custo da contratação.²³ Os agentes apoiam-se em julgados dos Tribunais de Contas e na doutrina especializada, carentes que se percebem de uma “orientação” legal. Desnecessário dizer que a ausência de leme possibilita distorções também provocadas pela corrupção.

2.2 A escolha do vencedor

Na fase 3, destinada à seleção do futuro contratado, são sinais de perigo, segundo a TI:

¹⁹ RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. Steps for integrity in public contracts. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylant, [s.d.]. p. 2.

²⁰ Evidentemente que a mera existência de regras, por si só, não afasta a corrupção. É possível, ao contrário, que o excesso de regras venha a fomentá-la. Criam-se obstáculos para que as empresas, acuadas, sintam-se estimuladas a removê-los, mediante propina.

²¹ O Decreto Federal nº 5.450/05 dispõe sobre a elaboração do termo de referência, mas ainda que em certa medida avance com relação à Lei nº 10.520/02, não resolve em definitivo a questão. Primeiro porque federal a norma, segundo porque, ao prever que o órgão requisitante prepare o TR, o decreto desconsidera a necessidade de participação dos agentes públicos usualmente envolvidos com as contratações públicas e que por isso acumulam conhecimento e experiência que poderiam ser úteis. Além disso, há uma série de aspectos que nem mesmo o decreto abordou. O mais importante deles é relativo à formação da estimativa do custo da contratação.

²² Na esfera federal, há a Instrução Normativa nº 5/14, importante diretiva para as contratações de serviços e produtos.

²³ Destacam-se alguns julgados como os acórdãos nºs 299/11 e 1002/15, ambos do Plenário do TCU.

1. condução do processo por uma só pessoa;
2. ausência de *expertise* dos membros do comitê;
3. desistência do certame por licitantes qualificados;
4. atrasos injustificáveis na seleção do licitante vencedor;
5. similitude de propostas, inclusive com os mesmos erros de digitação ou gramática.

Uma vez mais, é curioso considerar a observação inicial da TI no sentido de se diluir o poder decisório. A TI sugere que a decisão a envolver o vitorioso recaia sobre um grupo de pessoas, sujeitas a uma rotatividade, entendendo que se deveria fragmentar o processo decisório para que um grupo avalie as propostas, cabendo ao outro definir quem é o vencedor. Também se fala em *pro-active disclosure* via *website* ou outros meios, criando-se canal de solicitações do público.

A recomendação no sentido de diluir o poder decisório coincide com a opção da Lei nº 8.666/93, quando, como regra,²⁴ as decisões sobre habilitação e análise de propostas cabem à comissão de licitação composta por, no mínimo, 3 (três) membros. No pregão, como se sabe, o poder está encarnado em um só agente público, que tem na comissão de apoio apenas um suporte para as decisões que lhe compete tomar.²⁵

Parece razoável a descentralização das decisões na condução da licitação, considerando a redução de riscos de corrupção. Em tese, quanto maior a concentração de poder, maior o risco de corrupção.

Em princípio, no pregão, em especial na modelagem eletrônica, o risco que advém da individualização do poder é compensado pela transparência do processo e pelo fato de que está a se decidir com base em elemento objetivo, qual seja, o menor preço. No pregão eletrônico, franqueiam-se ainda mais as portas da administração aos interessados, facilitando a participação que se dá sem deslocamento físico, medida que também auxilia o combate à corrupção.²⁶

Mas, é preciso lembrar que ao pregoeiro compete decidir pela habilitação ou não da empresa autora da melhor proposta de preço, assim como lhe é dado diligenciar quando identificar a conveniência de fazê-lo. A análise documental, em especial quando se demandam comprovações de experiência pregressa, pode abrir campo para corrupção.²⁷ O receio de não se vir a aceitar determinado documento pode impulsionar a tentativa de corromper.

A sugestão de rotatividade dos membros é disciplinada na Lei nº 8.666/93,

²⁴ No convite, há a possibilidade, ainda que excepcional, de a comissão de licitação ser substituída por servidor formalmente designado, conforme preceitua o art. 51, §1º, da Lei nº 8.666/93.

²⁵ Art. 3º, inc. IV e §1º, da Lei nº 10.520/02.

²⁶ A maior participação mitiga a possibilidade de conluio.

²⁷ A despeito de destinar-se a bens e produtos comuns, nada obsta que, no pregão, se exijam comprovações relacionadas à qualificação técnica e/ou econômico-financeira, como autorizado pelo art. 4º, inc. XIII, da Lei nº 10.520/02.

prevendo o art. 51, §4º a investidura dos membros da comissão de licitação por um ano, no máximo, vedando-se a recondução de todos.

A despeito de ser compreensível considerar-se uma ameaça à integridade o empoderamento indefinido temporalmente dos membros da comissão, não se pode ignorar que a rotatividade implica perda de conhecimento advindo das experiências anteriores.

2.3 Fiscalização, gestão e controle

Os alertas relativos à fase quatro, em que ocorre a implementação do contrato, surgem quando:

1. o produto comprado não esteja sendo usado ou tenha sido destinado a outra finalidade;
2. não existam instruções escritas dirigidas ao contratado;
3. não exista registro formal das avaliações da performance;
4. custos que ultrapassaram a expectativa não são explicados ou justificados; e
5. falta ou baixa fiscalização para trabalhos “físicos”.

Findo o certame e celebrado o contrato, restam no cenário a entidade pública e o contratado. A essa altura, os demais concorrentes já não mais estarão a “atuar”, embora, evidentemente, possam revelar sua irrisignação com o destino da licitação, oferecendo recursos ou buscando apoio na via judicial. Ainda que se mostrem insatisfeitos com a decisão pública, sua preocupação não estará em acompanhar o comportamento da vencedora/contratada ao executar o ajuste, mas em discutir o certame. Menor a presença e controle de terceiros, maior a chance de corrupção.

A maior “intimidade” entre contratante e contratado pode propiciar um ambiente favorável à corrupção a traduzir-se em elevação de valores contratuais, sem base fática e legal para tanto, ou em negligência na efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas pelo particular, a refletir na quantidade ou qualidade do contrato executado.

Soma-se a isso o fato de que, apenas mais recentemente, os órgãos de controle passaram a se dedicar com mais afinco ao tema da execução e fiscalização contratuais, uma vez mais criando balizas de forma a complementar a disciplina legal. Curiosamente, a Lei nº 8.666/93 não menciona a expressão “gestão de contrato”²⁸ e aborda a questão da fiscalização no art. 67, mas falha ao não dissecar

²⁸ A gestão de contratos, mesmo não salientada expressamente na lei, é relacionada, por exemplo, às decisões sobre alteração e rescisão contratuais, pela subcontratação e pela prorrogação do contrato. A gestão e a fiscalização contratual são atividades que se relacionam. A gestão apoia-se na fiscalização, alimenta-se dos dados e informações fornecidos pelo fiscal.

o conteúdo da atividade fiscalizatória, a forma e o momento da designação do fiscal, e a relação entre fiscalização e gestão de contratos.²⁹

Ao TCU, especialmente, coube a explicitação das tarefas e responsabilidades a cargo dos gestores e fiscais de contrato.³⁰ De toda sorte, a insuficiência da Lei nº 8.666/93 pode e deve ser suprida por meio da edição de leis ou atos normativos por cada ente da federação em que se disciplinem as funções de fiscal e gestor. O município de Belo Horizonte é referência importante no assunto, em face do Decreto nº 15.185/13,³¹ que estabelece os contornos para cada uma das citadas atribuições.

Importante considerar que maior o desafio de conter a corrupção quando da fiscalização contratual quanto mais obscuras ou pouco delineadas forem as cláusulas contratuais ou menos estruturada for a entidade pública. A não designação de fiscal, a designação informal ou tardia e a ausência de explicação a respeito das atribuições inerentes à fiscalização são exemplos comuns de falhas que incentivam a corrupção.

A maior discricionariedade também pode favorecer a prática de atos ilícitos. A indefinição prévia da atitude a ser adotada e a pluralidade de caminhos (alguns mais penosos que outros) contribuem para o risco de corrupção. A Lei nº 8.666/93, embora detalhista em grande parte do tempo, não esclarece quando se aplica cada uma das sanções descritas no art. 87. Caberá ao administrador fazer a correlação entre a infração e a pena, já ao minutar o contrato, na fase interna da licitação ou, pior, decidir qual reprimenda aplicar, quando detectada a falha, livre de qualquer referência mais precisa.

Uma vez mais, cabe citar a experiência de Belo Horizonte. O município, preocupado em padronizar comportamentos, tanto quanto possível, em especial para evitar diferentes atitudes por seus órgãos, que estivessem a vivenciar a mesma situação e, evidentemente, receoso de que a indefinição legal pudesse contribuir para a não penalização e, pior, para a “compra da absolvição”, editou o Decreto nº 15.113/13.³² A norma estabelece a pena a ser aplicada diante de infrações que descreve, servindo como norte para os administradores públicos e reduzindo a discricionariedade administrativa.

A discricionariedade administrativa pode se revelar prejudicial ao combate à corrupção, mas não se pode atribuir apenas e sempre à maior liberdade de ação a responsabilidade pelas ações desonestas.

²⁹ A IN nº 2/98 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão reflete as recomendações do TCU em matéria de fiscalização e gestão contratuais, explicitando a diferença e a complementariedade entre as duas funções.

³⁰ Acórdãos nºs 380/11, 230/10 e 2.632/07 são alguns dos importantes acórdãos do TCU sobre o tema.

³¹ O Decreto nº 15.185, de 4.4.2013, dispõe sobre a criação das funções de gestor e fiscal de contratos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do município de Belo Horizonte (ATIVIDADE legislativa. *Câmara municipal*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>).

³² O Decreto nº 15.113, de 8.1.2013, dispõe sobre o procedimento administrativo para a aplicação de sanções administrativas em razão de ilícitos cometidos em licitações, contratações diretas e cadastramentos junto ao Sistema Único de Cadastro de Fornecedores – Sucaf – realizados pela Administração Direta e Indireta do Município (ATIVIDADE legislativa. *Câmara municipal*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>).

No Brasil, o passo a passo da fase competitiva (na qual a disputa efetivamente se dá) é disciplinado de forma a reduzir a discricionariedade administrativa. Há um rito preconcebido,³³ além de uma preferência pelo critério do menor preço, na tentativa de evitar subjetivismos.³⁴

Mas, mesmo quando admite os critérios melhor técnica ou técnica e preço, a Lei nº 8.666/93 prescreve os movimentos a serem adotados, como se pode verificar da leitura do art. 46. A lei dita cada ato a ser adotado, na tentativa de salvaguardar a imparcialidade e eliminar a subjetividade. A mesma preocupação se percebe nas decisões dos Tribunais de Contas, que adotam posição rigorosa condenando o que consideram excessiva subjetividade e investigando os pormenores das licitações em que o elemento técnica está presente.³⁵

Curiosamente, quando se examina o direito norte-americano, observa-se o alto grau de discricionariedade assegurado ao administrador durante todo o ciclo relativo à licitação e contratação.

Basta verificar que as contratações negociadas são a modalidade mais empregada. Nas palavras de Daniel Gordon e Gabriella Racca:³⁶

The US system has enormous flexibility regarding the choice of procedure. Since World II, the use of non-price evaluation criteria and the conduct of discussions (the term used for negotiations between the contracting agency and the vendors) have become more and more common. Since the 1970s, procurement officials have been essentially free to choose whether to use negotiated procedures, allowing them to consider factors other than price and to conduct discussions, or to use the “sealed bidding”, under which bids are evaluated only to ensure “responsiveness”, that is, conformance with the tender document (called the solicitation), with the contract generally being awarded to the bidder submitting the lowest price responsive bid, with discussions prohibited.

Ainda segundo os autores, “while the conducting negotiations has advantages, it obviously is less transparent than sealed bidding, where bids are opened publicly and no discussions with vendors are permitted”.

A ampla discricionariedade administrativa é revelada quando se observa que a performance anterior do licitante, aspecto analisado nas “contratações negociadas”, que têm lugar nas licitações que não observam a modelagem “sealed bidding”, não se baseia em critério objetivo.

³³ Art. 43 e seguintes da Lei nº 8.666/93

³⁴ O que se percebe pela aplicação limitada dos critérios melhor técnica e técnica e preço.

³⁵ Há uma série de julgados em que se discutem os percentuais destinados à técnica em “detrimento” do preço, assim como há julgados a examinar os critérios utilizados para se aferir a técnica. Apenas para ilustrar, seguem alguns julgados do Plenário do TCU: nºs 891/08, 1.287/08, 2.389/07.

³⁶ GORDON, Daniel; RACCA, Gabriella M. Integrity challenges in the EU and U.S. procurement systems. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylant, [s.d.]. p. 122-123.

Daniel Gordon e Gabriella Racca comentam a subjetividade presente nas licitações negociadas, mencionando não apenas que ela é percebida quando “the past performance rating that a bidder receives can be assigned by a contracting official on a judgmental basis, without objective criteria”, mas também abordando o reconhecimento de discricionariedade dos “contracting officers” de valorar mais a experiência pregressa do que o preço ou vice-versa. Os autores comentam que os mesmos fatos, envolvendo as mesmas empresas e, lógico, as suas respectivas experiências, podem ser analisados e julgados de distintas formas por dois agentes. Indiscutivelmente, a maior discricionariedade pode comprometer a lisura do procedimento.

Steven Feldman, explicando a análise da performance pregressa realizada em sede de contratações negociadas, ensina que “the contracting officer has broad latitude on to make performance assessments, which is one of the most highly discretionary tasks for agency evaluators and source selection officials”.³⁷

O FAR (*Federal Acquisition Regulation*), diploma condutor das licitações e contratações federais, é um brinde à discricionariedade. São inúmeras as situações em que se reserva ao agente a escolha da decisão a ser adotada.³⁸

O que, então, pode justificar a sensação que, de resto, parece ser mais do que um mero sentimento, ao menos se considerarmos o *ranking* da Transparência Internacional, de que a corrupção aqui é mais alarmante do que nos EUA?³⁹

Se as razões podem ser plurais e merecem uma investigação que ultrapassa os limites jurídicos e escapam ao propósito deste trabalho, algo que se pode considerar é o maior controle que se exerce, a despeito da larga discricionariedade. O efetivo controle, como dirá a TI, é ferramenta indispensável para a redução da corrupção.

A quinta fase, segundo a TI, é relativa às denúncias, auditorias e outras formas de controle. Evidentemente se indicam como sintomas de corrupção:

1. ausência ou existência de controle inadequado ou não confiável;
2. ausência de controle parlamentar;
3. ausência de interesse de investigar denúncias anônimas;
4. não encorajamento de denúncias;
5. ausência de sistema de proteção aos denunciantes;
6. realização de auditorias superficiais ou “atrasadas”; e
7. não publicação ou publicação tardia do resultado das auditorias.

O Brasil ainda caminha lentamente em matéria de auditorias. O controle interno, mesmo exigido constitucionalmente, nem sempre está implementado e não raro carece de estrutura e independência. Como já dissemos anteriormente,

³⁷ FELDMAN, Steven W. *Government contracts in a nutshell*. 6. ed. Huntsville: West Academic, 2016. p. 293.

³⁸ Ver itens 1108 d 2 e 3; 3700 a e 9402 a. Este último prevê discricionariedade para se aplicar pena. “Debarment and suspension are discretionary actions that, taken in accordance with this subpart, are appropriate means to effectuate this policy”.

³⁹ Não estamos afirmando que há maior corrupção no Brasil. Apenas nos baseamos no que diz a TI.

controladorias que se encaixem como departamentos de Secretarias, alocando-se o Controlador-Geral em posição inferior a de Secretário ou de Ministro e, assim, subtraindo-lhe a hierarquia não apenas jurídica, mas política não merecem ostentar tal denominação.⁴⁰

Stephen Kanitz argumenta que os nossos mecanismos de controle são frágeis devido ao baixo número de auditores. Segundo o autor:

Somos, sim, um país onde a corrupção, pública e privada, é detectada somente quando chega a milhões de dólares e porque um irmão, um genro, um jornalista ou alguém botou a boca no trombone, não por um processo sistemático de *auditoria*.

As nações com menor índice de corrupção são as que têm o maior número de auditores e fiscais formados e treinados.

A Dinamarca e a Holanda possuem 100 auditores por 100.000 habitantes.

Nos países efetivamente auditados, a corrupção é detectada no nascedouro ou quando ainda é pequena.

O Brasil, país com um dos mais elevados índices de corrupção, segundo o World Economic Forum, tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, 12.800 auditores no total.

Se quisermos os mesmos níveis de lisura da Dinamarca e da Holanda precisaremos formar e treinar 160.000 auditores.

Simples. Uma das maiores universidades do Brasil possui hoje 62 professores de Economia, mas só um de auditoria.

Um único professor para formar os milhares de fiscais, auditores internos, auditores externos, conselheiros de tribunais de contas, fiscais do Banco Central, fiscais da CVM e analistas de controles internos que o Brasil precisa para combater a corrupção.

A principal função do auditor inclusive nem é a de fiscalizar depois do fato consumado, mas a de criar controles internos para que a fraude e a corrupção não possam sequer ser praticadas.

Durante os anos de ditadura, a auditoria foi literalmente desmontada.

Para eliminar a corrupção teremos de redirecionar rapidamente as verbas de volta ao seu devido destino, para que sejamos uma nação que não precise depender de dedos duros ou genros que botam a boca no trombone, e sim de profissionais competentes com uma ética profissional elaborada.

Países avançados colocam seus auditores num pedestal de respeitabilidade e de reconhecimento público que garante a sua honestidade.

O incentivo à participação privada na devolução de valores indevidamente pagos pelos cofres públicos também pode se revelar eficaz. Nos Estados Unidos

⁴⁰ FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do Controle Interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de Controle Interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-40.

da América, o *False Claim Act* autoriza qualquer cidadão (informalmente chamado de denunciante) a postular a recuperação de recursos públicos, ao fundamento de que não havia respaldo para a percepção por terceiros, garantindo-lhe parte do valor recuperado. Vê-se que o diploma está um passo à frente do que nosso ordenamento jurídico prevê. A disciplina da ação popular, mecanismo que mais se aproximaria, não prevê o incentivo financeiro direto.⁴¹

A ideia de responsabilidade objetiva das empresas como efeito da prática de corrupção, a que se refere à Lei nº 12.846/13, recentemente disciplinada no Brasil, também pode justificar posição menos nobre que ocupamos. Certamente por isso adotar programas de integridade é algo com que estão habituadas poucas empresas brasileiras.

O FCPA, *Foreign Corrupt Practice Act*, diploma que repudia pagamentos de propinas a oficiais estrangeiros, data de 1977. Se a antiguidade pode ser aspecto positivo, há de se ter em mente que o FCPA prevê a responsabilidade das empresas apenas se provado que ela autorizou (implícita ou explicitamente) ou tinha conhecimento de atos de terceiros, como advogados ou consultores, considerados ilícitos.

A lei brasileira, ao contrário, estabelece responsabilidade objetiva, não importando se a empresa tinha ou não conhecimento, se havia autorizado ou demandado a prática dos atos considerados nocivos por seus colaboradores.

A existência de um sistema de integridade, de demonstração de cooperação por parte das empresas e a ausência de histórico prévio anterior, no Brasil, apenas servirão como balizas para a aplicação das penalidades, mas não as afastarão, segundo os ditames da Lei nº 12.846/13.

Esperemos que o maior rigor da lei brasileira repercuta favoravelmente. Mas não se pode ignorar que a redução da pena e não sua total eliminação pode ser insuficiente para que as empresas se comprometam a efetivamente adotar medidas protetivas da integridade.

3 A Transparência como ferramenta de combate à corrupção e a Lei nº 12.527/11

O conhecimento do que se faz e, em especial, das razões para o que se faz é crucial para se garantir a lisura do procedimento e para que se possa falar em democracia.

Nesse sentido é o trabalho produzido pela organização Article 19, denominado *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*:

⁴¹ Estamos nos dedicando a produzir artigo específico sobre o *False Claim Act*.

Information is the oxygen of democracy. If people do not know what is happening in their society, if the actions of those who rule them are hidden, then they cannot take a meaningful part in the affairs of that society. But information is not just a necessity for people – it is an essential part of good government. Bad government needs secrecy to survive. It allows inefficiency, wastefulness and corruption to thrive. As Amartya Sen, the Nobel Prize-winning economist has observed, there has not been a substantial famine in a country with a democratic form of government and a relatively free press. Information allows people to scrutinise the actions of a government and is the basis for proper, informed debate of those actions.⁴²

Stiglitz alerta que o ideal de governo aberto em um contexto de implementação de uma cultura de transparência é um fim em si mesmo, além de ser instrumento para outros objetivos caros ao Estado Democrático de Direito.⁴³

O direito de acesso à informação tem raiz no texto constitucional (art. 5º, XXXIII) e contempla o direito de receber dos órgãos e entes públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, nos termos de lei regulamentadora. Para além do acesso decorrente de postulação promovida pelo cidadão, é evidente que a opção republicana e os princípios vetores da atividade administrativa impõem o dever às entidades públicas de se anteciparem às solicitações, fornecendo desde logo as informações sobre os passos adotados pelos agentes públicos.⁴⁴

⁴² ARTICLE 19. *The public's right to know*. Londres: Article 19, 1999. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>.

⁴³ “Greater openness, as I have argued, can be justified on instrumental grounds, as a means to ends such as reducing the likelihood of the abuse of power. Greater openness is an essential part of good governance, but I also believe that greater openness has an intrinsic value. Citizens have a basic right to know. I have tried to express this basic right in a number of different ways: the public has paid for the information; for government officials to appropriate the information that they have access to for private gain, if only for the nonmonetary return of good newspaper coverage, is as much theft as stealing any other public property. While we all recognize the necessity of collective action and the consequences of collective actions for individual freedoms, we have a basic right to know how the powers that have been surrendered to the collective are being used. This seems to me to be a basic part of the implicit contract between the governed and those they have selected to temporarily govern them. The less directly accountable a government agency is to the public, the more important it is that its actions be open and transparent. By the same token, the more independent and less directly politically accountable a government agency is, the greater the presumption for openness. Openness is one of the most important checks on the abuse of public fiduciary responsibilities. While such openness may not guarantee that wise decisions will always be made, it would be a major step forward in the ongoing evolution of democratic processes, a true empowerment of individuals to participate meaningfully in the decisions concerning the collective actions that have such profound effects on their lives and livelihoods. The challenge is to create a truly transparent and open government. The incentives for secrecy are great, and so too are the opportunities for evading the intent of any disclosure regulations. If formal meetings have to be open, then all decisions can be made in informal meetings. If written material is subject to disclosure, then officials will have an incentive to ensure that little is written down, and what is written down will be for the public record. Given these limitations of legalistic approaches, the emphasis must be on creating a culture of openness, where the presumption is that the public should know about and participate in all collective decisions” (STIGLITZ, Joseph. *Transparency in government*. In: WORLD BANK INSTITUTE. *The right to tell: the role of mass media in economic development*. Washington, D.C.: The World Bank, 2002. p. 42).

⁴⁴ Em regra, os atos praticados pelos administradores públicos devem ser revelados.

A previsão constitucional não retira a importância da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11. A lei resulta da aprovação do Projeto de Lei nº 219/2003, visando dar resposta a

uma tendência crescente para que os estados modernos busquem o estabelecimento de leis que garantam ao cidadão o pleno conhecimento das ações do governo, da estrutura, missão e objetivos de seus órgãos, e sobre qual é o resultado final da equação representativa da aplicação de recursos públicos em confronto com os benefícios reais advindos à comunidade.⁴⁵

Como previsto no referido projeto:

o instrumento para que se atinja tal desiderato é atribuição, a qualquer do povo, do direito de indagar e obter informações dos órgãos públicos que garantam a constante e plena sintonia com os princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. Tal direito deve ser assegurado, tanto para proteger legítimos interesses pessoais quanto para, de modo geral, estimular o correto desempenho administrativo.⁴⁶

Assim como a Lei Anticorrupção Empresarial brasileira não é exemplar único no mundo, mas antes envolve compromissos assumidos pelo Brasil com organismos internacionais, a LAI também se inspira em normas editadas por outros países, algumas das quais mencionadas no projeto de lei.⁴⁷

Suas regras visam dar concretude à regra constitucional, em especial estabelecendo prazos para as respostas às solicitações dirigidas aos entes públicos, prevendo efeitos para a omissão e regulando a “qualidade” da informação, possibilitando, pois, o avançar do direito do cidadão e do dever estatal constantes do texto constitucional.

A Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11, destina-se a regulamentar direito de acesso à informação delineado no inc. XXXIII do art. 5º, no inc. II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição da República, e, nesses termos, garante direito autônomo de acesso à informação (e não apenas a documentos), não obstante estabeleça também diretrizes processuais para a disponibilização de

⁴⁵ Justificação do Projeto de Lei nº 219/03 (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=115054&filename=PL+219/2003>).

⁴⁶ Justificação do Projeto de Lei nº 219/03 (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=115054&filename=PL+219/2003>).

⁴⁷ A título de exemplo, foram mencionados o *Freedom Information Act* (Ato da Liberdade de Informação), dos Estados Unidos da América; a Lei nº 65/93 – Acesso os Documentos da Administração (Administração Aberta), da República Portuguesa; a Lei nº 78-753 – Medidas para melhoria das relações entre a administração e o público e diversas disposições de ordem administrativa, social e fiscal, da República Francesa; o art. 37 da Lei nº 30/1992 – Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, do Reino de Espanha, e a Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental, promulgada no México em 10.6.2002.

informações. Essa diretriz da LAI, no sentido de garantir amplamente o direito à informação, coaduna-se com as boas práticas internacionais de acesso à informação.

Percebe-se que a intenção da lei é municiar o cidadão para que ele possa efetivamente extrair dados que o possibilitem conhecer, por exemplo, as contratações realizadas, compreendendo o percurso transcorrido até sua celebração, as razões para a escolha daquele contratado, as obrigações assumidas pelas partes e o valor da contratação.

Em regra, nenhuma informação relativa às contratações públicas e ao procedimento que as antecedeu pode ser negada. Não se ignora a peculiaridade de certos contratos cujo objeto demanda cautela, como os que dizem respeito à segurança nacional. Mas a exceção serve para indicar a prevalência da regra.

Uma vez mais, a informação deve ser antecipada pelas entidades públicas, antes e de forma independente a qualquer postulação nesse sentido. A LAI reafirma o dever de divulgar, publicar atos convocatórios e seus anexos, extrato de contratos e termos aditivos, resumo de decisões administrativas, que a Lei nº 8.888/93 já impunha, mas avança porque disciplina com maior detalhamento o procedimento para os casos de resposta a pedidos formulados por particulares. Obviamente que o simples publicar de um edital não garante transparência, embora assegure publicidade. A transparência existirá se a compreensão do documento for assegurada.

Os Estados Unidos da América não são a referência ideal quando estamos a falar de acesso à informação, ainda que lá se possa detectar uma preocupação com transparência e ainda que se assegure o direito do cidadão de obter informações junto aos órgãos públicos.

Não existe um sistema que garanta a transparência ativa, tal como, se não temos na plenitude da federação, temos de forma bem avançada no âmbito federal. Dificuldades de compreensão do que está publicado também são detectadas. E, finalmente, não é raro ouvir daqueles que militam na área que o acesso real inexistente, dado que não há prazo para que as respostas às solicitações sejam enviadas.

Consoante informa L. Elaine Halchin:

Although this report does not focus on transparency, several issues discussed here are related to transparency. First, while the Federal Business Opportunities (FedBizOpps) website and FPDSNG provide information about executive branch agencies' procurements, a database of federal Transforming Government Acquisition Systems: Overview and Selected Issues Congressional Research Service agencies' contracts does not exist. In 2003, GSA established a working group to examine the feasibility, challenges, and anticipated benefits of posting federal contracts online. Ultimately, the working group concluded there were insufficient data to support recommending the establishment of a central system for posting contracts online. In 2010, the Department of Defense (DOD), GSA, and the National Aeronautics and Space Administration (NASA) issued an advance notice of proposed rulemaking (ANPR)

regarding posting contracts online. Comments submitted in response to the notice identified several challenges, and the matter was concluded when the agencies withdrew the ANPR. Second, transparency does not necessarily equate to comprehension. Generally, variation exists among the users of government procurement systems regarding their knowledge of government procurement and procurement data. Third, during the 113th Congress, two similar bills (H.R. 2061 and S. 994) with the same name (Digital Accountability and Transparency Act, or DATA Act) were introduced, either of which would enhance transparency of spending data, including certain procurement data. If either bill is enacted, it might have implications for FPDS-NG.⁴⁸

A mesma crítica é feita por Daniel Gordon quando menciona que um sistema de registros das contratações públicas ainda não existe nos Estados Unidos da América. Segundo o autor, “a complete and easily accessible database system which would enable every citizen to access all the information related to a specific contract remains an elusive-and costly-goal”.⁴⁹

4 Conclusão

Este artigo reflete parte da pesquisa que iniciei meses atrás e que se desenvolverá por um longo período. O estudo sobre a corrupção, suas raízes, sintomas e manifestações mais eloquentes há de ser acompanhado pela incessante busca de soluções.

O combate à corrupção demanda cuidados que se entrelaçam numa incessante tentativa de evitar desvios comportamentais e incentivar a adoção de práticas que possam minimizar os riscos de sua ocorrência. Evidentemente, é preciso considerar a falibilidade dos mecanismos voltados a impedir o malfeito, pelo que ferramentas que permitam a detecção dos atos ilícitos e medidas repressivas, voltadas à punição de pessoas físicas e jurídicas, também compõem o artefato com o qual se poderá frear a corrupção.

No cenário das licitações e contratações públicas, certamente não há um conjunto perfeito de ferramentas e mecanismos capazes de eliminar os desvios, mas a existência de um sistema que possa de forma harmônica contribuir para desincentivar/reduzir/detectar/punir é fundamental para sinalizar a preocupação da sociedade e do governo.

Os sinais de corrupção, segundo a Transparência Internacional, são importante informação a partir da qual podem ser repensadas as estratégias brasileiras de

⁴⁸ HALCHIN, L. Elaine. *Transforming government acquisition systems: overview and selected issues*. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>>.

⁴⁹ GORDON, Daniel; RACCA, Gabriella M. Integrity challenges in the EU and U.S. procurement systems. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylant, [s.d.]. p. 126.

combate à corrupção. Todavia, mais do que textos legais que possam se somar ao arcabouço jurídico brasileiro, há questões outras que devem ser consideradas. O que se pode inferir é que a rigidez legal não foi suficiente para frear a corrupção. A sensação de descontrole e a timidez estatal em apurar o mal feito podem explicar parte dos nossos problemas.

Nossos capítulos virão. Estamos apenas começando.

Corruption in public procurement and contracting: warning signs according to Transparency International

Abstract: The article discusses corruption in public procurement based on recommendations issued by Transparency International. The risks and weaknesses that make the hiring process more vulnerable to corruption during the preparation of the bid, during the choice of winner and during the inspection steps, management and control are analyzed. Finally, the importance of the various mechanisms of transparency as tools of preventing and combating corruption is highlighted.

Keywords: Corruption. Procurement. Administrative contract. Transparency.

Referências

ALVES, Marília Souza Diniz. *Do sigilo ao acesso: análise tópica da mudança de cultura*. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2012.

ARTICLE 19. *The public's right to know*. Londres: Article 19, 1999. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>>.

ATIVIDADE legislativa. *Câmara municipal*. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>

CANELA, Guilherme; NASCIMENTO, Solano (Coord.). *Acesso à informação e controle social das políticas públicas*. Brasília: ANDI, Artigo 19, 2009.

CIBINIC JR., John; NASH JR., Ralph C.; YUKINS, Christopher. *Formation of government contracts*. 4. ed. Washington: George Washington University, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96029>>.

FELDMÂN, Steven W. *Government contracts in a nutshell*. 6. ed. Huntsville: West Academic, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual – A audiência pública e sua finalidade. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, mar./abr. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51017>>.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana Magalhães; FERREIRA, Raquel Bastos. Comentários à Lei de Acesso à Informação: contexto, desafios e polêmicas. In: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo *et al.* (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sílvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do Controle Interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de Controle Interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

- GORDON, Daniel; RACCA, Gabriella M. Integrity challenges in the EU and U.S. procurement systems. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylan, [s.d.].
- HALCHIN, L. Elaine. *Transforming government acquisition systems: overview and selected issues*. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>>.
- HAYNES, Sandra G. *Ethical occurrences in government contracting: principled or corrupt?* Bloomington: Balboa Press, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>
- PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylan, [s.d.].
- RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. Steps for integrity in public contracts. In: RACCA, Gabriella M; YUKINS, Christopher R. *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Bruxelas: Bruylan, [s.d.].
- STIGLITZ, Joseph. Transparency in government. In: WORLD BANK INSTITUTE. *The right to tell: the role of mass media in economic development*. Washington, D.C.: The World Bank, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros 1994.
- TILLIPMAN, Jessica. A house of cards falls: why “too big to debar” is all slogan and little substance. *Res Gestae – Fordham Law Review*, v. 80, 2012.
- WILLIAMS-ELEGBE, Sope. *Fighting corruption in Public Procurement – A comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

Recebido em: 03.01.2016

Aprovado em: 24.05.2016